

PROYECTO DE REFORMAS PRESENTADO POR LOS INGENIEROS CIVILES ALEJANDRO LARAIA Y BERNARDO LOPEZ AL PRESIDENTE DEL BLOQUE DE DIPUTADOS DEL FRENTE PARA LA VICTORIA, ING. CIVIL AGUSTIN ROSSI, PARA INCLUIRSE EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN PREPARADO POR LA COMISIÓN DESIGNADA POR DECRETO 191/2011

I.- ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL DIRECTOR DE OBRA, Y EN SU CASO, DEL REPRESENTANTE TÉCNICO.-

1.- Se propone incluir un último párrafo en el ARTICULO 1272 del Anteproyecto, que aclare el alcance de las obligaciones del director de obra, y en su caso, del representante técnico designado por el constructor, frente a sus comitentes, del siguiente tenor:

“El director de obra y en su caso, el representante técnico, responden de los vicios o defectos aparentes o no ostensibles o por las diferencias en la calidad de la obra si los mismos tienen su causa en no haber realizado su actividad de dirección y contralor con la diligencia apropiada, según el art. 774 inc. a).-“

De tal modo, dicho artículo quedaría redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 1272. Plazos de garantía. Si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación.

Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista

- a) queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes;
- b) responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos.

El director de obra y en su caso, el representante técnico, responden de los vicios o defectos aparentes o no ostensibles o por las diferencias en la calidad de la obra si los mismos tienen su causa en no haber realizado su actividad de dirección y contralor con la diligencia apropiada, según el art. 774 inc. a).-“

2.- FUNDAMENTOS

2.1.- Como ha sucedido en anteriores proyectos, y a diferencia del Código Civil aún vigente, el Anteproyecto se ocupa en un artículo de la responsabilidad civil de los profesionales liberales, el art. 1768.- Éste expresa: *“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 8ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la actividad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.-*

2.2.- Para comprender debidamente el significado de esta fórmula legal, en primer lugar se debe tener presente lo que implica que la responsabilidad sea “subjetiva”, en vez de “objetiva”.- Si la responsabilidad es subjetiva, solamente se responde si se ha actuado culpablemente; es decir, cuando hay culpa o dolo¹.- Y hay culpa cuando se han omitido las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, de tiempo y del lugar.-

¹ Obviamente referimos al dolo, ya que no es lo habitual en este campo.-

La diligencia debida es la exigible por la conciencia social a un hombre normalmente cuidadoso, tomando en consideración las diversas circunstancias –concreta situación de hecho- en las que el sujeto actúa.- Ahora bien, cuando es el caso de responsabilidad de profesionales, el modelo de diligencia jurídicamente exigible tomará en consideración, en lo que atañe a la naturaleza de la actividad, *la diligencia exigible según el nivel técnico de un buen profesional del ramo.-*

Es decir, cuando la naturaleza de la obligación sea de índole técnica –prestación de carácter técnico- los criterios de diligencia serán los propios de la actividad debida de que se trate.- En el caso de los ingenieros civiles, serán las reglas técnicas del buen arte de construir.-

Pero además, cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.- Es decir, si la persona tiene cualidades o habilidades personales “superiores” a las comunes, se lo juzga con mayor rigor (ej. la imprudencia o negligencia de un técnico es menos excusable que la de un agente no técnico, que haya debido obrar sin demora)².-

En suma, en la responsabilidad subjetiva la culpa es lo que hace responsable, y por tanto, debe existir un juicio de reproche hacia la conducta.- Si este no se da, el sujeto no lo es.- De ahí que la falta de culpa exime de responsabilidad.-

En cambio, cuando la responsabilidad es “objetiva” se prescinde de valorar el comportamiento del responsable.- Según expresa el art. 1720 del Anteproyecto, “*El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad...*”.- En este caso las causales de eximición de responsabilidad son mucho más estrictas, ya que debe probarse

² Todo esto se desprende de los arts. 512, 909 y 902 del Código vigente.- Y asimismo, se mantiene en el Anteproyecto, arts. 1722 y 1723.-

que la causa del daño es ajena al presunto responsable.- Vale decir, debe acreditarse que el vínculo de causalidad entre el hecho del que derivaría su responsabilidad y el daño no alcanza a configurarse, total o parcialmente.-

Consecuentemente, las eximentes aquí únicamente son: a) el hecho o culpa de la víctima; b) El hecho de un tercero extraño por quien no se debe responder; c) El caso fortuito o fuerza mayor.-

