

El mito del director de obras omnipresente, el olvidado representante técnico, y el reino de los prejuicios.

Las obras de arquitectura e ingeniería: un mundo donde nada es lo que parece.

(Publicado por la editorial La Ley (Buenos Aires), año 17, n° 11, dic. 2010 pags. 1187 a 1200)

Abogado y arquitecto Sergio O. Bertone
Asesor legal consultor del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires.
arquitecturalegal@yahoo.com.ar

Versa el presente acerca de un contexto muy especial: el de las obras en construcción. Trátase de un pequeño universo donde ciertas negligencias son disimuladas permanentemente por los Jueces (por ejemplo, la culpa al contratar); donde existen empresarios que lucran formidable y disimuladamente en ese entorno de informalidad (pero rara vez responden como tales), donde los controles estatales se pagan pero no se prestan, y donde cualquier falta legal o reglamentaria es hecha recaer sistemáticamente sobre un personaje al que se ha concebido cual si contase con poderes divinos, y, en realidad, apenas si llega a ser el fusible del sistema.

Mi desafío consistirá en demostrar que ese mundo existe fuera de los tribunales, pero no dentro de ellos.

I. Empresarios no aparentes

Considero imprescindible abordar previamente el concepto de "empresa", sin el cual es prácticamente imposible comprender en qué consisten los roles de Director de Obra y Representante Técnico, dada la proliferación de leyes y reglamentos que confunden el ejercicio profesional de la arquitectura o la ingeniería (que es para lo cual se requiere poseer el título correspondiente y estar matriculado en el Colegio respectivo, y se prevé la retribución mediante el pago de honorarios) con la actividad eminentemente lucrativa de un empresario constructor (la cual no requiere titulación alguna, se retribuye mediante un precio o beneficio, e involucra necesariamente la calidad de comerciante). En tal sentido, pueden citarse las innumerables ordenanzas municipales que obligan a los profesionales a asumir, no siéndolo, la calidad de "constructor", "ejecutor", "conductor técnico", etc., como requisito para obtener un permiso de construcción, y aún la enorme confusión originada por el decreto 6964/65 de la provincia de Buenos Aires mediante el cual se ha creado la figura del "Director Ejecutivo", en términos que vinieron a confundirlo todo.

Con tal motivo debo decir, respecto de la empresa constructora, que se trata de una noción preponderantemente económica. Y, por obvio que parezca, que la misma trasciende el ámbito de una obra de arquitectura o ingeniería, para proyectarse hacia la totalidad de la actividad económica. Algo tan simple como eso deja sin sustento a cualquier concepción que involucre el reduccionismo de entender a la empresa constructora como una entidad excluyentemente arquitectónica o ingenieril. Es decir, a toda aquella mirada que confunda a uno de los elementos de la empresa (el objeto para el que fuera creada) con la empresa en sí. Más todavía, ayudará a comprender que en una empresa constructora (para ejemplificarlo, aludiré a las de un volumen más o menos considerable) confluye radialmente un haz de factores entre los cuales aquel por el cual se está acostumbrado a calibrarla con exclusión de todo otro es apenas uno más, y ni siquiera puede afirmarse que sea el más importante.

Por estas alturas, podría resultar conveniente reflexionar acerca de si existe, en la legislación argentina, alguna definición de "empresa" y "empresario" que dispongan en el sentido que vengo propiciando, y la respuesta es afirmativa. En efecto, estatuye el art. 5 de la ley de la Nación 20.744 que *"A los fines de esta ley, se entiende como "empresa" la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos"*. Y también que *"A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa"*. Si bien se trata de una ley laboral, nada obsta a ponderar sus prescripciones analógicamente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil.

Así, entre los pilares sistematizados dentro de ese continente llamado "empresa" (para lo que aquí interesa, aquella cuyo objeto sea la ejecución de obras de arquitectura o ingeniería) adquieren tanta o más relevancia que los factores estrictamente relacionados

con la conducción de los procesos constructivos, los aspectos económicos, financieros, legales, laborales, organizacionales, constitutivos, impositivos, etc. Efectivamente, en dichas organizaciones puede reputarse tan importante la tarea de inscribir y liquidar sueldos y jornales a los obreros de la construcción (lo cual, si las cosas están bien hechas, suele delegarse en estudios contables) como la redacción de contratos y subcontratos (en abogados) sin perjuicio de la conducción de las obras que esa empresa contrata (esto sí, a cargo de arquitectos, ingenieros o técnicos, según sea la envergadura de la obra y corresponda por las respectivas incumbencias).

Llegado este punto, cabe reflexionar acerca de cuáles son los requisitos de rango constitucional establecidos para ser empresario constructor, y concluir en que, genéricamente, se trata de uno solo: ajustarse a las leyes que reglamentan el ejercicio de ese derecho garantizado a todos los habitantes (artículo 14 de la Constitución Nacional). Y preguntarse, ¿alguna ley exige encontrarse en posesión de la titulación de arquitecto o ingeniero para hacerlo? La respuesta negativa se impone. Lo que sí se exige es contratar los servicios de uno de tales profesionales para que desempeñe un especial rol denominado representación técnica, que es cuestión bien distinta.

¿De dónde surge la obligación para los empresarios constructores de contar con Representantes Técnicos? Generalmente, de dos grandes grupos de fuentes normativas. Puede tratarse de leyes reglamentarias de las profesiones de arquitecto, ingeniero o técnico (provincia de Buenos Aires, respectivos artículos 6tos de sus leyes 10.405, 10.411 y 10.416; Santa Fe, artículo 24 de su ley 10.653 y concordantes del decreto 1732/08 del mismo Estado; Río Negro, artículo 7 de su ley 2.176; Misiones, artículos 4 a) y 16 de su ley 2.573; San Luis, artículos 4, 7 inc. a) y 17 de su ley 5.560), o de disposiciones emanadas de los Códigos de Edificación (Ciudad de Buenos Aires, parágrafo 2.5.5.; Rosario, ordenanza 8214/07). Ello sin contar las leyes de obras públicas, como la bonaerense 6.021 o la santafesina 5.188. Por su importancia, se transcribe lo dispuesto por la primera de las leyes citadas: *"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 técnico habilitados por otras normas legales vigentes para la cumplimentación de la función"*.

Esto demuestra que el plexo normativo que ha de ponderarse para resolver la problemática planteada incluye algo más que el Código Civil, ya que a) las provincias conservan en sus órbitas las potestades legislativas nunca delegadas en la Nación, como por ejemplo el poder de policía sobre las profesiones liberales (artículo 121 de la Constitución Nacional y artículo 42 de la ley 24.521); b) en todo caso, nada impide legislar –en uso de tales atribuciones– en forma complementaria a las leyes supremas enumeradas en el art. 31 de la ley fundamental, sin contradecirlas; c) si bien el derecho público sólo tangencialmente es abordado en este trabajo, también el mismo es de naturaleza eminentemente local, y contiene valiosas disposiciones respecto a la cuestión tratada.

A continuación examinaré si tales regulaciones limitan razonablemente el derecho en cuestión. ¿Hallan esas leyes correlato en otros sectores de la actividad empresarial y/o cualquier otro derecho reconocido por el artículo 14 de la Constitución Nacional? Entiendo que sí. Se asegura a todos, por ejemplo, el derecho a peticionar ante las autoridades, pero si tal derecho es ejercido en el marco de un proceso judicial, la ley lo limita estatuyendo que para ponerlo en funcionamiento se requiere el patrocinio de un abogado. De igual modo, si cualquier persona decide invertir capitales en el negocio farmacéutico, agropecuario, de la construcción, o en el que fuere, nada se opone a que lo haga. El empresario será ella, correrá ella los riesgos, asumirá las pérdidas y conservará para sí los beneficios. Pero no puede actuar libremente: requerirá –para las hipótesis sub examen– de un farmacéutico, un arquitecto, o un ingeniero civil o agrónomo, según sea, que suplan su carencia de conocimientos científicos. Sólo así ejercerá comercio o industria lícita "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio".

