--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil doce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. López Mesa y Carlos A. Velázquez para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T. I. E. S.R.L. c/ Dirección Gral. de Obras Hídricas de la Prov. del Chubut y Otro s/ Cobro de Pesos” (Expte. 61 - Año 2012 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 155. ---------- ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:---------- ----------

--- **I**. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 122/131) rechazó la demanda entablada por la actora, imponiendo las costas por la acción que no prospera a la actora, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.----------

---**II.** El fallo es apelado a fs. 134 por la representación letrada de la parte actora, siendo concedido el recurso a fs. 135 y fundado con la pieza procesal de fs. 146/152 que contiene, en síntesis, los siguientes motivos de agravio: Manifiesta en primer lugar que se agravia por cuanto el a quo considera que el avance 100 % de la obra quedó configurado en fecha 10/05/06 y que la aprobación provisional de la misma data del 10/07/06, siendo que tales elementos no se encuentran probados en autos. Entiende que en realidad la obra finalizó una vez que el personal culminó con el entrenamiento y puesta en marcha, esto es, en fecha 04/06/07. Indica que la sentencia de primera instancia se basa en una mera copia simple del expte. 4545/06 “Recepción provisoria”, el que no posee validez alguna por carecer de firma o autenticación, y, continua, conforme surge del expte. de la obra pública Nº 135/05, del Informe Nº 12 (aprobado por resol. 073/06 DGOH), del Acta de conformidad de fecha 12/10/06 y del expte. 5189, que la obra se ha cumplimentado en su totalidad en fecha 06/08/07 (Acta de Recepción Definitiva), y por ende, y sin perjuicio de los pagos realizados a M. B. SRL por la obra, el pago final y definitivo que aduce la sentencia atacada no podría haber sido realizado en fecha 08/05/06 o 19/05/06, siendo que la emisión de la factura no indica que el pago se haya efectuado. También refiere a que el pago final sólo puede ser posterior a la fecha de aprobación de los trabajos, conforme lo indica la ley 533, y que en caso contrario habría un pago sin causa. Finalmente respecto de este tópico refiere a que al no haber recepción provisional válida, los fondos no pueden ser devueltos hasta tanto no se apruebe la recepción definitiva, y que no podria haberse ordenado su restitución y devolución de los fondos, ni existir pago hasta cumplir aquel extremo, todos eventos posteriores al pedido de retención de fondos efectuados mediante carta documento por la actora en fecha 23/03/07 y la notificación de deuda informada con nota remitida a

DGOH el 09/02/07. Como segundo agravio manifiesta que yerra el fallo en crisis al indicar que la actora debe acreditar que el crédito exigido no continua impago, para lo cual debería haberse presentado a verificar en el concurso pertinente. Entiende que la única forma de probar un pago es con el correspondiente recibo, y que de existir el mismo, la presente acción carecería de sentido, y que la deuda cierta y exigible ha quedado demostrada en autos por la factura correspondiente (certificada contable y notarialmente) y por el expte. 818/09 del juzgado de Ejecución que fue ofrecido como prueba, deuda que fue reclamada por carta documento, y que la defensa por falta de acción nunca fue esgrimida por la demandada. Tampoco, dice, es necesaria la presentación a verificar el crédito en el concurso como requisito de procedencia de la acción directa entablada en autos. Cita doctrina y jurisprudencia que avala sus dichos. En tercer lugar se agravia en que el fallo estima que nada adeudaba la ex DGOH a M. B. al momento de las intimaciones (09/02/07 y 23/03/07), siendo que ha dicho momento aún no se había cumplimentado con el 100% de la obra y sólo existían pagos provisionales, y que los seguros de liquidez recién se devolvieron con posterioridad a noviembre de 2007. Seguidamente se agravia por cuanto el fallo de anterior instancia indica de forma errónea que el pago se realizó en fecha anterior al 23/03/07. Dice que no existe constancia alguna en el expediente administrativo de que se haya realizado el pago final a la contratista. Sólo hubo un pago en fecha 15/08/07, efectuado el cual se retuvieron asimismo los fondos de seguro de caución. Indica que la obra pública se paga totalmente al momento de su conclusión, esto es con los certificados de final de obra, y todos los pagos efectuados hasta dicho momento son provisionales, y que dichos fondos (certificados de obra) no pasan al patrimonio definitivo del contratista sino que constituyen fondos públicos afectados a la obra. Algo similar ocurre con los fondos de reparo, respecto a que se efectúan en calidad de garantía ante incumplimientos. Cita doctrina en la materia. Por último indica que se agravia por cuanto el seguro de caución que reemplaza los fondos líquidos, sigue la naturaleza jurídica de estos, extremo que la sentencia de anterior grado no encontró como válido. Cita jurisprudencia. Finalmente solicita se revoque la sentencia recurrida, se haga lugar a la demanda instaurada, con imposición de intereses y costas.----------