2.3.- Así las cosas, a los efectos de determinar el alcance de la responsabilidad del profesional liberal resulta imperioso remitirnos a las disposiciones que contiene el Anteproyecto sobre las obligaciones de hacer, y en definitiva, esclarecer cuándo se ha comprometido un resultado concreto o determinado.- Pues de ello dependerá que su responsabilidad sea subjetiva u objetiva, con el consiguiente agravamiento del régimen de la responsabilidad civil.-

Al regular las obligaciones de hacer, el Anteproyecto en su art. 774 expresa que la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar una actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido.-

Concatenado con lo anterior, el art. 1721 dice: *“Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.”*.-

Por otra parte, el Anteproyecto no regula el contrato de servicios profesionales en particular, sino que su régimen queda comprendido dentro de las normas relativas al contrato de obra o de servicios (Libro 3º, Título III, Capítulo 6, arts. 1251 y ss.).- Allí se establece:

Art. 1251: *“Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando*

independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución...”.-

Art. 1252: *“Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar una 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...”.-*

2.4.- Ahora bien, ateniéndonos al caso particular de los profesionales de la ingeniería civil, la determinación de cuál es el alcance de su cometido no resulta sencillo.-

Por de pronto el Anteproyecto, al igual que en el Código Civil vigente, si bien contiene algunas reglas específicas en materia de esta responsabilidad, ellas están contenidas donde regula el contrato de obra (Libro 3º, Título III, Capítulo 6, Sección 2º, arts. 1262 y ss.)³.- Y allí, como sucede en el Código actual, en la generalidad de los casos no se distingue entre los distintos sujetos que participan en la construcción de una obra –empresa constructora, calculista, proyectista, director de obra, representante técnico, etcétera.- Sólo en caso de ruina existe una diferenciación, y en alguna medida, en el art. 1277.-

2.5.- Frente a esta situación, existe una tendencia doctrinaria y jurisprudencial que considera que en la construcción de obras, como regla, las obligaciones que asumen frente al comitente el constructor, el proyectista, el calculista y el director de obra, son **obligaciones de resultado**: deben alcanzar el resultado prometido, realizándolo conforme las reglas del arte de construir y respondiendo al fin perseguido por el comitente.-

³ Vale decir, un contrato donde lo prometido es un resultado eficaz, y por tanto, la responsabilidad es objetiva.-

Es decir, no sólo la obligación del constructor, y las del proyectista o el calculista⁴.- Dentro de este esquema, también la naturaleza de las obligaciones del director de obra configura un contrato de **locación de obra intelectual**, lo que lleva implícita la consideración de sus obligaciones como de resultado⁵.- Y en esta tendencia, cuando la responsabilidad deriva de la deficiente realización de los trabajos o de la mala calidad de los materiales, se ha sostenido en la jurisprudencia que el director de obra es responsable “junto” al con el constructor⁶.-

Así, no le bastará al director de obra tratar de probar que asesoró correctamente al constructor respecto de la deficiencia de los materiales.- Se considera que su obligación es la de impedir la realización de una obra en forma deficiente o con materiales inadecuados.- Por ello no le basta probar que obró sin culpa; debe probar la existencia de una causa ajena.-

2.6.- Por el contrario, otra postura, que entendemos es la correcta, entiende que las obligaciones del director de obra son obligaciones de medios, ya que su compromiso se remite a vigilar la ejecución de la obra por parte del constructor, aplicando en tal sentido su diligencia, sus conocimientos y su prudencia⁷.-

⁴ Consideramos que respecto de las obligaciones del proyectista, y del calculista, la calificación de sus obligaciones como de resultado no merece reparos.- El proyectista compromete un resultado intelectual, debiendo realizar un proyecto libre de errores.- Igualmente el calculista promete un cálculo exacto.-

⁵ Cfr.: TRIGO REPRESAS, Félix, *Responsabilidad de los profesionales. Seguros y responsabilidad Civil*, Astrea, Bs.As. 1978, pg. 146; TRIGO REPRESAS, Félix, *Responsabilidad civil de ingenieros, arquitectos y profesionales de la construcción*, en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Alberto J. Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), ed. Hammurabi, Bs.As. 2003, T° 4-C, pg. 140; LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras*, en Revista de Derecho de Daños, 2004.2. Responsabilidad de los profesionales de la construcción, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe, 2004, pg. 221; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración*, en Revista de Derecho de Daños, 2004.2, op.cit., pg. 14; etcétera.-

⁶ Así: CCCom. CAadm. Rio Cuarto, 1ª Nom., “Gallo, María y otro c. Buil Porto, Beatriz”, en L.L.C., 2000-982.-

⁷ Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, pg. 421 y ss.; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, 2ª ed., Perrot, Bs.As.