He demostrado, creo, en dónde enraíza mi férrea convicción acerca de que, en la República Argentina, y por imperio de su Constitución y sus leyes, ningún título se requiere para asumir el rol de empresario constructor. Ahora procuraré destruir la confusión existente entre la actividad empresarial de la construcción y el ejercicio de alguna de las profesiones que se relacionan con ella. Para hacerlo, apelaré a un argumento muy sencillo: si cuanto he reseñado no fuese cierto, ¿cómo se explicaría que una persona jurídica pueda encargarse de la construcción de una obra, pero sólo una

persona física pueda ejercer la arquitectura o la ingeniería? Porque eso es cuanto emana con claridad prístina del juego armónico de las regulaciones contenidas en la ley de sociedades 19.550, y las leyes reglamentarias de las profesiones en cuestión (pcia. de Bs. As., artículos 4tos de sus leyes 10.405, 10.411 y 10.416; jurisdicción nacional, artículo 3 del decreto ley 6070/58; Santa Fe, artículos 3, 6 y 18 de su ley 10.653, entre otras). Lo expuesto podrá ser tachado de obvio, pero difícilmente podría hallarse un ejemplo mejor de por qué la actividad netamente comercial y/o industrial de un constructor y el ejercicio profesional relacionado con esa actividad jamás podrán confundirse. Por lo demás, así lo han entendido, entre otros, tanto el Colegio de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires (Resolución 413/90) como el Colegio de Arquitectos del mismo Estado (Resoluciones 46/87 y 67/10). Y, por ello (con toda razón) no controlan la actividad de los empresarios constructores. Finalmente, es del caso que existen leyes del mismo rango normativo que el Código Civil que diferencian netamente la actividad de un empresario constructor del ejercicio de las profesiones de arquitecto e ingeniero. Pueden consultarse, al respecto, los arts. 2 in fine, 4 a 6 y 40 de la ley 24.240, y los arts. 2 inc. a) y 32 -2do párrafo- de la ley 22.250

Llegado este punto del análisis, encuentro conveniente reflexionar acerca de cual es, entonces, la naturaleza jurídica de la actividad de Don José, a quienes todos hemos tenido en obra a cargo de las tareas de albañilería. O la de Raúl, el electricista. O la de quien realiza en su taller las aberturas de medida basándose en las especificaciones preparadas por el proyectista. Y, así, de todos los demás encargados de la extensa gama de rubros de obra que podrían enumerarse. Para bucear en ella, habrá que responder previamente a algunos interrogantes: ¿Han presupuestado dichos agentes del proceso constructivo un precio integrado por una ganancia? ¿Lo perciben, y detraen parte de él para abonar su salario a los obreros que ellos mismos han seleccionado para intervenir en el emprendimiento? ¿Les fijan a esos obreros la jornada de trabajo, los horarios, etc.? ¿Les indican a los mismos cómo hacer el trabajo de que se trate? Dicho de otro modo; ¿los obreros se encuentran subordinados técnica, económica y jerárquicamente a ellos? Pues eso es aquello que en la legislación argentina constituye la actividad propia de una empresa constructora. Nada más se requiere: ni encontrarse inscripto en registro alguno, ni haber constituido una sociedad civil o comercial, ni ninguna otra cosa que no sea haber celebrado un contrato de locación de obra. Vínculo que, recuerdo, es no formal y consensual, según lo disponen los artículos 974, 1182, 1493, 1494 y 1627 del Código Civil.

Antes de abandonar el tópico, cabría pensar en qué sucedería si en alguna provincia o municipio no se hubiera impuesto la obligación para todo empresario constructor de contar con un Representante Técnico. En primer lugar, estaríamos ante una responsabilidad por omisión de esos entes, toda vez que no resulta admisible que se toleren conductas tipificadas como delito por un código de fondo. Es que *"Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente"* (art. 247 del Código Penal). En tal contexto, y por si hubiese quién se preguntase por qué razón la representación técnica de empresa constructora sería un acto propio de las profesiones de arquitecto e ingeniero, cabe señalar que la respuesta se halla no solo implícita incluso en las leyes reglamentarias de los Estados miembros que no han legislado al respecto (sin falta, definen al ejercicio profesional como constituido por los actos realizados en el marco de las respectivas incumbencias) sino que aparece con claridad prístina al ensamblarse el tipo penal antes transcrito con los reglamentos dictados por el Ministerio de Educación de la Nación en uso de su competencia reglada por el art. 43, párrafo final, de la ley de la Nación 24.521, incluyendo en el selecto grupo allí legislado a las profesiones de arquitecto e ingeniero civil, y reservándoles la actuación en la materia que me ocupa (Resolución M.E.C. y T. 1232/01 -anexo V. 4- y su similar 498/06 -anexo V-). Además, recuérdese que, según surge del dispositivo citado de la ley 24.521, los bienes jurídicos tutelados por son nada menos que la regulación de aquellas profesiones *"...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"*. De donde los actos u omisiones de un municipio, por ejemplo, que omita exigir la debida representación técnica, bien podrían generar la responsabilidad solidaria de esos entes y sus funcionarios, en los términos dispuestos por los artículos 3, 5 y 40 de la ley 24.240, y los artículos 512, 902, 1073, 1074, 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. En tiempos de derrumbes, sentencias mediáticas dictadas en 24 horas y explicaciones insólitas de los funcionarios a cargo (pretendiendo desembarazarse de una competencia irrenunciable e indelegable, tratándose de los entes titulares de la policía de

la edificación) una omisión como la descripta, que coadyuva a disminuir la seguridad en las obras, no parece una cuestión menor.

Fundada la escisión, planteo que no existen los "profesionales constructores", como un único status jurídico: en todo caso, lo que más se le parece es que hay sujetos dedicados a la ejecución de obras que, al mismo tiempo, son profesionales o técnicos que poseen la aptitud para representar ante la administración, el co-contratante y los terceros (en lo estrictamente técnico) esa actividad comercial e industrial.

Por ende, mientras no se separe la actividad de empresario constructor de obras arquitectónicas o ingenieriles, de la calidad de profesional universitario especializado en esas mismas actividades, seguirán sancionándose leyes y reglamentos (especialmente de fuente municipal) que cargan sobre los profesionales responsabilidades que no les competen, y, correlativamente, cual dos caras de la misma moneda, liberan de ellas a quienes han creado el riesgo y obtienen los beneficios de la actividad consistente en construir obras. Trátase en la especie de una disimulada pantalla que coadyuva a ocultar a los verdaderos empresarios (quienes casi nunca aparecen en folio alguno) mientras el Estado se satisface mediante la ficción consistente en que la obra se encuentra a cargo de expertos.

Solamente ahora, creo, he llegado al punto en que resultará factible examinar las prestaciones inherentes a las distintas especies del género "dirección de obras", y hacer un buen intento para delimitar su contenido. Digo, ahora que quizá he logrado fundamentar por qué el verdadero constructor no siempre es quien parece, y que (aún cuando haya en el sitio de obra algún ingeniero o arquitecto ejerciendo su profesión) bien puede ocurrir que sea Don José el ejecutor de todo o parte de la obra. Y, como sostendré en lo sucesivo, aún puede serlo el mismo propietario del objeto edilicio que se intenta erigir.