--- **III.** Corrido traslado a la contraria del memorial de agravios mediante providencia de fs. 153, el mismo no es contestado, dictándose la providencia de autos para sentencia a fs. 154.----------

--- **IV.** Ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a revisión de esta Sala, debo decir en lo tocante al primer agravio que la defensa técnica de la parte actora ha efectuado un gran esfuerzo argumental, pretendiendo revertir el resultado parcialmente desfavorable cosechado en el grado, sobre la base de argumentos que pretenden descalificar por arbitraria la apreciación de la prueba documental efectuada por el a quo. Pero, seguidamente, debe decirse que el esfuerzo no ha conseguido el resultado esperado, ya que el cuestionamiento no ha logrado conmover las bases de sustentación

de la decisión de grado, la que se ha mantenido firme, pese al embate, siendo ella pasible de confirmación.----------

--- El apelante cuestiona la apreciación efectuada en el grado del expediente administrativo traído como prueba documental. El recurrente esgrime una serie de presuntas irregularidades administrativas, aduce que el a quo las ha soslayado y embate contra la enunciación de los requisitos de la acción directa que su parte intenta, así como a la aseveración del juez de grado de que no se han cumplido los requisitos para la procedencia de este reclamo.----------

--- Creo que el apelante equivoca el camino y que su cuestionamiento del decisorio de grado no es certero. Me explicaré.----------

--- Para deslindar el caso sub lite debidamente creo menester analizar con algún detenimiento la acción directa consagrada por el art. 1645 CC, el que edicta que "*Los que ponen su trabajo o materiales en una obra ajustada en un precio determinado, no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta la cantidad que éste adeuda al empresario*".----------

--- De la propia literalidad de la norma analizada surge que un requisito esencial de procedencia de la acción que ella consagra es la subsistencia de la deuda del dueño de la obra al empresario accionado. Sin dicha subsistencia no existe acción, justamente porque tal acción no puede tener por consecuencia la creación ex nihilo de una obligación ya extinguida por pago. No se busca con esta acción convalidar tentativas de obtener dobles pagos ni enriquecimientos sin causa, con lo que abonada la deuda por el dueño de la obra, el mismo queda liberado de responsabilidad tanto frente al empresario, como al sublocatario. En todo caso, luego de ese pago, debatirán entre ellos la existencia de eventuales deudas, pero –extinguida la obligación del dueño de la obra por pago- ya no podrá demandarse a aquél, en la medida de la idoneidad y eficacia de su pago-.----------

--- Además de ello es útil repasar algunas particularidades alcances y limitaciones de la acción prevista por el art. 1645 CC. Según nuestros tribunales son los que siguen:--------

- La norma contenida en el art. 1645 CC., es de orden público y tiene carácter imperativo por sobre la voluntad de las partes, no pudiendo ser derogada contractualmente (C. Nac. Civ., sala A, 11/10/1984, JA 1985-III-199).----------
- El art. 1645 CC confiere al subcontratista acción paran reclamarle al dueño de la obra el valor de sus trabajos, pero no acción de resolución del contrato que vincula al comitente con el locador principal y de consecuente indemnización de perjuicios (C. Apels. Trelew, Sala A, 24/11/2003, "J.", AP online, voto Dr. Velázquez).----------
- La acción directa sólo compete al acreedor que fuere autorizado expresamente por la ley para ejercer la vía directa contra su deudor (arg. arts 1591, 1592, 1593, 1645, 1924 y 1926, CC), y no cuando ninguna disposición legal se la conceda concretamente. Indican seguidamente cuáles son las condiciones para el ejercicio de la acción

directa (C. Civ. Com. Familia y Cont. Adm. Río Cuarto, 17/5/2006, “Curletto”, AP Online nro. 70025703).----------