En este sentido, por ejemplo, la C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 6/12/2005, en Murias, Juan C. y otra v. Brussal Construcciones S.A. y otro, ha dicho:

“La obligación del director de obra es solamente de medios: se obliga a vigilar la ejecución de obra por parte del constructor aplicando en tal sentido su diligencia, sus conocimientos y prudencia. No es responsable si el dueño de la obra no prueba la culpa del profesional y la relación de causalidad entre ésta y el daño...”(abeledoperrotonline, Lexis N° 70037313)

Análogamente, se ha dicho que:

“El sistema de responsabilidad civil previsto en nuestra legislación civil en lo que respecta a profesionales ingenieros, arquitectos y/o constructores, no tiene modificación alguna respecto del eje general, en cuanto a quién tiene la obligación de dirigir y vigilar la ejecución de la obra. Tal obligación es de medios, con lo cual el profesional se obliga a vigilar la ejecución de la obra por parte del constructor, mediante su diligencia, conocimientos profesionales y prudencia. En consecuencia, el profesional no responderá si el dueño de la obra y comitente, no prueba la culpa del constructor y la relación de causalidad entre el daño sufrido y la culpa probada de aquél.” (C.CC. Córdoba, 5ª Nom., 21/4/97, en Oviedo, Evaristo c. Sosa, Héctor y otro”, en L.L. Córdoba, 1988, 11).-

Señala Tale, recordando a Rivarola: *“Jorge Rivarola enseñaba: no es responsable el director de la obra cuando por una simple aunque prolija y meticulosa inspección no haya podido descubrir ni sospecha la existencia del vicio. No se puede ser responsable por vicios de ejecución que no hubiera sido posible advertir o sospechar mediante una dirección “pura y simple”, aunque concienzuda”*

1992, Tº IV-B, n° 2844, pg. 169; TALE, Camilo, “Responsabilidad civil del constructor y de los profesionales de la construcción por ruina de la obra”, en Revista de Derecho de Daños, 2004.2, op.cit., pg. 446.-

Y agrega: *“El constructor ha asumido la obligación de realizar la obra. Pero el director técnico no ha asumido la obligación de su realización, sino la obligación de dirigir las actividades hacia ese fin, que es la obra realizada, y no ha garantizado la obtención de ese fin en todos sus aspectos.*

Además de la diversidad del alcance del compromiso contractual del constructor y del director de obra (obligación de resultado del primero y obligación de medios del segundo), hay que advertir que la posibilidad de control del director de obra en ciertos aspectos es inferior a la del constructor: así, por ejemplo, aquél no elige los dependientes del constructor, ni los herreros, carpinteros, etcétera, que son elegidos y subcontratados por éste.”⁸

2.7.- De acuerdo a lo antes expuesto, consideramos imperioso incluir una norma que aclare esta situación, en el sentido de que las obligaciones del director de obra, y las del representante técnico en su caso⁹, constituyen obligaciones de medios.-

Por otra parte, ello se compadece con la consideración de que estamos frente a un contrato de “servicios profesionales”¹⁰, vale decir, un contrato donde la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia (conf. art. 1252 proyectado, ya citado).-

Proponemos así incluir un último párrafo en el art. 1272, que regula la responsabilidad contractual frente al comitente por vicios o defectos aparentes y ocultos en el contrato de obra –cuyo régimen se aplica a las diferencias de calidad en la obra, según art. 1271-, del siguiente tenor:

“El director de obra y en su caso, el representante técnico, responden de los vicios o defectos aparentes o no ostensibles o por las diferencias en la calidad de

⁸ Cfr. TALE, Camilo, loc.cit., pg. 447.-

⁹ La situación del representante técnico resulta análoga a la del director de obra.-

¹⁰ Así entiende la comisión redactora del Anteproyecto que es la relación contractual existente entre el profesional y su cliente (ver Fundamentos, comentario al Libro III, Título IV, punto IV.2).-

la obra si los mismos tienen su causa en no haber realizado su actividad de dirección y contralor con la diligencia apropiada, según el art. 774 inc. a).-“