En tal sentido, adelanto mi opinión: no hay ninguna (pero ninguna) especie del género "dirección de obras" (lo cual se hace extensivo a la representación técnica) que convierta, por su solo ejercicio, a los profesionales liberales en empresarios constructores. No importa cómo se le llame a esos roles en las diferentes jurisdicciones, siempre se tratará de ejercicio profesional retribuido mediante honorarios, y siempre se asumirá a través suyo una responsabilidad subjetiva. En tal sentido, se tiene decidido que *"El arquitecto Director de Obra es un locador de obra intelectual, por lo que su responsabilidad frente a terceros es la emergente de sus propios hechos culposos o dolosos y está regida por los arts 1109 o 1107 del C.C.. El arquitecto Director de Obra que celebra un contrato de obra inmaterial por el que se compromete a realizar y entregar los planos, y a que la obra se construya de acuerdo al proyecto, no es un empresario, sin perjuicio de que también haya realizado algunos actos como mandatario del comitente"* (C.N. Civ., sala H, 5-7-00, "Benítez, María c/ Giordanelli, Alejandro y ot", L.L. 2001 A, 55-101435-S, comentado por Eduardo L. Gregorini Clusellas).

Expuesto lo precedente, entiendo que he sentado el basamento para el análisis de cada rol en particular.

II) La dirección de una obra ejecutada por un contratista único

Quien asume la responsabilidad de dirigir una obra tiene como función esencial representar los intereses de su comitente, por oposición a los de la empresa constructora (que quedan a cargo del Representante Técnico de esta última). Eso es lo mismo que decir que estamos ante dos intereses jurídicos contrapuestos, representados por dos profesionales distintos, uno designado por cada parte de la relación jurídica sustancial celebrada entre el dueño y el empresario constructor. Por esa razón generalmente se reputa contrario a la ética profesional asumir en una misma obra (con la única excepción de las ejecutadas por el sistema de administración) los roles de director y contratista total o parcial – o la representación de uno de esos contratistas-, toda vez que, como no escapará al lector, no es de esperar que nadie vaya a controlarse a sí mismo ni que actúe en contra de sus intereses (conf. decreto P.E.N. 1099/84 – parágrafos 2.3.1.3 y 2.5.1; Resoluciones del Consejo Profesional de la Ingeniería de la Provincia de Buenos Aires s/n del 28/10/60 y 1680/73; Código de Ética para la Arquitectura de la provincia de Neuquen, art. 1 secc. 2da. art. 10; Jorge V. Rivarola, "Derechos y responsabilidades de los arquitectos"; documento A-104 del Consejo Profesional de Arquitectura y Urbanismo de la capital federal; Resolución 67/10 del

Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires; Ordenanza de Rosario 8214/07, entre otros).

Desde otro ángulo de abordaje, y si bien se trata de leyes arancelarias (y, por ende, no del todo aptas para definir la deontología del rol) puede citarse, a título indicativo, que se ha definido el contenido de la encomienda de dirección de obras como *"La función que el profesional desempeña en oportunidad de la ejecución material de la obra y se entiende por Dirección de obra cuando controle la fiel interpretación del proyecto y cumplimiento del contrato, que se complementa con: 1. Certificaciones y liquidaciones parciales y definitivas; 2. Recepción provisional y definitiva; 3. Confección de planos de detalle de obra"* (Pcia. de Bs. As., decreto 6964/65; ídem, decreto ley de la Nación 7887/55).

Por supuesto, la dirección de una obra es mucho más que eso (y lo recomendable es establecer los alcances funcionales de la encomienda mediante claras estipulaciones contractuales) pero también mucho menos de cuanto se ha escrito a su respecto y aún decidido judicialmente.

En especial cuando, quizá por un profundo desconocimiento de la práctica profesional, que nos muestra a las claras que, por ser el de Director de Obra un rol que se desempeña en muchos procesos constructivos simultáneamente (y que, por ende, no involucra otra cosa que no sean visitas más o menos periódicas al sitio de obra, según sea la complejidad del objeto edilicio de que se trate) se pretende endilgarle al profesional que lo desempeña responsabilidades inherentes a un nivel de vigilancia que solamente podría concebirse si éste permaneciera en obra durante la totalidad de la jornada laboral, lo cual es un imposible de hecho. En aras de acercar una pauta interpretativa, resulta en mi opinión írrito para cualquier concepción lógica y razonada del Derecho, que las distintas escalas arancelarias le hayan asignado al desempeño de ese rol una remuneración que promedia un 3% del costo del edificio a construir (un dato fundamental es que se trata de un honorario sensiblemente inferior al del proyectista, que orilla el 5 % de esa misma base) si el legislador hubiese concebido semejante amplitud en las prestaciones que el rol involucra. Por eso entiendo que, en verdad, la modalidad con la que se desempeña la dirección de una obra es mucho más aprehensible si se la sustituye mentalmente por "inspección de obra", nombre con el que no por nada se ha denominado a la función equivalente en materia de obras públicas (pcia. de Bs. As., ley 6.021; Santa Fe, ley 5.188) y aún en las legislaciones de otros Estados miembros de la Federación Argentina, donde se ha dispuesto con precisión que *"Se entiende por dirección, la inspección de la obra, sin estar en ello comprendido ningún otro trabajo..."* (artículo 49 inc. G) del decreto 4156/52 de la provincia de Santa Fe) 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 inc. s) del decreto ley 1.004/77 de la provincia de Neuquen). E igualmente se ha regulado la cuestión en el proyecto de ley en trámite por ante la Legislatura de la provincia de Buenos Aires, respecto al cual el Colegio de Arquitectos de ese Estado ha declarado, mediante la sanción de su resolución 139/08, que el mismo constituye expresión de su genuina voluntad (expediente D- 1488/07-08- 0 de la H.C.D.).

Viene asimismo en mi apoyo la doctrina del ente que gobierna a la colegiación de arquitecto en la jurisdicción nacional: ha dicho el C.P.A.U. que *"En esta hipótesis, el director de obra no asume las tareas propias de la conducción, porque ellas serán desarrolladas, precisamente, por el personal del contratista o empresa constructora"*; y también que *"cuando la conducción de la obra esté a cargo del empresario o contratista, al profesional director de obra no le corresponde vigilar toda la jornada de trabajo en forma continua y total, la ejecución de los trabajos ni los materiales que se emplean en ellos; es decir, actuar como si fuera la única obra que le tocara dirigir"* (Consejo Profesional de Arquitectura y Urbanismo, documento A-104, 1983).