- El subagente carece de acción directa contra el preponente, pues la ley argentina no lo establece expresamente y la admisibilidad de las acciones directas tienen carácter excepcional y requieren expresa previsión legal (arts. 1591 y 1592 CC, subarrendatario; art. 1645 CC, sublocador y art. 1696 CC, mandante contra el sustituido y de este contra el mandante); con lo cual el proponente debe considerarse tercero respecto del subagente, y el subcontrato no lo puede perjudicar (art. 1195 CC in fine), aun cuando se hubiese celebrado con su aprobación (C. Nac. Com., sala D, 30/10/2006, “Jodorcovsky”, AP online).----------
- El art. 1645 CC acuerda la acción directa a los que ponen su trabajo o materiales en una obra, entre los que cabe incluir a los ingenieros, pero sólo hasta la cantidad que el dueño de la obra adeuda al empresario, subordinando así su procedencia a la existencia de esta deuda (C. Nac. Civ., sala I, 25/9/1990, “Piboul”, AP Online nro. 2/16123).----------
- La llamada "acción directa", regulada en el art. 1645 del C.C., es aquella que respecto del dueño de la obra, compete a quien presta sus servicios en ella, aunque no hubiera contratado directamente con él (C. Civ. Com y Penal Pergamino, 09/03/2000, “Musso v. Yabron”, Juba sum. B2800985).----------
- El art. 1645 CC instituye una acción directa, es decir, otorga al proveedor de materiales derecho de perseguir su pago directamente al dueño de la obra, sin necesidad de que hubiera relación previa con aquél, ni intervención del contratista, ni que se hubiera canalizado el reclamo en su contra o de las razones por las cuales no se intentara; en tal sentido cabe precisar que no se consagró tal posibilidad sólo para los supuestos de “insolvencia”, entendida como incapacidad transitoria o definitiva para el cumplimiento, es decir, supuestos de declaración de apertura de concurso preventivo o de quiebra, sino, al margen de ello, como medio de acelerar y garantizar el cobro para quienes con su trabajo o aporte de materia colaboraron con la construcción (C. Nac. Com., sala B, 18/6/2003, “Coto CICSA”, AP Online nro. 11/36694).----------
- Por imperio de la ley se sumó al deudor inicial un nuevo deudor contra quien reclamar aunque sin convertirlos en deudores solidarios. Tal acción puede ser ejercida sin que exista relación directa anterior entre proveedor y propietario, y sin que sea menester el cumplimiento de recaudo alguno. Dependerá su ejercicio de la mera voluntad o elección del acreedor en cuanto a la determinación del sujeto ante quien reclamar, pudiendo incluso demandar a ambos individual o colectivamente, bastará que el comitente adeude algún importe derivado del contrato de locación de obra, aunque el reclamo no podrá superar el límite de lo impago (C. Nac. Com., sala B, 18/6/2003, “Coto CICSA”, AP Online nro. 11/36694).----------
- Resulta improcedente la acción entablada con fundamento en el art. 1645 CC por quien vendió diversos materiales a la empresa a la cual la demandada le encargó la

construcción de un centro comercial, pues, la demandada no sólo negó adeudar suma alguna al empresario, sino que además denunció que, ante la resolución del contrato por incumplimiento es éste último quien le adeuda las sumas que ha presentado a verificar en su concurso (C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 6/11/2006, “Wood SRL”, LL Online).----------

- El contenido material de la acción que el art. 1645 CCiv. concede a los obreros y proveedores del empresario, y también a los subempresarios o subcontratistas, abarca cualquier crédito que el legitimado tuviera contra el comitente proveniente de la obra, ya sea por trabajo, materiales o daños y perjuicios (C. Nac. Com., sala D, 10/10/2007, “Bautec S.A. v. BASF Argentina S.A.”, JA 2008-II-243).----------

- Cuando el art. 1645 CC. alude a los que "ponen su trabajo o materiales", se hace eco de la evolución operada en la doctrina nacional e internacional que ha llevado a comprender en el precepto de la norma a los empresarios subcontratistas, eliminando distinciones en algunos casos tortuosas (C. Nac. Civ., sala A, 11/10/1984, “El Porvenir S.R.L. v. Sanym S.A.”, JA 1985-III-199).----------

- Si la empresa, reducida a su mínima expresión, se traduce como actividad organizada de un sujeto (empresario), el mero hecho de tener un dependiente, de trabajar en forma autónoma aportando las herramientas y, en definitiva, cualquier otro dato que permita inferir la nota de "organización", conllevaría como particular efecto la inaplicabilidad de la norma del art. 1645 CC., lo cual no es posible a la luz de la evolución doctrinal que encierra la redacción de nuestro artículo citado (C. Nac. Civ., sala A, 11/10/1984, “El Porvenir S.R.L. v. Sanym S.A.”, JA 1985-III-199).----------

- El subcontrato es a su vez un contrato de obra que se rige también por las reglas del contrato de obra. El dueño de la obra tiene acción contra el empresario y contra el subempresario y le asiste no solo una acción subrogatoria sino también la directa en tanto hayan aceptado la subcontratación. Tal como lo establece el art. 1645 CCiv., los que ponen su trabajo o materiales en una obra tienen acción contra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeude al empresario. Surge de ello que los efectos del contrato se extienden al dueño de la obra, en cuanto al cobro del precio por el material o el trabajo adeudado. Se entiende que esta norma es aplicable al subcontratista de obra. Tienen esta acción directa tanto el subempresario, el obrero del subempresario o quien hubiera proveído materiales (art. 1645 CCiv.). Esta acción se entiende aplicable a cualquiera de los sistemas de ejecución de la obra (C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 17/08/2006, “Metal Plata Sociedad de Hecho y Ruffolo v. Manferro S.A”, Juba sum. B301519).----------