Con ello quedará deslindado el alcance de la responsabilidad del constructor, por un lado, y por el otro la de los profesionales –director de obra, representante técnico-, de modo tal que únicamente sean responsables por su falta profesional, que es lo que en justicia corresponde.-

Además, la inclusión de esta norma en nada afecta la responsabilidad que sí pesará sobre el director de obra en caso de ruina para las obras en inmuebles destinadas por su naturaleza a tener larga duración, regulada por los arts. 1273 a 1276.-

II.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR DEFECTOS OCULTOS Y POR RUINA

1.- Se propone incluir dos agregados en el art. 2564 a fin de aclarar dos puntos respecto de la prescripción de un año prevista en dicha norma: a) que el mismo también resulta aplicable a la acción por defectos o vicios ocultos; b) que en el caso de la acción por ruina, la prescripción de un año también alcanza a los restantes responsables según lo dispuesto por el art. 1274, y no únicamente al constructor.-

De tal modo, el artículo quedaría redactado de la siguiente manera, donde los cambios propuestos lucen en negrita:

“ARTÍCULO 2564.- Plazo de prescripción de un año. Prescriben al año:

*a) el reclamo por vicios redhibitorios y **por defectos o vicios ocultos;***

b) las acciones posesorias;

*c) el reclamo contra el constructor y **demás responsables** por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina y siempre que ella ocurra dentro de*

los DIEZ (10) años de recibida la obra;
d) los reclamos procedentes de cualquier documento endosable o al portador, cuyo plazo comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación;
e) los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pagado en concepto de alimentos;
f) la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada.”

2.- FUNDAMENTOS

2.1.- Como es sabido, el Anteproyecto simplifica el régimen de los plazos de prescripción, y los reduce.- Establece un plazo de prescripción genérico de CINCO años (art. 2560) y muy pocas excepciones a éste.- Dentro de ellas, el art. 2564 consigna que prescriben al año, entre otras: a) *el reclamo por vicios redhibitorios* (inciso a); y b) *el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial...* (inciso c).-

2.2.- Como vemos, la prescripción de un año prevista por el art. 2564 inc. a) se limita al reclamo por “vicios redhibitorios”.- Los cuales son tan sólo una especie dentro del género “defectos o vicios ocultos”.- Éstos últimos, a cuyo régimen remite el art. 1272 del contrato de obra, son los defectos del bien existentes al tiempo de la recepción, que el adquirente no haya conocido o debido conocer mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la recepción (arg. arts. 1051, 1053).- En cambio, se consideran “vicios redhibitorios”, en particular, 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 (art. 1051, inc. b).-

En consecuencia, el plazo para ejercer la acción derivada de los defectos ocultos sería de 5 años a computarse desde la manifestación del defecto.- Ya que sería de aplicación el plazo genérico del art. 2560.-

2.3.- La distinción no se justifica.- Adviértase que el vicio redhibitorio resulta ser una situación de mayor entidad que el mero defecto o vicio oculto, y según la norma del art. 2564 inc. a), pese a ello, la prescripción liberatoria respecto de este último sería más gravosa que la regulada en relación al primero.- Más aún, la misma acción por ruina prescribe al año (art. 2564 inc. c), lo cual denota la injusticia de la situación en que queda quien se lo pretenda responsable por un mero defecto o vicio oculto.-

2.4.- Según lo antedicho, creemos que corresponde agregar al inciso a) del art. 2564 “y por defectos o vicios ocultos”, de modo tal que el plazo de prescripción de la acción por defectos ocultos sea de un año, al igual que el establecido para los vicios redhibitorios, y para el caso de ruina.-

2.5.- En cuanto al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por ruina, el art. 2564 proyectado no es claro.- Según él: *“Prescriben al año:... c) el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina y siempre que ella ocurra dentro de DIEZ (10) años de recibida la obra...”*

La fórmula legal pareciera circunscribir el plazo de prescripción de un año al reclamo “contra el constructor”, con lo cual la acción contra los demás responsables –proyectista, director de obra, etcétera- quedaría comprendida dentro del plazo genérico de cinco años previsto por el art. 2560 del Anteproyecto.-

2.6.- Esta disparidad de tratamiento tampoco tiene justificativo alguno.- E incluso agravaría la situación del director de obra o del proyectista en relación al régimen vigente del art. 1646 C.C., donde ninguna duda cabe que el plazo de prescripción de un año rige para todos los responsables de la ruina.-