En la postura que sostengo, mucho menos cabe esperar que el rol de Director de Obra involucre prestaciones de naturaleza pedagógica dirigidas a otros agentes del proceso constructivo, es decir, enseñarles a construir la obra. Es que si el o los contratistas no saben cómo decodificar el sistema proyeccional Monge (lenguaje bidimensional en que usualmente se encuentran expresados los planos, que precisamente por eso se llaman "planos" -ya que, como fácilmente se comprende, la realidad es tridimensional-) o interpretar el pliego de especificaciones del proyecto, pues debo recordar una y otra vez que ha sido precisamente para eso que la ley los obliga a contar con un Representante Técnico. Dicho de otro modo, para ejercer correctamente la arquitectura o la ingeniería

como Director de una Obra, el profesional a cargo del rol debe comunicarse con un igual o, para obras menores, al menos con un técnico formado para interpretar sus instrucciones (por caso, un maestro mayor de obras) que será el encargado de transmitir a los obreros las instrucciones pertinentes. Y si ello no sucede, no puede pretenderse que él supla con su propia actividad la ausencia de representantes técnicos en el proceso constructivo, so pena de responder por las consecuencias que acarree la falta de un profesional conductor de obra: muy por el contrario, lo que demuestra es que algún otro agente de ese proceso (lo cual incluye al dueño de la obra) ha incumplido una obligación impuesta por ley o disposición reglamentaria, y puesto la causa para que el proceso edilicio fracase total o parcialmente.

Quizá ahora se advierta por qué he dedicado tantos párrafos a diferenciar "dirigir" de "conducir", y a ambos de "ejecutar". Y a demostrar que no existe, en nuestro Derecho, algo que se pueda encorsetar con uniformidad bajo la etiqueta de "responsabilidad de arquitectos o ingenieros", sino que aquello que cabe examinar es de qué rol en obra se encontraban encargados ese arquitecto o ingeniero en el caso concreto a examinar. Y que ello no surge del mero análisis del Código Civil, con normas evidentemente sancionadas para regular la locación de obra material, y en las cuales sólo a machaca martillo puede considerarse comprendida la locación de obra intelectual.

Se infiere claramente de cuanto vengo predicando que la circunstancia de que el comitente haya designado a un Director de Obra para que represente sus intereses durante el proceso constructivo no hace desaparecer la obligación de los contratistas de designar ellos a profesionales (diferentes de aquel) para que representen los suyos, interpreten debidamente el proyecto y las órdenes de servicio que emanen de la dirección, y conduzcan a los obreros de su representada. Ni la del dueño de la obra de exigirlo, pues de lo contrario también él coadyuvará a agregar al proceso constructivo un factor de riesgo. Nunca será suficiente reiterarlo: a las obras, total o parcialmente, puede construirlas cualquier persona; pero a la conducción de las obras sólo puede realizarla un experto, debidamente matriculado y actuando dentro de sus incumbencias. Y el encargado de la Representación Técnica (que de eso se trata, toda vez que es de él que se espera esa conducción) debe ser un profesional o técnico diferente del Director de Obra.

Faltaría agregar (no porque coincida en un todo con la definición legal allí acuñada, debiéndose además puntualizar nuevamente que se trata de una norma arancelaria, no deontológica) que no muy lejos de cuanto sostengo se encuentra la disposición contenida en el art. 93 del decreto ley de la Nación 7887/55, rat. por ley 14.467, que por su importancia transcribo: "*La función del representante técnico consiste en asumir la responsabilidad que implica una construcción, una instalación o la provisión de equipos y/o materiales para construcciones o industrias. En consecuencia el representante técnico deberá preparar los planes de trabajo, supervisar asiduamente la marcha de los mismos, responsabilizarse por los planos, cálculos, planillas, etc.; preparar toda la documentación técnica necesaria, como especificaciones, confección de subcontratos, etc.; coordinar a los distintos subcontratistas y proveedores, etc.*" Concepto recepcionado jurisprudencialmente (C. Fed. Rosario, junio 14-1982, Di Filippo Duilio c. Geopé Cía. Gral. de Obras Públicas S.A., El Derecho, t.110, p. 747).

Si tuviera que resumir lo expresado hasta aquí, diría que dirigir la obra no es lo mismo que conducirla, y que conducirla es tarea a cargo del Representante Técnico del constructor y no del Director de Obra (que únicamente debe inspeccionarla para verificar su adecuación al proyecto y preservar los intereses de su comitente si el constructor no cumple con sus especificaciones). Y, fundamentalmente, que no puede culparse al Director de la Obra si su comitente, al celebrar las demás relaciones jurídicas que toda obra requiere, privilegia el precio menor sin fijarse en la adecuación de quien lo ofrece a las leyes o reglamentos (arg. arts. 20, 512, 923 y 929 del Código Civil, art. 32 -primer párrafo- de la ley 22.250 y art. 4 del título I del decreto P.E.N. 911/96, entre otras normas). Con más precisión, estoy sosteniendo que ser locatario de obra intelectual no involucra solamente la obligación principal de abonar los pertinentes honorarios y compensación de gastos, sino que existen numerosas obligaciones secundarias - fundamentalmente, de colaboración- que, de ser incumplidas, obstarán al logro de una obra exitosa.

Pasando al plano de lo concreto, señalaré que, entre el sinnúmero de desaciertos que puede apreciarse diáfana y cotidianamente, las palmas la lleva, a mi entender, la adjudicación de la condición de guardián jurídico de la obra al director de ella, lo cual arroja resultados catastróficos y, fundamentalmente, enormemente inequitativos. Como

enrolada en tal postura puede citarse a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, la que tiene decidido que *"Reviste el carácter de guardián de la cosa productora del daño el arquitecto que se desempeña como director técnico e intelectual de la obra cuyo desmoronamiento determinó la muerte de la víctima, por lo que, verificada la relación causal que exige el art. 1113 segunda parte in fine del Código Civil, resulta civilmente responsable, en concurrencia con el constructor de la misma"* (Gutiérrez de Torelli, Fermina c/ Vázquez de Moreno, Alicia y otros s/ Accidente, art. 1113; DJBA 135, 274 – A.yS. 1988-III, 141 - TSS/88). Doctrina legal que el máximo tribunal del Estado bonaerense mantiene hasta la actualidad (S.C.B.A., causa L. 82.798, "Peralta, Irma del Valle contra Ondarcuhu, Jorge Alberto y otros. Daños y perjuicios", Acuerdo 2078 del 1/10/08).

Es que endilgarle una responsabilidad de corte objetivo a quien no sólo no ha creado el riesgo sino que tampoco obtiene los beneficios empresarios, y, como se ha visto, no es guardián de absolutamente nada (ya que, entre otras cosas, su rol no involucra la permanencia en obra durante la jornada laboral ni por sí ni por quien él designe, ni es parte en el contrato de la relación jurídica sustancial de toda obra, esto es, la celebrada entre el dueño y el empresario constructor) implica, además de hacerle decir a la ley aquello que esta no dice, desvirtuar la ratio legis del art. 1113 del C.C., que, sabido es, se sustenta en la teoría del riesgo creado o bien en la de la garantía. Quede claro que no estoy negando su responsabilidad subjetiva en los términos de los arts. 1109 y 1074 del C.C. (de darse los presupuestos necesarios) pero esa es cuestión bien distinta.

Por ende, me encuentro alineado en la postura que, a mi juicio con acierto, establece que la guarda de la obra, durante el proceso constructivo, no puede sino encontrarse en cabeza del constructor de ella. En tal sentido, se ha dicho que *"Cuando el edificio se halla aún en construcción, la cuestión de la responsabilidad ofrece la particularidad que le aporta la presencia del constructor, si es una persona distinta del dueño. Desde ese momento y mientras dure la obra, el edificio se halla bajo la guarda de quien tiene a su cargo la ejecución de los trabajos de construcción"* (Bustamante Alsina, Jorge, "La Ley", 1986-C-139).