- La empresa a la que la contratista adjudicataria de una obra encomendara la realización de ciertas tareas vinculadas con aquel contrato, goza de acción directa autorizada por el art. 1645 cciv. frente al dueño de la obra, hasta el límite de lo que el comitente adeude al empresario incumbiendo al primero demostrar la inexistencia de

deuda (C. Nac. Com., sala E, 30/11/2004, “Geotecnica Cienteg S.A. v. Juan Caldera CÍA. S.R.L”, AP online).----------

▪ Lo determinable de la audibilidad de la acción prevista por el art. 1645 CC (y a la vez, de la procedencia de ella), es la subsistencia de pasivo a cargo del locatario de la obra, respecto del locador principal de tal obra; la existencia de cuyo pasivo insoluto habilita al sublocador o al proveedor de materiales para accionar respecto de aquel locatario principal (C. Nac. Com., sala D, 27/09/1994, “Nieto v. Lisemberg SA”, AP online).----------

--- La acción que esta norma concede al subcontratista, a los empleados o proveedores del contratista contra el comitente o dueño de la obra, es una acción directa, no una acción subrogatoria ni un privilegio, si bien tiene algunos elementos en común con ambos. Pero la doctrina nacional casi unánime ha coincidido sobre el carácter directo de la acción, dejando atrás la postura francesa sobre su esencia subrogatoria (Cfr. Spota, Alberto Gaspar, “Tratado de la locación de obra”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. III, pp. 148/149).----------

--- En cuanto a los requisitos de esa acción directa, prevista por el art. 1645 CC, ellos son:----------

1) Que quien ejerce la acción directa tenga un crédito exigible y expedito contra su deudor; debe tratarse de un crédito no embargado y, por ende, exigible y de plazo vencido.----------

2) De ello se deriva el segundo requisito: la deuda del accionado directamente no debe haber sido objeto de un embargo anterior, pues si así fuera, la acreencia ha quedado sustraída del poder de agresión tanto del acreedor originario como del acreedor subrogante –que acciona directamente- y la demanda no podría ser acogida en desmedro de ese embargo.----------

3) Debe subsistir la deuda del tercero demandado –dueño de la obra-, hacia el deudor de quien acciona directamente. Ergo, como dijéramos supra, si la deuda ha sido pagada o se ha extinguido por compensación, transacción, novación, prescripción, renuncia, etc., la acción directa debe ser desestimada. Lo propio, si el tercero dispone de una excepción de nulidad que oponer al progreso de tal acción. Ello así, ya que quien acciona directamente no puede estar en mejores condiciones que su deudor.----------

4) Deben ser homogéneos los objetos de ambos créditos en juego.----------

--- Cabe aclarar que todas estas condiciones o requisitos deben concurrir, bastando que falte solo una de ellas para que la acción directa colapse o naufrague.----------

--- Es que la acción directa no es un estrecho desfiladero sobre aguas turbulentas sino, a lo sumo, un puente sobre aguas calmas, que permite al acreedor ir contra el deudor de su deudor, para lo cual deben darse una serie de condiciones, por lo que nunca el accionante directo puede estar en mejores condiciones que su deudor, lo que ocurriría si se admitiese una acción directa cuando falta alguna de las condiciones o requisitos

que enlistamos supra y que, son también, requisitos de andamiento de la acción del deudor principal contra el dueño de la obra.----------

--- Y es llegado este punto, donde encuentro el error de análisis tanto del juez a quo como del apelante. Ambos se ensarzan en demostrar si tres de los cuatro requisitos se cumplen o no en el caso –el apelante sostiene que sí y el juez enfatiza que no-.----------

--- En rigor, se trata de un planteo erróneo, tanto de uno como de otro, ya que basta que uno solo de los recaudos no se cumpla, para que la acción colapse, pues la acreditación del cumplimiento de uno solo o de varios de los presupuestos de recepción de la misma, no basta para su acogimiento, si falta aunque sea uno de tales presupuestos, pues solo la concurrencia de todos ellos habilita la procedencia de la acción. ----------

--- De tal modo no voy a entrar en los laberintos argumentales que plantea el apelante, con una serie de disquisiciones que no son fáciles de captar ni de entender y que no advierto bien a dónde apuntan, pues queda claro de la lectura de la sentencia que la acción no puede prosperar, pero no porque el actor no haya probado que su crédito no subsista, sino porque lo que no subsiste es la deuda del dueño de la obra, la que ha sido cancelada y la constancia de cancelación obra en los autos apiolados al presente.--

--- El Sr. Juez de grado dice que conforme las constancias de autos, no se ha probado que, a la fecha de interposición de la demanda, y aún a la fecha de la sentencia, el crédito exigido continúe impago. Discrepo con el a quo, y entiendo que asiste razón en este punto al apelante al sostener que no puede exigirse a su parte una prueba negativa, como sería la prueba de la no cancelación del crédito. ----------