2.7.- Consideramos que debiera aclararse el citado artículo 2564 en

el sentido que el plazo de prescripción de un año alcanza a la acción dirigida contra cualquiera de los responsables por ruina, según el art. 1274.- Y a ello tiende la incorporación del agregado que proponemos en el art. 2564 inc. c).-

III.- RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA CONSTRUCCIÓN FRENTE A TERCEROS

1.- Se propone incluir en el art. 1277 del Anteproyecto varios agregados, tendientes a delimitar y aclarar la responsabilidad que le cabe al ingeniero civil que se desempeña como director de obra, o en su caso como representante técnico, frente a terceros.-

En consecuencia, el artículo quedaría redactado de la siguiente manera, donde los cambios propuestos lucen en negrita:

*ARTÍCULO 1277.- Responsabilidades complementarias. El constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y a **cumplir la normativa nacional y local vigente sobre la Higiene y Seguridad en el Trabajo y sobre Riesgos del Trabajo, de acuerdo con las directivas del profesional habilitado en la materia**; y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones, **según los alcances del título y matrícula habilitante.- El director de obra no se considera guardián de la obra ni de sus elementos a los efectos del art. 1758; ni principal respecto de las personas que dependen del contratista o subcontratistas para el cumplimiento de sus obligaciones, a los efectos del art. 1753.-***

2.- FUNDAMENTOS

a.- Delimitación de responsabilidades según las incumbencias profesionales habilitantes

a.1.- De acuerdo al régimen legal de la ley 19.587 y su decreto

reglamentario 911/96 aplicable a la industria de la construcción, las prestaciones de higiene y seguridad en las obras en construcción deben estar dirigidas por graduados universitarios que cuenten con determinadas incumbencias profesionales habilitantes para realizar tal función¹¹.-

Estos profesionales, únicos habilitados en la materia, son los responsables de las obligaciones fijadas por ley 19.587 y su reglamentación en lo que hace a su misión y funciones específicas (art. 18, dec. 911/96).- Más aún, según el art. 16 del referido decreto, 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.-

a.2.- Siendo ello así, corresponde delimitar debidamente las responsabilidades de los distintos profesionales que intervienen en la construcción, particularmente: director de obra, representante técnico, encargado del servicio de higiene y seguridad en el trabajo.- El director de obra, o en su caso el representante técnico, pueden ser responsables por el incumplimiento de las normas administrativas, o el incumplimiento de sus obligaciones derivadas de sus incumbencias propias, si con ello causan daños a terceros (ej., no ordenar la colocación de bandejas protectoras en la construcción, impuestas por las reglamentaciones municipales); pero si ocurren daños que tienen su exclusiva causa en el incumplimiento de las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo, o derivadas de riesgos del trabajo –ej. accidentes a obreros por no haberse

¹¹ Según el art. 16 del decr. 911/96: “ *Las prestaciones de Higiene y Seguridad deberán estar dirigidas por graduados universitarios, a saber:*

a) Ingenieros Laborales,

b) Licenciados en Higiene y Seguridad en el Trabajo,

c) Ingenieros; Químicos y Arquitectos con cursos de posgrado en Higiene y Seguridad en el Trabajo de no menos de cuatrocientas (400) horas de duración, autorizados por los organismos oficiales con competencia desarrollados en Universidades estatales o privadas,

d) Los graduados universitarios que a la fecha del dictado de la presente reglamentación posean incumbencias profesionales habilitantes para el ejercicio de dicha función, o

e) Los Técnicos en Higiene y Seguridad reconocidos por la resolución M.T.S.S. 313 de fecha 11 de mayo de 1983.

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.”

ordenado medidas de seguridad debidas- ello es de incumbencia exclusiva del responsable del servicio de higiene y seguridad en el trabajo.- Solamente podría responsabilizarse al director de obra, en su caso, de no haber respetado las directivas dadas por aquél, pero no por no haber adoptado medidas que son extrañas a su incumbencia profesional.-

Adviértase que cuando es el caso de la responsabilidad médica, y existe una actuación en equipo, se ha contemplado esta situación.- Así se ha dicho que cuando en el equipo quirúrgico intervienen profesionales con autonomía científica, "en muchísimos casos no es posible que sean controlados por el cirujano", precisamente porque obran con independencia y bajo su propio criterio, dentro del ámbito de su especialidad¹². Y así, no cabe responsabilizar al jefe del equipo médico en tal caso.-