En la interpretación de la funcionalidad de la encomienda de Dirección de Obra que propugno, celebro que puedan hallarse todavía valiosos decisorios: por ejemplo, se ha resuelto que *"El director de la obra no reviste carácter de guardián de los elementos que se emplean en la misma -en el caso, el montacargas que se precipitó lesionando a un operario-, según los términos del art. 1113, párr. 2do, parte 2da del Cód. Civil, pues la función de dirección de la obra consiste en la fiel interpretación de los planos y la documentación técnica que forma parte del proyecto, así como la revisión y extensión de los certificados correspondientes a pagos de la obra en ejecución, debiendo distinguirse entre este sujeto y quien construye la obra"*. (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, se ha resuelto que *"El proyectista-director de obra sólo responde civilmente frente a los terceros si ha mediado delito -civil o penal- o cuasidelito (arts. 1072 y 1109 del Código Civil). Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad por hecho propio y, en este orden de ideas, si el daño derivó de un vicio del plano, responderá conjuntamente con el empresario. Pero, si el daño emana del vicio de la construcción o de los materiales, su responsabilidad frente a los terceros depende de la prueba de la culpa en que incurriere, como lo dispone el citado art. 1109. El locador intelectual no es un guardián jurídico, ni el comitente responsable como principal, porque de él no depende quien ha originado el daño"* (Ferro de Raimondi, María Cristina c/ Tuero, Alberto y otros s/ Daños y perjuicios, sentencia definitiva – C.N.CIV. - Sala K - Nro. de Recurso: K192034 - Fecha: 16-3-1997 - Vocal preopinante: O. Hueyo, ElDial - AE516). En igual sentido, C.N.Civ., sala H, "Benítez, María c.Giordanelli, Alejandro y otros, L.L. 2001-A-21). Idem 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).

En el mismo orden, ¿puede considerarse de resultado la obligación contraída por un Director de Obra? Claro que no. En primer lugar, porque no se advierte cómo alguien podría asegurar el resultado de la actividad de un tercero sobre el que carece de poder coercitivo alguno, ya que ninguna ley establece una suerte de supremacía jerárquica del Director de Obra sobre el Constructor (arg. artículo 910 del Código Civil, cfme. Resolución 67/10 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires). Esto es, el Director de Obra apenas si puede impartir instrucciones al Representante Técnico del Constructor. Y, ante el incumplimiento de las mismas, poner la situación en conocimiento de la parte de la relación jurídica sustancial a la cual él representa (esto es, el dueño)

para que sea este quien ejerza las acciones respectivas conforme a los artículos 505, 625, 626, 629, 630, 633, 634, 1113, 1203, 1204, 1631 y cddtes. del Código Civil.

Otras disposiciones del ordenamiento jurídico argentino apuntalan esa interpretación. En primer lugar, puede citarse el célebre artículo 1646 del Código Civil, para reflexionar acerca de lo siguiente: si la obligación del Proyectista y del Director de Obra también fuesen de resultado, como sí lo es la del Constructor, ¿por qué el legislador no colocó a los tres sujetos en el primer párrafo de ese dispositivo, eliminando el tercero? Y si, según ese tercer párrafo, la responsabilidad por ruina se extiende al Proyectista y el Director, pero ello sólo procederá (a diferencia de lo que se prevé para el Constructor) *"...según las circunstancias..."*, pregunto: si hay que examinar las circunstancias para determinar si se extiende o no la responsabilidad a un sujeto, ¿eso no es ir tras la búsqueda de un factor de atribución subjetivo de culpabilidad –culpa, negligencia, impericia, imprudencia, etc.- que resulta extraño a las obligaciones de resultado, estructuradas en base a la responsabilidad objetiva? En otras palabras, si el sentido de la norma en cuestión fuese el que algunas decisiones judiciales pregonan, hubiese bastado al legislador con suprimir el tercer párrafo, y así –hipotéticamente situados en el primero, junto al Constructor- el Proyectista y el Director de Obra sin duda hubiesen tendido a su cargo la prueba de la fractura del nexo causal para evitar su condena. Pero esa, claramente, no es la inteligencia de la ley.

En el mismo sentido interpretativo, cabe agregar lo siguiente: si, además de lo antedicho, los Proyectistas, Directores de Obra y Representantes Técnicos (nuevamente: a diferencia de los empresarios constructores) están excluidos de las obligaciones de garantía que estatuyen los arts. 5 y 40 de la LDC 24.240, de acuerdo a la disposición contenida en el art. 2 de la misma; si todos ellos están excluidos de las relaciones laborales, y, por ende, de garantizar la indemnidad de los obreros en los términos del art. 75 de la L.C.T. 20.744, en virtud de lo dispuesto por los arts. 2 inc. a) y 35 de la ley 22.250; si a idéntica conclusión se arriba por aplicación del reglamento de salud y seguridad en la construcción (decreto P.E.N. 911/96, artículos 4 y 16 –párrafo final- de su anexo I, texto s/ Resolución S.R.T. 1830/05); si no hay razón alguna para tratar de modo diferente al ejercicio de esas profesiones con relación a el de todos los demás profesionales liberales (médicos y abogados, por ejemplo) ¿por qué razón se arribaría a una conclusión distinta? Sin perjuicio del principio de no contradicción del orden jurídico, adecuadas resuenan las palabras de Ihering al respecto, cuando expresara que no puede aplicarse a las leyes la prensa hidráulica ni la inyectora de sentidos, para hacerles decir aquello que estas no dicen.

Faltaría agregar que tampoco puede obviarse la responsabilidad del Estado, fundamentalmente en su nivel municipal. Lo digo pues, entre otras cosas, los municipios perciben una tasa específica usualmente denominada "derechos de construcción" precisamente para fiscalizar obra material e intelectual, lo cual no se satisface con que los planos lleven las firmas de determinados profesionales: muy por el contrario, se deben inspeccionar los procesos constructivos, y no mirar para otro lado a sabiendas de que a la casi totalidad de las obras las han erigido y las siguen construyendo idóneos sin conocimiento científico alguno. Más allá de que es de libro que no se puede delegar ni renunciar a la competencia en materia de policía edilicia, no hesito en afirmar que los municipios tienen en cabeza una responsabilidad objetiva en materia tanto en el campo de la responsabilidad contractual (porque la tasa en cuestión la ha abonado el peticionario del permiso, como sujeto pasivo de la obligación tributaria, y a cambio debe recibir la debida contraprestación) como extracontractual (porque los terceros dependen de los municipios para preservar su salud y su seguridad, así como la de sus bienes). Sin perjuicio de la legislación administrativa que rige la materia, a dicha conclusión se arriba por aplicación de los artículos 2 –primera parte-, 3, 5 y 40 de la LDC 24.240, y los artículos 512, 902, 1072 a 1074, 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. Resultando ilustrativa, creo, la nota de Vélez al artículo 1132 del mismo cuerpo legal.

Si mis conclusiones son correctas, ello podría explicar, aunque sea parcialmente, por qué desde hace años se va detrás de los siniestros, pero nunca se da ni un primer paso en el sentido de apuntar a la prevención de los mismos. Pues bien, sostengo que mientras los Jueces toleren que los dueños y constructores hagan lo que deseen con las leyes y reglamentos, y que los municipios se lo permitan, podrá seguirse culpando a los profesionales de la construcción de incumplir obligaciones de cumplimiento imposible, y, además, que las leyes no han impuesto, pero nada revivirá a las víctimas, evitará los derrumbes o hará desaparecer graves vicios constructivos. En otras palabras, impartir justicia no puede consistir en ignorar aquello que todo el mundo sabe: los procesos constructivos están, en realidad, manejados por idóneos sin control alguno del Estado. Y, sin el respaldo de este último, no hay profesional que pueda imponer una decisión

técnica a su contratante, y menos a quién no lo es. Y ni qué decir acerca de cubrir él con su propia actividad, además, roles de obra jurídicamente obligatorios, para los que ni siquiera fue contratado. Bastante tiene con enfrentarse a que, corrientemente, debe contentarse y hacer malabarismos con lo que le pongan a su disposición dueños que pretenden una obra excelsa al menor costo posible (contratando para ello cualquier obra de mano y cualesquiera materiales, desoyendo todo consejo en contrario) en una muestra flagrante de negligencia que jamás, pero jamás, es ponderada por los tribunales a la hora de establecer responsabilidades.