--- Por el contrario, coincido con el criterio de que la norma contenida en el art. 1645 CC es de eminente carácter tuitivo, lo que conduce a decidir no sólo que la legitimación activa no debe entenderse en forma limitada, sino que la carga de la prueba del extremo concerniente a que nada adeuda al empresario, compete al propietario demandado, determinándose un criterio estricto en cuanto a la apreciación de los elementos evidenciatorios de tal extremo, liberatorio para el dueño de la obra demandado (C. Civ. Com. Crim. y Corr. Pergamino, 9/3/2000, “Musso”, elDial W144C0).----------

--- Sin embargo, este acierto del apelante carece de incidencia para su suerte en la litis, por cuanto, surge de la sentencia y de la documentación administrativa acompañada –y ello no ha sido debidamente refutado por el apelante- que la repartición pública demandada ha cancelado su deuda con el contratista (cfrs. Sentencia de grado a fs. 124 y expediente administrativo apiolado-, de donde surge que la firma M. B. SA el 08 de Mayo de 2006 ha dado carta de pago a su comitente, siéndole posteriormente devueltas las garantías y quedando extinguida toda obligación contractual entre la Provincia y tal empresa, lo que sella la suerte del reclamo de la actora contra el organismo provincial demandado.----------

--- La apelante se enfrasca en una miríada de denuncias y puntualizaciones sobre presuntas irregularidades del trámite administrativo, sobre si la Administración pagó bien, devolvió en tiempo o prematuramente las garantías, etc. Se trata de un debate inaudible aquí por dos motivos: el primero es que tales cuestiones no han sido introducidas a la litis en la faz postulatoria del proceso, lo que impide su revisión aquí (art. 280 CPCC).----------

--- La segunda es porque la acción directa no es una acción de revisión de lo actuado en el trámite administrativo realizado sin la participación de la accionante directa, quien no tiene legitimación para cuestionar el trámite administrativo, ni para tutelar el derecho de la Administración, que en todo caso sabrá por qué pagó en ese momento y no luego y por qué devolvió las garantías a su contratista. La acción directa no llega hasta hacer revivir un trámite administrativo, pues no se trata de una palanca para movilizar reclamos inconducentes a fuerza de enjundia y decisión.----------

--- La acción directa no puede transformarse en una instancia de revisión de lo actuado administrativamente, por lo que extinguida la vinculación contractual administrativa entre el comitente y el contratista por pago, el subcontratista no tiene acción para ir contra el comitente, pues el mismo ha quedado ya desinteresado en la cuestión entre contratista y subcontratista. ----------

--- Lo que sí podría plantear el accionante directo es el mal pago del dueño de la obra, en el sentido de que le ha pagado a una persona que no estaba habilitada para recibir el pago, por ejemplo, por haber sido embargado el crédito antes del pago. Pero esta situación no se da en el caso que nos convoca, con lo que los alambicados planteos del apelante ceden por su base y resultan inaudibles aquí además.----------

--- Extinguida por pago efectuado al contratista la acreencia que reclama el actor de autos, no cabe acceder a su reclamo.----------

--- Bien ha dicho el eminente maestro Don Fernando López de Zavalía sobre la acción prevista por el art. 1645 CC que “el tercero tiene acción contra el comitente, hasta la cantidad que éste adeuda al contratista... El tercero tendrá que probar los hechos constitutivos de su crédito contra el contratista y del crédito de éste contra el comitente; pero no tiene que probar que tales créditos subsisten, pues probado el hecho constitutivo de una obligación, queda a cargo del comitente acreditar el hecho extintivo.- Los hechos extintivos pueden ser de distinto tipo (art. 724) y habrá que acreditarlos por los medios idóneos para cada uno de ellos” (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Femando J., “Teoría de los contratos”, Tomo 4. Parte Especial (3), Zavalía Editor, Buenos Aires., 1993, T. IV, p. 318).----------

--- El problema es que en autos está acreditada la existencia de un pago glosado en un expediente administrativo, que es un instrumento público, existiendo también diversos actos administrativos que acreditan la finalización de la relación contractual entre comitente y contratista, con lo que no existe una relación contractual abierta entre ellos que permita que un tercero –el accionante directo o subcontratista- opere a través de la

palanca procesal elegida para insertarse en una relación ajena. Finalizada la vinculación contractual entre dueño de la obra y contratista, no puede el accionante revivirla por conducto de la acción directa, la que debe así rechazarse.----------

--- Por otra parte, existe una razón todavía más determinante de inaudibilidad del recurso de la actora apelante: lo dispuesto por el art. 280 CPCC.----------