A deslindar esta cuestión tienden los agregados que se incluyen en la primera parte del art. 1277 del Anteproyecto, que quedaría redactado, en lo pertinente, así: *"...los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y a cumplir la normativa nacional y local vigente sobre la Higiene y Seguridad en el Trabajo y sobre Riesgos del Trabajo, de acuerdo con las directivas del profesional habilitado en la materia; y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones, según los alcances del título y matrícula habilitante..."*.-

Esto resulta necesario, ya que existen precedentes jurisprudenciales que han responsabilizado al director de obra por accidentes ocurridos a obreros u operarios en la obra¹³.-

¹² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Responsabilidad del jefe de un equipo médico", en LA LEY1996-B, 358.-

¹³ Así: C.NCiv., sala D, 28/08/2009, re Hertel, Jorge R. v. Capurro Zanandrea, Ricardo J., en abeledoperrotonline, Lexis N° 70057328; CNTrab, SalaVIII,14/06/2010, re Trinidad Romero, Adolfo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Viale 2520 y otros, en La Ley Online, AR/JUR/33091/2010.-

b.- Exclusión de la responsabilidad derivada de la intervención de cosas riesgosas

b.1.- Como hemos visto, el art. 1768 del Anteproyecto establece al regular la responsabilidad civil de los profesionales liberales: “...*Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio...*”.-

Esta disposición que es acertada, sin embargo no contempla la situación propia del profesional que se desempeña como director de obra.- Se ajusta mejor a la situación de otros profesionales, como por ejemplo los médicos, cuya prestación profesional muchas veces se vale de cosas –ej. un bisturí-, pero no repara en la situación en que el ámbito mismo de desempeño sea una cosa riesgosa.- En efecto, parece no referirse a los daños sucedidos con origen en la obra en construcción, la cual, particularmente si es inmueble, importa la creación de un riesgo.- Por ejemplo, un derrumbe en el seno de la obra, que puede dañar a vecinos y terceros; rajaduras en una pared medianera como consecuencia de excavación, destrozos ocasionados por la caída de instrumentos de trabajo o de mampostería.-

b.2.- Por otra parte, en el derecho vigente existen dos posturas sobre la calidad del director de obra en relación a la obra en construcción, y sus elementos.-

b.2.1.- Según una postura, el empresario y el “director de obra” son “guardianes” de la obra, y en tal carácter responden objetivamente por los daños derivados del riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.)¹⁴.-

Dentro de esta tendencia existen múltiples precedentes jurisprudenciales¹⁵.-

De acuerdo con tal tesis, frente al daño sufrido por un tercero – por ejemplo, los sufridos por la finca lindera a la obra en construcción-, no sólo el constructor, sino también el director de obra, únicamente se liberan total o parcialmente de responsabilidad acreditando el rompimiento del nexo causal.-

b.2.2.- Para otra posición, en cambio, el director de obra sólo responde por el hecho propio, según el art. 1109 C.C.; y de allí que debe

¹⁴ Cfr.:TRIGO REPRESAS, Félix, *Responsabilidad civil de ingenieros, arquitectos y profesionales de la construcción*, en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Alberto J. Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), ed. Hammurabi, Bs.As. 2003, T° 4-C, pg. 163; LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras*, en Revista de Derecho de Daños, 2004.2. Responsabilidad de los profesionales de la construcción, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe, 2004, pg. 266; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración*, en Revista de Derecho de Daños, 2004.2, op.cit., pg. 82; etcétera.-

¹⁵ C.N.Civ., sala E, 24/08/2000, re “Balaguer de Verge, María A. y otros v. Bouzá H. y Cía. y otros”, en abeledoperrotonline, Citar Lexis N° 70005596; C.Civ. y Com. Tucumán, sala 3ª,16/05/2003, re “Rivero Vda. de Rivero, Laurentina de J. v. Omodeo S.A.”, en abeledoperrotonline, Citar Lexis N° 30010840; C. N. Civ., sala J, 01/03/2007, re “Modarelli, Roberto L. v. Consorcio Paraná 425 y otro”. en SJA 11/7/2007, JA 2007-III-205; C.N. Civ., sala F, 13/02/2007, re “Gráfica Pinter S.A. v. P & B Club S.A. y otros”, en SJA 6/6/2007, JA 2007-II-265; C.N. Civ., SalaG, 24/06/2010, re “Proper Key S.A. c. Yermal 133 S.A.”, en La Ley Online, AR/JUR/28817/2010; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1ª, 26/09/2007, re “Basabe, Horacio y otra v. Miodyk, Dino y otro”, en abeledoperrotonline, Citar Lexis N° 70039726.-

demostrarse su culpa¹⁶.- El fundamento de la responsabilidad del director de obra por los daños ocasionados a una propiedad lindera radica en el incumplimiento de sus incumbencias fundamentales: la supervisión de todos los trabajos y la idoneidad de los obreros.- Si en caso de haber supervisado debidamente la obra, el daño se hubiera evitado, su responsabilidad queda comprometida; en caso contrario no, porque encuadra dentro del caso fortuito.-