Es que en los hechos, el verdadero poder de dirección, en una obra en construcción, lo detentan –en el sentido estricto del término– el dueño y los empresarios constructores. Y su naturaleza es la de un poder basado en la subordinación económica, que, ante la ausencia de controles estatales, impone sus reglas, que en nada se parecen a las jurídicamente vigentes.

III) La dirección de una obra ejecutada por contratos separados (contratistas múltiples)

En esta hipótesis, aparece la dificultad adicional para el Director de Obra de controlar y coordinar el trabajo de varias empresas constructoras en lugar de una, y lidiar con sus respectivos representantes técnicos, lo cual plenamente justifica el suplemento de honorarios que se suele prever en algunas jurisdicciones provinciales, e incluso (aunque más moderadamente) en la jurisdicción nacional. En la provincia de Buenos Aires, puede consultarse la impecable resolución 67/10 del Colegio de Arquitectos, un pequeño código deontológico en la materia, de lectura recomendada.

Esencialmente, debe decirse al respecto de la denominada “Dirección de Obras por contratos separados” que esta figura no representa una nueva especie de dirección, sino una modalidad de la clásica Dirección de Obras, con la que sólo difiere en que el profesional a cargo se hace acreedor a un suplemento de honorarios porque hay un indudable recargo de trabajo en su desempeño en ese escenario. Pero sigue siendo una tarea profesional prestada en el marco de un proceso constructivo donde los ejecutores de los múltiples rubros (albañilería, carpintería, instalaciones eléctricas, etc.) están organizados en forma de empresa, y deben contar cada uno con su propio Representante Técnico. Nunca será suficiente reiterarlo: el constructor nunca es el profesional director, y la conducción de la obra queda reservada a los respectivos representantes técnicos de los empresarios constructores, por cuyos hechos estos últimos responden (cfme. artículos 1113 –primera parte– y 1631 del C.C.)

IV) La dirección de una obra ejecutada por administración

En este sistema de ejecución es el dueño de la obra quien asume el rol de empresario constructor de ella, y, consecuentemente, quien corre con todos los riesgos inherentes al mismo (económicos, financieros, laborales, etc.) a cambio de evitar el pago del beneficio que obtendría una o varias empresas constructoras si las empleara. Trátase en la especie de un raro empresario que no obtiene el beneficio remarcando los costos de producción (que es el modo en que operan los terceros ejecutores, si se los contrata) sino evitando pagarlos. Su ganancia estriba, esencialmente, en la reducción del costo de la obra, asumiendo él los riesgos en lugar de trasladarlos a terceros.

Probablemente es aquí donde mayor sentido cobre la introducción al presente trabajo, ya que únicamente entendiendo a la empresa constructora como una entidad no exclusivamente técnico arquitectónica o técnico ingenieril puede concebirse que un sujeto sin conocimiento científico alguno pueda emprenderla. Pero, como se verá, aquí también el obstáculo se salva (aunque con alguna terminología no siempre bien empleada en la legislación aplicable) mediante la contratación de un Representante técnico. Experto en la materia que le provee al dueño-empresario lo único que le falta: su ciencia.

¿Qué ha dicho la doctrina al respecto? Por ejemplo que *“... sucede que muchas veces y por variados motivos, el comitente desea que su profesional no sólo realice el control de la fiel interpretación de los planos, sino que también se ocupe de cuestiones ajenas a esta función, pero directamente vinculadas a la construcción de la obra. El caso más común se presenta en los denominados sistemas de ejecución de obras por economía o por administración, en los que a falta de empresa constructora, el propietario se transforma en empresario de sí mismo, delegando en el profesional las tareas de*

conseguir y fiscalizar materiales y mano de obra. La importancia del tema que estamos considerando radica en que mientras un arquitecto o ingeniero ha sido contratado para proyectar o dirigir una obra, no caben dudas de que estamos en presencia de una locación, ya sea de obra o de servicios. La cuestión radica en saber qué tipo de contrato vincula a las partes cuando se le han encomendado las tareas de "administrar" una obra. Adelanto mi criterio. Esta relación es un mandato y para decirlo de otra manera, se encuentra regida por más de 100 artículos que legisla el Código Civil, con carácter de ley suprema (artículos 31 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional), a partir del número 1869. (Daniel E. Butlow, "Dirección de obras por administración" La Ley del 20 de Julio de 1993)

Concordantemente, enseñaba Spota que "el director de obra desempeña funciones de mandatario, cuando el dueño de la obra y empresario de ésta, le confiere el poder de adquirir materiales, contratar la mano de obra, celebrar "contratos separados de obra", etc. Dirige la obra, pero al lado de esta locación de obra (que comprende la elaboración del proyecto) coexiste un mandato para celebrar actos jurídicos. Estamos, pues, ante quien actúa como administrador y como técnico. Como técnico es locador de obra intelectual (proyectista-director de obra); como mandatario procede a la gestión de bienes que son objeto de la administración." (Tratado de locación de obra, tomo 1, 3ra edición).

En la misma postura, relatan Butlow y Bustos, en su obra "Abogados de Arquitectos", Ed. Kliczkowsky Publisher, Buenos Aires, Madrid, 1996, lo siguiente: *"La documentación aclaraba bastante las cosas. El contrato con el arquitecto era por proyecto, dirección y administración, o sea lo que usualmente se conoce como dirección ejecutiva. El presupuesto no tenía mayor trascendencia desde el punto de vista jurídico, ya que en este tipo de contratos el propietario es empresario de su propia obra". (pag. 169 in fine).*

Más allá de que se trata de un sistema de ejecución de obras evidentemente extrapolado del derecho público (de hecho, está presente en toda legislación de obras ejecutadas por y para el Estado en cualquiera de sus niveles) tiene recepción en el derecho privado. Así, se la encuentra en el decreto de la provincia de Buenos Aires 6.964/65 (artículo 9 inc. d) del título VIII); en el decreto ley de la Nación 7.887/55, rat. por ley 14.467 (artículo 52 inc. 3); en el decreto de la provincia de Santa Fe 4.156 /52 (artículo 52 inc. b), en el decreto ley de la provincia de Neuquén 1.004 /77 (artículo 57 inc. t) y 82 inc. d) y, en general, en todas las jurisdicciones del país. Ello sin perjuicio de resultar perfectamente admisible, donde así no fuera, crearla por vía contractual.