--- En su escueta demanda de fs. 13/14, la actora no plantea ninguno de los temas que ahora postreramente trae a revisión de esta Sala: requisitos de la acción directa, si ellos son acumulables, si la homogeneidad es o no requisito, quien debe cargar con la prueba de la subsistencia de la deuda, irregularidad del trámite administrativo, carácter prematuro de la devolución de garantías, fecha del pago y de la recepción de obra, etc, lo que constituye un valladar insuperable para los agravios que plantea en esta sede, pues tales tópicos debieron ser introducidos a la litis en forma temporánea, esto es, en su etapa procesal oportuna, la faz postulatoria del proceso.----------

--- Sea o no cierto lo planteado por la actora *-hemos visto ya que sustancialmente a nuestro entender su embate no podría prosperar tampoco-* sus cuestionamientos son inaudibles en esta instancia, dado que al promover demanda la actora no introdujo estos planteos a la liza, lo que impide a la alzada revisar lo que no fue planteado al juez de grado, motivo por el cual no pueden ser tomadas en cuenta en esta etapa, a mérito de lo dispuesto por el art. 280 CPCyC.----------

--- Esta norma edicta: "*El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia*". ----------

--- La apelante parece haber obviado dicha norma, dado que pone a consideración de este Tribunal de alzada extremos de hecho que no fueron planteados a la consideración del Sr. Juez de grado, como surge de la rápida lectura de su escrito limiar, de fs. 13/14.-

--- Esta Sala, con fecha 26/3/09, in re "C. d. W., D. E. c/ C. d. O. y M. T. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 año: 2008) e in re "S., G. c/ I. D. O. y T. S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte Nº 23- 2009 (C.A.N.E) y a través de sendos votos de mi autoría, dejó sentado que por aplicación de lo dispuesto en el art. 277 CPCyC resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de este tribunal hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del proceso.----------

--- Se agregó en ellos y en fallos anteriores de la Sala que no es lícito a este cuerpo ocuparse de cuestiones no sometidas temporáneamente a la decisión del juez de grado, por impedírselo la expresa norma del hoy art. 280 CPCC –entonces art. 277 CPCyC. En nuestro sistema procesal, caracterizado por el escalonamiento de etapas preclusivas, la primera limitación impuesta a las potestades del tribunal de alzada viene dada por la relación procesal trabada con la demanda y su contestación. Juegan en ello principios liminares que hacen, de un lado, al derecho de defensa en juicio y la igualdad

de las partes, evitando sorpresas causídicas y efectivizando el orden en la tramitación de los procesos; del otro, a la esencia misma del régimen de la doble instancia, porque en el sistema escriturario la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite a las partes la incorporen de nuevas pretensiones y oposiciones. También en este grado rige el principio de congruencia, pauta general consagrada para todo el proceso, y, por lo tanto, las cuestiones que no han sido materia del litigio, porque en la demanda y su contestación no fueron introducidas, no pueden ya ser incorporadas en la alzada, ante la que resulta inadmisible la ampliación de un debate cuya continencia quedó fijada al trabarse la litis.----------

--- De tal modo, la expresión de agravios no es una pieza procesal que otorgue a una parte la ocasión de modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos no introducidos en la etapa postulatoria del proceso. ----------

--- Ello así, en caso de dar andamiento a los agravios de la accionante de fs. 146/152, esta alzada estaría violando abiertamente el art. 280 CPCyC y el sistema de asignación de jurisdicción y competencia en que reposa. Ello resulta inadmisible.----------

--- El juez debe, a mérito del principio de economía procesal, indagar acerca de los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, antes de pronunciarse sobre el mérito de la causa. El antedicho análisis involucra el análisis previo de su propia competencia y jurisdicción. En función de lo expuesto supra, este tribunal no puede conocer en la cuestión planteada en los agravios dirimentes, al no haber sido los argumentos y defensas traídos a la alzada, objeto de oportuno planteo al juez de grado (cfr. sentencia de esta Sala, de fecha 26/3/09, in re "C. d. W., D. E. c/ C. d. O. y M. T. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 año: 2008) e in re "S., G. c/ I. D. O. y T. S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte Nº 23- 2009 (C.A.N.E), ambas a través de mi voto.----------

--- En tal situación, efectuar la valoración de argumentos no esgrimidos en la demanda –como los que la actora apelante pretende hacer ingresar postreramente a la litis en sus agravios-, llevaría a exceder los límites que determina concretamente el art. 280 CPCyC, dado que no es admisible que en la alzada se decida dejando de lado el contenido de la relación procesal como ha sido trabada en los escritos constitutivos del proceso (C. Nac. Com., sala C, 11/9/91, "Barujel, Leonardo v. Galerías Broadway SRL S/ ORD.", en AbeledoPerrot online).----------