Existen en la jurisprudencia también numerosos pronunciamientos en este sentido¹⁷.- Y consideramos que esta es la solución correcta.- Pues el director de obra no puede considerarse “guardián” de la obra ni de sus elementos bajo ninguno de los criterios existentes para determinar tal calidad.- Por de pronto, el director de obra no tiene materialmente la obra bajo su poder; es decir, no tiene la tenencia de la obra, siendo el constructor quien la detenta.- Por consiguiente, el poder fáctico de vigilancia, de gobierno y de contralor de la misma lo ejerce el empresario.- Mientras que el director de obra, no obstante que tiene que impartir las instrucciones necesarias para la ejecución del proyecto y vigilar el desarrollo de las obras, no tiene bajo su control los elementos materiales y humanos que se organizan en orden a la construcción –no contrata los operarios ni la provisión de materiales, ni son suyos las herramientas y demás elementos.- Y tampoco aprovecha de la obra, obteniendo un provecho de la misma, y así, no

¹⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La responsabilidad del dueño o guardián de una cosa peligrosa no es conjunta sino alternativa o indistinta", LL 1997-F-463 y ss.-

¹⁷ CNCiv. Sala D, 14/11/1985, re “Fontán Fernández, Joaquín c. Avendaño, María E. y otros”, en LA LEY 1986-C, 382; C. Nac. Civ., sala E, 21/08/1985, re “Raley S.A. y otro v. Giudice Mora Ingenieros Civiles S.R.L. y otro”, en JA 1986-III-247; C.N.Civ. Sala G, 27/4/1984, re “Rodríguez Iglesias, Lilia y otros v. Cánepa Excavaciones S.A.”, en JA 1985-I-427; C.N. Civ., sala H, 05/07/2000, re “Benítez, María v. Giordanelli, Alejandro y otros”, en JA 2001-III-190; C.N.Civ., sala I, 13/03/2001, re “Guerra, Juan D. v. Berger, Leonardo y otros”. en abeledoperrotonline, Citar Lexis Nº 70005658; C.N.Civ., sala J, 20/09/2005, re “Arias, Samuel P. y otro v. Empresa de Construcciones S.R.L. G. K. y otros”, en SJA 25/1/2006, JA 2006-I-310; C.N. Civ., Sala D, 10/10/2007, re “García Regueira, María Virginia c. Noni, Horacio y otro”. en La Ley Online, AR/JUR/7954/2007.-

puede entenderse que el director de obra se “sirve” de la obra, o de sus elementos.-

En todo caso, es el constructor quien reviste la calidad de “guardián” de la obra, y así, quien debe responder objetivamente por el riesgo que la misma conlleva.- Es el constructor quien actúa como empresario; quien organiza los elementos materiales y humanos en orden a llevar a cabo la construcción; quien al recibir la tenencia de la obra asume los riesgos que implica su detentación; quien aprovecha económicamente de la empresa de obra.-

En este sentido, un fallo ha negado que el director de obra sea guardián de las cosas usadas en una construcción realizada por el sistema de administración, por lo cual se rechazó la demanda en su contra iniciada por una persona que no era su dependiente y sufrió un daño al caerse del techo.- Sólo se hizo responsable al dueño de la obra, convertido en empresario y ejecutor de su propia obra¹⁸.-

b.3.- Conforme lo antes expuesto, corresponde incluir un agregado en el art. 1277 del Anteproyecto, que explicita debidamente que “...*El director de obra no se considera guardián de la obra ni de sus elementos a los efectos del art. 1758...*”; vale decir, que excluya a su respecto la aplicación de la responsabilidad por riesgo de las cosas, prevista en el mencionado art. 1758.-

c.- Exclusión de la responsabilidad por el hecho de los dependientes

c.1.- En relación a este punto, cabe señalar que en la actualidad existen opiniones que consideran que tanto el empresario como el director de la obra responden en el carácter de principales, por los daños producidos por las personas que se encuentran en relación de dependencia, con sustento en el actual