Jurisprudencialmente, se ha decidido que *"En el sistema de obra por administración, es el dueño de la obra quien se desempeña como empresario, es decir, como "empresario de sí mismo". El técnico y administrador adquirirá materiales por cuenta del dueño de la obra. Desde luego podrá actuar a nombre propio o como mandatario oculto (art. 1929); pero corrientemente lo hace en nombre ajeno, o sea, a nombre del dueño de la obra (mandante)". (C.C.Com. de San Isidro, sala 1, 24-5-99, "Aluminio Almeco Sacic c/M. I. Q. SA s/Cobro de pesos"). Y se ha resuelto también que "El ingeniero o el arquitecto son locadores de obra o de servicios, según se trate de un contrato de locación de obra o de servicios, pero no mandatarios, sin perjuicio de que pueda existir también mandato, no como contrato mixto sino como dos figuras jurídicas combinadas; el acto del apoderamiento puede ser el medio necesario para que el locador de obra o de servicios pueda desempeñarse, como sucede con el abogado al otorgársele poder" (C.C. Com. de Trenque Lauquen, 27-11-90, "Verdier, Raúl y otro c/Lamelo, Rubén y otro s/ Resolución de contrato. Daños y perjuicios", sum. Juba B2201052)*

Conforme a lo reseñado, se trata de una dirección de obra mucho más compleja (y precisamente por eso retribuida con notables incrementos en materia de honorarios) que puede o no incluir la administración directa por parte del profesional (esta será una cuestión de hecho que se deberá dilucidar en cada caso en particular, y sin olvidar que el mandato es un contrato consensual donde el consentimiento puede expresarse incluso tácitamente, cfme. artículos 1873, 1874 y 1144 a 1146 del Código Civil). Es decir, no hay que dejarse llevar por lo que surja de los planos que obran en los expedientes municipales, sino por aquello que realmente sucede en el desarrollo del proceso constructivo (artículo 218 inc. 4) del Código de Comercio). Pero lo más importante a su respecto no es si el contrato contiene o no una componente de mandato, sino delimitar cuál es verdaderamente el contenido funcional de esta modalidad de Dirección de Obras.

En tal sentido, recuerdo que ya he aludido a ciertos problemas terminológicos y confusiones conceptuales en la legislación sancionada contemplando esta modalidad de

dirección. En aras de elegir sólo una de ellas, me referiré a la que lleva las palmas, que no es otra que la vigente en la jurisdicción bonaerense, donde se ha creado la figura del "Director Ejecutivo" para actuar en tales supuestos, en los siguientes términos: *"Dirección ejecutiva: en caso de obras por administración en las que el profesional, con todas las responsabilidades de director y constructor, tiene a su cargo obtener y fiscalizar los materiales, mano de obra y subcontratistas"* (artículo 4 inc. b) del título VIII, decreto 6964/65). Más allá de que se trata nuevamente de una definición legal contenida en una escala arancelaria y no en una norma deontológica (por lo cual es válido incluso modificarla mediante un contrato) mi crítica se halla encaminada a señalar la evidente inexactitud que finca en afirmar *"...el profesional, con todas las responsabilidades del director y constructor..."*. Ello así, pues, como llevo dicho, en este sistema el empresario constructor de la obra es el dueño de ella, y nunca el profesional al que contrate para suplir su carencia de conocimientos científicos. Así, si el Director Ejecutivo realiza la administración directa de la obra, y emplea obreros regidos por el C.C.T. 76/75 (oficiales especializados, medio oficiales, ayudantes, etc.) los mismos deberán ser reputados empleados del dueño o beneficiario, no suyos. Y si el director subcontrata a otros contratistas (bien entendido que, en tal caso, los subcontratistas deberán tener sus propios Representantes Técnicos) el dueño seguirá revistiendo frente a ellos la calidad de empresario constructor principal. Si ello es así, entonces cabría preguntarse qué contenido tiene la funcionalidad de la encomienda del Director Ejecutivo, y al respecto no albergo duda alguna acerca de que, esencialmente, se trata de la suma de las funciones de un Director de Obras y las de un Representante Técnico. ¿Por qué resulta ello posible, si, en general, se encuentra prohibido? Pues porque al reunirse en un mismo sujeto las calidades de dueño y empresario constructor, ya no se está en presencia de intereses contrapuestos (conf. Resoluciones del Consejo Profesional de la Ingeniería de la Pcia. de Bs. As. s/n del 28/10/60 y 1680/73, y Resolución 67/10 del Colegio de Arquitectos del mismo Estado). Y porque disposiciones de mayor jerarquía normativa que el citado decreto (como las contenidas en los respectivos artículos 6tos de las leyes bonaerenses 10.405, 10.411 y 10.416) obligan a todo empresario, sin excepción alguna, a contar con un representante técnico.

Además, una escala arancelaria local (como el decreto 6964/65) no puede ser medio idóneo para legislar en materia de responsabilidad civil, tratándose de materia delegada en el Congreso de la Nación. Y está fuera de toda discusión que la responsabilidad de un empresario constructor únicamente es asumida por aquellos que verdaderamente lo son en los hechos, no sólo en los papeles y a causa de una regulación de naturaleza ficcional.

Tanto es el desacierto de la norma transcripta del decreto bonaerense, que las legislaciones que lo tomaron como modelo no repitieron su error. Puede consultarse, al respecto, el artículo 73 inc. b) de la ley 4.505 de Salta.

V) Responsabilidad de los Directores de Obra y de los Representantes Técnicos en materia de control de medidas de seguridad en la industria de la construcción.

Ya he señalado la notable endeblez que muestra la fiscalización estatal en materia de policía edilicia. Ahora me interesa resaltar que la experiencia indica que la misma resulta parangonada con éxito por la policía del trabajo.

Difícilmente pueda comprenderse (a no ser que ingresemos en aspectos sociológico - jurídicos, lo cual excede mi capacidad) la notable propensión estatal a considerar a los Directores de Obra responsables del sinnúmero de infracciones laborales que se registran en las obras en construcción. Sorprendentemente, no sucede lo mismo con los Representantes Técnicos (lo cual a mi entender resulta atribuible a que posiblemente se desconozca su función, y eso sin contar que raramente se encuentra uno para muestra, en especial en las pequeñas urbes).

Es esta una cuestión de difícil aprehensión desde una óptica estrictamente jurídica, en virtud de la regulación contenida en la ley de la Nación 22.250, que categóricamente los excluye a todos ellos tanto de la relación laboral como de la obligación de verificar su cumplimiento, el cual queda en cabeza de dueños y empresarios constructores (artículos 2 inc. a) y 32 -primer párrafo- y 35, ley cit.). Lo cual ha sido objeto de una recepción jurisprudencial mayoritaria, toda vez que las distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo han decidido reiteradamente que *"Toda vez que de las*

constancias de autos surge que el co demandado se desempeñaba como arquitecto director de la obra, al no ser una empresa unipersonal de la industria de la construcción, sino un profesional que se desempeñaba en ese ámbito, no corresponde encuadrarlo dentro de la ley 22.250 (art. 2, inc. a). (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.-). Y lo propio han hecho al sostener que "La calidad de sujeto de la regulación estatutaria está subordinada a la de empresario de la construcción, esto es su condición de operador en esta rama de la actividad económica caracterizada por la titularidad de una empresa dedicada a la realización de obras para terceros, con finalidad de lucro. Ni el dueño de la obra, que no es empresario y contrata con aquellos la construcción y les paga el precio convenido, ni los profesionales de las artes vinculadas a la actividad que comprometen, respecto de los dueños o empresarios, su capacidad técnica en el marco de las incumbencias de la profesión de que se trate, son empresarios ni, según la definición legal, empleadores sujetos al régimen". (C.N.A.T. Sala VIII Expte n° 33621/96 sent. 26978 19/10/98 "Figueredo, Andrés y otros c/ Novaro, Carlos y otros s/ ley 22250" (M.- B.-).