--- Ello lleva a declarar inaudibles los agravios de la accionante que recurre la sentencia de grado. Ninguno de los agravios del apelante tienen la aptitud para conmover la sentencia de grado, careciendo en consecuencia de interés seguir a la parte en todas sus alegaciones, por cuanto basta lo ya desarrollado para advertir la inatendibilidad de los agravios del apelante, dado que la falta de uno solo de los requisitos de la acción directa cercena el derecho del accionante, estando harto acreditado en autos el cumplimiento del requisito de insubsistencia de la deuda reclamada en cabeza del dueño de la obra, amén de que todas las cuestiones planteadas por el apelante en los

agravios no fueron introducidas debidamente a la litis en tiempo propio, aspectos que convergen para hacer concluir en la necesidad de rechazar el recurso sin más. ----------

--- **V**. Por tales fundamentos, habré de proponer al acuerdo la confirmación del decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. Art. 69 CPCC).----------

--- En lo tocante a los estipendios profesionales, propondré la determinación de los de alzada correspondientes al Dr. L. M. O., letrado apoderado de la actora, en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; tal porcentual se corresponde con la importancia, mérito, trascendencia, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A ESTA MISMA CUESTIÓN**, el Dr. Carlos D. Ferrari dijo: ---------- ---

----**I.** En el voto precedente el Dr. López Mesa ha hecho una reseña adecuada de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte apelante, de manera que no será necesario abundar acerca de dichos aspectos. Por tal motivo, en los apartados siguientes abordaré los agravios planteados, si bien desde ya, tras un detenido estudio de la causa, puedo anticipar mi total coincidencia con las conclusiones expuestas por el distinguido colega preopinante.----------

----**II.** En primer lugar, se impone reiterar lo ya puntualizado por quien me ha precedido en el uso de la palabra acerca de los límites cognoscitivos impuestos a la alzada por el ordenamiento procesal a tenor de lo dispuesto en el art. 280 –antes 277– del C.P.C.C., que impide a este tribunal fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. En este sentido, la Sala ha expresado en reiterados precedentes que las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos introductorios al trabarse la litis son los que delimitan el marco decisorio y a ellos corresponde atenerse (en el mismo sentido, Morello, Augusto M., "El principio de congruencia como límite a la decisión del juez en la sentencia", JA Sec. Doctrina 1972-247).----------

--- **III.** Por aplicación de esta regla, puede advertirse que la escueta demanda de fs. 13/14 vta. se ciñe a relatar que la actora realizó la provisión y puesta en marcha de instrumentos técnicos presupuestados a la empresa contratista M. B. SRL para la ejecución de la obra pública “Contratación Directa N° 03/05 DGOH Restitución del cauce del río Epuyén – Tramo Progresiva Km. 11.550 –13.666” cuya recepción definitiva se realizó en noviembre de 2007. Agrega la actora que intimó a M. B. SRL a abonar las sumas adeudadas por tal concepto bajo apercibimiento de iniciar ejecución judicial y que también intimó, mediante carta documento, a la Dirección General de Obras Hídricas de la Provincia del Chubut a retener las sumas que debía pagar a dicha contratista, en virtud del art. 1645 del Código Civil. Añadió que la restitución de las

garantías también se concretó en noviembre de 2007, por lo que el crédito reclamado por su parte varios meses antes de que se efectuara la liberación de los fondos quedó desamparado. Manifestó asimismo que la intimación cursada mediante carta documento resultaba suficiente para satisfacer el requisito del reclamo administrativo previo, citó jurisprudencia y reclamó que se condenara a la demandada al pago de la suma de $ 41.182,68 con más sus intereses y costas judiciales.---------- **IV.** A su turno la demandada opuso como defensas de fondo la falta de legitimación para obrar pasiva por considerar que la actora carecía de relación sustancial con su parte y, subsidiariamente, manifestó que la ejecución de la obra se ajustó a los pliegos de bases y condiciones suscriptos por las partes; que el organismo iniciador –Dirección General de Obras Hídricas– “propició el proyecto venerando el procedimiento administrativo, expidiéndose favorablemente en la oportuna, respecto de la contratación directa” con las empresas involucradas; que la intimación mediante carta documento a su parte fue desacertada, careciendo de sentido su tratamiento en virtud del contenido de la misma. Afirmó por último que el organismo receptor “no puede ni está obligado a retener sumas de ninguna índole, sin autorización judicial emanada por juez competente”.----------

--- **V.** La síntesis precedente pone de relieve que, como lo señaló con acierto el distinguido colega preopinante, la actora en ningún momento introdujo en su postulación inicial ciertas cuestiones que invoca ahora en su pieza recursiva, tales como los recaudos exigibles para la procedencia de la acción entablada, la carga probatoria acerca de la extinción o subsistencia de la deuda entre el dueño de la obra y el empresario, la validez probatoria y regularidad procedimental de las actuaciones administrativas o los hipotéticos impedimentos jurídicos provocados por sus intimaciones respecto del pago a la contratista y liberación de las garantías; aspectos que no fueron sometidos a un adecuado debate, prueba y decisión en la instancia de origen. En consecuencia, el examen del decisorio debe limitarse a un cotejo entre los hechos y defensas alegados y probados en este proceso y las normas aplicable al caso, excluyendo los tópicos ya mencionados.----------