¹⁸ C.N. Civ., sala H, 05/07/2000, re “Benítez, María v. Giordanelli, Alejandro y otros”, en JA 2001-III-190.-

art. 1113 C.C.); por ejemplo, por caída de instrumentos de trabajo, o de mampostería, que dañe a terceros¹⁹.-

Vale decir, según esta tesis, el director de obra respondería objetivamente, fundado en la garantía, por los hechos de las personas ocupadas en la obra.-

c.2.- Lo antedicho no puede ser aceptado.- Son requisitos tradicionales de la responsabilidad objetiva del principal (art. 1113, primer párrafo, primer supuesto, Cód. Civil) la subordinación del agente y el cumplimiento de una función por aquél en interés del comitente, y en cuyo desenvolvimiento u ocasión se produce el daño. Aunque modernamente flexibilizados, dichos recaudos subsisten²⁰.-

Pues bien, el director de obra debe supervisar todos los trabajos y asesorar acerca de su modo de ejecución.- Ello así, puede juzgarse que en cierto modo, existe una subordinación en relación al personal ocupado en la obra, ya el mismo se encuentran sometidos a su control, real o virtual.- Pero ello no justifica responsabilizar objetivamente, como garante del hecho ajeno, al director de obra, por el hecho del personal del constructor, o sus subcontratistas.-

De ser así, recordémoslo, la responsabilidad sería objetiva, siendo "insuficiente la prueba de su no culpa" y "debería demostrar el casus interruptivo de la relación causal, o bien la falta de los requisitos de procedencia de la responsabilidad".-

¹⁹ Cfr.: TRIGO REPRESAS, Félix, *Responsabilidad civil de ingenieros, arquitectos y profesionales de la construcción*, en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Alberto J. Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), ed. Hammurabi, Bs.As. 2003, T° 4-C, pg. 163; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración*, en Revista de Derecho de Daños, 2004.2, op.cit., pg. 82.-

²⁰ Cfr., ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, *Responsabilidad del principal por daños causados por el dependiente. Perfiles actuales*, en "Derecho Civil y Comercial. Cuestiones actuales", Ed. Advocatus, Córdoba, 1990 p. 606 y sigtes.-

Quienes así lo entienden olvidan que para que surja responsabilidad como principal, no basta que medie subordinación, ni que el daño se cause en ejercicio o en ocasión de las funciones propias del dependiente. Es menester, además, que esa función se despliegue en interés del comitente.-

En otros términos, el principal responde en cuanto tal, es decir, si los fines de la actividad de la que emanó el daño se orientan hacia él: no basta ser el titular de una autoridad, si es otro el titular del interés en el servicio prestado por el dependiente²¹.-

Por aplicación de los principios expuestos, se ha declarado la improcedencia de la responsabilidad del principal, por defecto del recaudo de una función en interés de quien ejerce autoridad, en las siguientes relaciones: a) Entre el médico y las enfermeras, cuando éstas actúan por cuenta de un tercero (clínica, hospital u otro médico); b) Entre un militar y sus inferiores jerárquicos; c) Entre el capataz y los obreros; d) Entre el director técnico de un equipo deportivo y los jugadores..-

Lo mismo cabe decir respecto del director de obra.- Ya que el personal ocupado en la obra no despliega su actividad en interés del director de obra, sino en todo caso, del constructor, o del subcontratista; y en su caso, del dueño de la obra.- En consecuencia, no puede ser responsabilizado objetivamente el director de obra, como principal.- Claro está, sin perjuicio de responsabilizar a este último, por el mal ejercicio de su actividad de dirección y contralor (art. 1109 CC. vigente).-

c.3.- Según lo antedicho, se propone agregar una última frase al art. 1277 del Anteproyecto, que aclare esta cuestión, expresando: “...*El director de obra no se considera... ni principal respecto de las personas que dependen del*

²¹ Cfr., ZAVALA de GONZALEZ, "Personas, casos y cosas en el derecho de daños", ., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 104 y sigtes.-

contratista o subcontratistas para el cumplimiento de sus obligaciones, a los efectos del art. 1753”.-

***Ing. Civil Bernardo López
Secretario CPIC Santa Fe D.II***

***Ing. Civil Alejandro Laraia
Presidente CPIC Santa Fe D.II***