Más categórico todavía resulta el reglamento de salud y seguridad para la industria de la construcción sancionado por decreto P.E.N. 911/96, el cual no se limita a establecer la solidaridad pasiva por la omisión de su cumplimiento en cabeza de comitentes y empresarios constructores (excluyendo de ella a los profesionales que estos contraten para ejercer la representación de sus intereses en obra) sino que, además, estatuye claramente que un arquitecto o ingeniero civil, para poder ocuparse del planeamiento y supervisión de dichos aspectos deben cursar y aprobar un especial curso de capacitación. Lo cual, me apuro a aclarar, no se verifica muy frecuentemente (cfme. arts. 4, 13, 15 y 16 inc. c) de su primer anexo).

Pero la cuestión adquiere ribetes tragicómicos ni bien se advierte que, en razón de la reforma introducida al citado reglamento por la Resolución S.R.T. 1830/05, se ha estatuido una incompatibilidad funcional (para todo Proyectista, Director de Obras o Representante Técnico) de planificar y controlar tales medidas de seguridad en la misma obra donde desempeñan aquellos roles, en los siguientes términos: *"El ejercicio de la dirección de las prestaciones de Higiene y Seguridad será incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad o función en la misma obra en construcción".*

Vuelvo a enfatizar que mi especialidad no es ni la sociología general ni la jurídica, pero no consigo comprender cómo podría responsabilizarse a quienes el mismo Estado (por carecer del curso de capacitación pertinente) considera en principio sin incumbencias suficientes para cumplir la función sub examen. Y, más allá de tal circunstancia, les prohíbe encargarse de ella aún cuando las posean, prescribiendo claramente, y para toda obra, la intervención obligatoria de un profesional especializado en la materia. y, fundamentalmente, que dicho especialista no debe ser ninguno de los encargados de cualquier otro rol en la misma obra.

VI) Conclusiones

El presente trabajo ha contado entre sus objetivos primarios demostrar los siguientes extremos:

- 1) El desarrollo de la actividad de empresario constructor no requiere de título alguno, y puede ser realizada por cualquier persona física o jurídica, incluso por el dueño de la obra. Por ende, no configura ejercicio profesional de la arquitectura o ingeniería, sino ejercicio del comercio o industria.
- 2) La representación técnica de esa actividad comercial o industrial sí constituye ejercicio profesional y es jurídicamente obligatoria en todo el Estado Argentino.
- 3) Las palabras "arquitecto" o "ingeniero", en sí, nada dicen en términos de responsabilidad, si no se analiza qué rol cumplen en el proceso constructivo. Así, los habrá dedicados a la actividad empresarial, pero también solamente al ejercicio profesional. Y mientras los primeros responderán objetivamente, los segundos lo harán con base en factores de atribución subjetivos.
- 4) Un empresario constructor carente de representación técnica profesional no se encuentra capacitado para interpretar los proyectos de arquitectura e ingeniería, las especificaciones que los integran, o las instrucciones de la dirección de obra. La

idoneidad que se requiere es científica, no manual. En nada juega en esto que actúe un Director de Obra: su misión en el proceso es otra.

- 5) Una obra a cargo de un constructor sin representación técnica equivale necesariamente a una obra sin conducción profesional. Y, por lógica consecuencia, constituye una invitación a los vicios constructivos, la ruina edilicia y los siniestros de todo tipo.
- 6) El Director de Obra es, esencialmente, el representante en obra del dueño de ella, por oposición a los intereses de los empresarios constructores (cuya defensa queda a cargo de sus Representantes Técnicos). En ambos supuestos, se trata de una suerte de "patrocinio técnico".
- 7) Precisamente por ser su representante en el proceso constructivo, el Director de Obra no está situado, con relación al dueño de la obra, en la "vereda de enfrente" (es decir, junto al o los constructores) sino a su lado: ambos tienen un interés que corre paralelo, tal como el de un abogado y la parte a la que patrocina. Por ello, la culpa del dueño al contratar no puede atribuírsele al Director de Obra. Especialmente la omisión de adjudicar la obra a contratistas debidamente representados por profesionales con las incumbencias pertinentes.
- 8) El Director de Obra no puede cargar con la responsabilidad de conducir la obra ante la falta de representantes técnicos de los contratistas: su misión se satisface representando los intereses del dueño (que es la parte de la relación jurídica sustancial con la cual se relacionó contractualmente, y con ese solo objeto).
- 9) La modalidad de prestación del rol de Director de una Obra es la inspección de los trabajos para verificar su adecuación al proyecto, mediante visitas periódicas al sitio de obra. No involucra la conducción de esos trabajos (que queda a cargo del o los Representantes Técnicos).
- 10) El único supuesto en el que pueden recaer en el mismo profesional los roles de Director de Obras y Representante Técnico tiene lugar en las obras ejecutadas por administración, donde la calidad de empresario constructor queda en cabeza del dueño de ella.
- 11) Ni el Director de Obras, ni los Representantes Técnicos, a- se encuentran encargados de planificar y controlar el cumplimiento de las normas de seguridad en obra; b-son empleadores de la industria de la construcción; c-son guardianes jurídicos.
- 12) No importan los "nomen iuris" que se les den a los roles profesionales, los verdaderos constructores casi nunca son los que suscriben los pliegos y planos mediante los cuales se tramita un permiso de construcción en sede municipal. Para hallarlos, se debe analizar la verdadera naturaleza de las relaciones jurídicas celebradas en cada obra.
- 13) Fundamentalmente, ha de abandonarse la obsesión del arquitecto o ingeniero culpable, dejando de lado los prejuicios al respecto, y evitando el facilismo de adjudicar arbitrariamente responsabilidades haciéndole decir a la ley lo que esta no dice. Especialmente, no olvidando que en nuestro derecho nadie es culpable por lo que es, sino por lo que hace o deja de hacer estando jurídicamente obligado. En tal sentido, resulta fundamental determinar cuál es el rol que cada agente del proceso constructivo tiene asignado, cuál la funcionalidad de ese rol, y cuáles las responsabilidades inherentes al mismo.
- 14) A todos los fines antedichos, cabe recordar no solamente que el Código Civil no contiene normas aplicables más que analógicamente (es decir, con las debidas adecuaciones, y no supletoriamente) a la locación de obra intelectual, y que son escasas tales analogías entre un empresario constructor y un profesional liberal, sino fundamentalmente que, no obstante su prestigio y jerarquía normativa, nuestro orden jurídico es mucho más que el citado cuerpo legal. En su virtud, habrá que buscar las normas aplicables para solucionar la controversia también en otras fuentes de diversa grada.
- 15) El único supuesto en que un arquitecto o ingeniero se convierte en un empresario constructor tiene lugar cuando los hechos demuestran que lo es realmente. Aún en tal supuesto, no puede confundirse su calidad de tal con la representación técnica que haga de su propia actividad lucrativa, tanto como no

puede confundirse la reunión en un mismo sujeto de la calidad de parte en un proceso judicial con el rol de abogado que litiga en causa propia.

- 16) El verdadero "poder de dirección" en las obras es detentado por sus dueños. Sólo el Estado puede contraponerse a él, mediante su imperium. Ante la falta del debido control municipal, las reglas que gobiernan a los procesos constructivos no son las jurídicamente impuestas. Sin fallos ejemplificadores que condenen a los municipios y sus funcionarios, podrá eventualmente arribarse a una reparación pecuniaria (las más de las veces injusta, en cuanto atañe a quien debe soportarla) pero jamás se logrará la actuación preventiva. Es tiempo de dejar de ignorar jurídicamente aquello por todos sabido.