--- **VI.** Sin perjuicio de compartir los abundantes fundamentos expuestos por el Dr. López Mesa, en lo sustancial, considero que la procedencia de la acción directa establecida en el art. 1645 del Código Civil tiene como uno de sus requisitos esenciales la subsistencia de la deuda entre el dueño de la obra y el empresario, en tanto la acción tiene como límite la cantidad que el dueño “adeuda al empresario” (ver, en el mismo sentido, Bueres-Highton, “Código Civil...”, t. 4 A – p. 642 – Ed. Hammurabi, Bs. As., 2002; id. Spota, A.G., “Tratado de Locación de Obra”, t. II – p. 162 – Depalma, Bs. As., 1978; id. Borda, G.A., “Tratado...” – Contratos- t. II, p. 172 – Ed. Perrot, Bs. As., 1990; id. Llambías, J.J., “Código Civil…” – t. III-A, p. 140 – A. Perrot, Bs. As., 1978; id. Boffi-Boggero, “Tratado de las Obligaciones”, t. 2 – p. 584 – Ed. Astrea, Bs. As., 1973; entre otros).----------

--- Así las cosas, está debidamente acreditado en la causa que la demandada abonó a la empresa contratista el saldo adeudado por ejecución de la obra en mayo de 2006 ($ 256.195,90 - conf. Expte. Adm. 0135/05 SIPySP – Cuerpo VIII – fs. 1557/1558 – Disp. N° *** y factura ********, que en este acto tengo ante mi vista) y que la comunicación cursada por la aquí actora intimando la Dirección Gral. de Obras Hídricas de la Prov. Del Chubut a retener sumas de pago pendientes a la firma M. B. SRL correspondientes a la obra pública de mención, fue realizada con posterioridad a la cancelación de dicha deuda, diez meses más tarde, esto es, el 20/03/2007 (ver informe del Correo O. glosado a fs. 81). A mi criterio, esta sola comprobación basta para impedir el progreso de la pretensión entablada con base en el art. 1645 del Código Civil, al no concurrir uno de los recaudos básicos para la procedencia de la acción directa contemplada en dicha norma.---------- Todos los aspectos tardíamente introducidos por la apelante a consideración de esta alzada –y virtualmente destinados a cuestionar las incidencias del trámite administrativo, cancelación de garantías, etc. – no pueden modificar la conclusión expuesta en virtud de la expresa prohibición del art. 280 C.P.C.C., ni justifican un mayor análisis, pues como lo tiene expresado esta Sala en varios precedentes, los jueces no están obligados a ponderar todas las probanzas producidas en el juicio ni a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, bastando que se hagan cargo de aquéllos que sean conducentes a la decisión del litigio. (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 03/03/1981 • Lupo, Estrella • LA LEY 1982-B, 102, con nota de Fernando De la Rúa - ED 993, 716 - JA 982-I, 370; id. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/02/1975 • Compañía General Fabril Financiera S.A. • REVISTA IMPUESTOS, XXXIII-642; id. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 24/03/1988 • Schoklender, Sergio M. y otro, causa S, 634-XX • LA LEY 1988-D, 63 - DJ 1988-1, 51 – La Ley Online – conf. mis votos en Exptes. 21430; 22828; 579; entre otros).---------- A mérito de ello y en concordancia con el colega de primer voto, me pronunciaré por la confirmación del fallo apelado, con costas a la parte recurrente (art. 69 –antes 68– del C.P.C.C.). Coincido además con la regulación de honorarios propuesta para retribuir las tareas letradas efectuadas en esta instancia por el Dr. L. M. O. –25% de los estipendios fijados por su actuación en la instancia de origen– ya que ella se adecua a la extensión, calidad, eficacia de sus labores y al resultado obtenido, según las escalas arancelarias vigentes (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 y conc., Ley XIII Nros. 4 y 15).---------- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

--- 1) CONFIRMAR el decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

--- 2) IMPONER las costas de alzada a la apelante vencida.----------

--- 3) REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes Dr. L. M. O., letrado apoderado de la actora, en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado.----------

--- 4) REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.----------

--- Tal mi voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ----------

--- Tal como lo adelanté, comparto la resolución propuesta por el colega preopinante en todos sus términos, votando en sentido idéntico.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de mayo de 2011.---------- -

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR el decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios.----------

--- IMPONER las costas de alzada a la apelante vencida.----------

--- REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes Dr. L. M. O., letrado apoderado de la actora, en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS DANTE FERRARI
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.012 – SDC.- Conste.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA