



Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª).
Sentencia núm. 881/2008 de 7 octubre
[RJ\2008\5677](#)

ARRENDAMIENTO DE OBRA: ACCION DIRECTA «EX ART. 1597» CC: requisitos: condición de deudor del dueño de la obra respecto del contratista: posible acumulación con la acción del subcontratista contra el contratista principal.

SUSPENSION DE PAGOS: EFECTOS: improcedente ejercicio en juicio ordinario de pretensión de cobro de crédito frente al suspenso sin solicitar del Juez de la suspensión la inclusión o el aumento del crédito incluido en la lista de acreedores.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 2470/2002

Ponente: Excmo Sr. jesús corbal fernández

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su primer fundamento de derecho. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada el 25-07-2002 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia.

En la Villa de Madrid, a siete de octubre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octavo, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario de mayor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Diecinueve de Valencia; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad FERROBERICA, SL, representada ante esta Sala por la Procurador D^a. Consuelo Rodríguez Chacón; siendo parte recurrida las entidades "COMPAÑÍA LEVANTINA DE EDIFICACIÓN Y OBRAS PUBLICAS, SA" (CLEOP, SA), representada por el Procurador D. Juan Luis Pérez-Mulet y Díez Picazo, la entidad "GAS NATURAL SDG, SA", representada por el Procurador D^a. África Martín-Rico Sanz, la entidad "ING INMUEBLE, SA", representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina, la entidad DECOTASA (Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA), representada por el Procurador D. Alfonso Blanco Fernández y la entidad "EROSMER IBÉRICA, SA", representada por el Procurador D^a. Laura Lozano Montalvo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

1.- La Procurador D^a. M.^a Antonia Ferrer Martínez, en nombre y representación de la entidad Ferrobérica, SL, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Diecinueve de Valencia, siendo parte demandada las entidades "Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA", "Erosmer Valencia, SA", "Gas Tarraconense, SA", "Ing Inmuebles, SA" y "Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA", alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando a la Sala dictase en su día Sentencia por la que: "a) Se declare que mi mandante FERROBERICA, SL, hasta que le fue

impedida la continuidad, estaba cumpliendo el contrato de obra suscrito con Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA de fecha 22 de febrero de 1996, por virtud del cual Ferrobérica, SL estaba ejecutando, a precio alzado, la armadura de hierro para la estructura de hormigón armado necesario para la edificación del centro comercial ubicado entre la Calle Vidal y Barraquer, la Avenida Ramón y Cajal, La Avenida Roma y el Paseo Independencia de Tarragona, y conocido como "Parc Central". b) Declare que en virtud del contrato entre Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA como contratista y Ferrobérica, SL como subcontratista, a precio alzado, la primera adeuda a la segunda la suma de cuatrocientos dieciséis millones cuatrocientas sesenta y seis mil doscientas ochenta y cuatro pesetas (416.466.284 ptas.). c) Declare que en el momento en que Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA solicita los beneficios de la [Ley de 26 de julio de 1922 \(LEG 1922, 70 \)](#), en los Juzgado de Valencia, Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA adeuda a Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA la suma de cuatrocientos diecisiete millones de pesetas (417.000.000 de ptas.), o aquel otro importe que resulte acreditado en período probatorio, por las obras de construcción del centro comercial "Parc Central" de Tarragona. d) Declare que Ferrobérica, SL ostenta por razón de la ejecución de las obras del centro comercial "Parc Central", en las que ha suministrado materiales y trabajo en virtud del contrato de ejecución de obra a precio alzado con Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA la condición de acreedor refaccionario, con los privilegios inherentes a tal condición. e) Declare que Ferrobérica, SL tiene acción para reclamar de Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA como promotora de la obra conocida como "Parc Central", y de las demandadas propietarias de las fincas en que se asienta el indicado centro comercial, las sumas que adeudan a Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA, antes de interponerse la demanda hasta el montante del crédito de Ferrobérica, SL frente a Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA f) Declare que la compensación de créditos anunciada en el acta notarial de fecha 29 de octubre de 1996, autorizada por el Notario de Valencia D. Manuel Ángel Rueda Pérez bajo el número 3.272 de su protocolo, y por la que Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA dió por resueltos los contratos de fechas 7 de febrero y 15 de marzo de 1996, que suscribió con Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA carece de valor y eficacia de clase alguna, toda vez que el supuesto crédito de Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA contra Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA no reúne los requisitos legalmente establecidos para la compensación, teniendo en cuenta, además, que hallándose Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA acogida a los beneficios de la Ley de Suspensión de Pagos, en ningún supuesto se podría producir la compensación. g) En virtud de las declaraciones antedichas, dicte las siguientes condenas: Primera.- Condene a Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA a pagar a mi principal la cantidad de cuatrocientos dieciséis millones cuatrocientas sesenta y seis mil doscientas ochenta y cuatro pesetas (416.466.284 ptas.), importe de las obras ejecutadas por mi mandante en la obra del centro comercial "Parc Central", y no satisfechas, sin perjuicio, de que, hallándose en suspensión de pagos la deudora directa, tal pago deba realizarse de acuerdo con la naturaleza del crédito. Segunda.- Condene a las demandadas Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA, Erosmer Valencia, SA, Gas Tarraconense, SA, Ing Inmuebles, SA, como promotora y dueñas de la obra conocida como centro comercial "Parc Central", de Tarragona, a satisfacer a mi mandante Ferrobérica, SL con cargo a la deuda de cada una de ellas pueda tener en relación con la ejecución de la citada obra, y en la forma que establece el art. 1.597 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#), el importe de la deuda de Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA respecto de Ferrobérica, SL, y a que hace referencia la declaración b) que antecede. Tercera.- Condene a las demandadas al pago de las costas del presente procedimiento".

2.- La Procurador D^a. Pilar Palop Folgado, en nombre y representación de la entidad "Gas Tarraconense, SA", contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que absuelva a la demandada de todos los pedimentos efectuados por la actora, con la imposición a ésta de las costas procesales.

3.- La Procurador D^a. Margarita Sanchis Mendoza, en nombre y representación de la entidad "Erosmer Ibérica, SA",

contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que, con desestimación de los pedimentos de esta última contra mi representada, en base a las argumentaciones y razones contenidas en esta contestación, se desestime la demanda imponiendo expresamente las costas a la demandante por su temeridad y mala fe.

4.- La Procurador D^a. Consuelo Gomis Segarra, en nombre y representación de la entidad "Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA", contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se absuelva a la demandada de lo solicitado en el suplico de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

5.- El Procurador D^a. Lidón Jiménez Tirado, en nombre y representación de la entidad "Ing Inmuebles, SA", contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que con plena desestimación de la demanda se absuelva a mi principal de todos y cada una de sus pedimentos, haciendo expresa imposición a la parte actora de las costas causadas.

6.- La Procurador D^a. Elena Gil Bayo, en nombre y representación de la entidad "Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA" contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que "estimándose todas o alguna de las excepciones opuestas, se acuerde no entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones deducidas por la actora; y, subsidiariamente y para el improbable caso de que no se estimaran dichas excepciones, se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a mi representada; con imposición en ambos casos a la actora de las costas de este procedimiento".

7.- Por la parte demandante y demandada, se evacuó el trámite de réplica y dúplica en sus respectivos escritos. Por el Juzgado de Primera Instancia Número Diecinueve de Valencia, dictó Sentencia con fecha 10 de noviembre de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que con desestimación de las excepciones formuladas por las mercantiles demandadas, y estimando en parte la demanda interpuesta por la representación procesal de FERROBERICA, SA, debo condenar y condeno a las demandadas DESARROLLO COMERCIAL DE TARRAGONA, SA y EROSMER VALENCIA, SA (en la actualidad EROSMER IBÉRICA, SA) a que de forma solidaria hagan pago a la demandante de la cantidad de 330.916.377 pesetas, condenando a la demandada GAS TARRACONENSE, SA (actualmente GAS NATURAL, SDG, SA) a que en solidaridad con las antes citadas demandadas y de la antes citada suma, pague a la actora la cantidad de 91.640.000 pesetas. Y debo absolver y absuelvo a las codemandadas COMPAÑÍA LEVANTINA DE EDIFICACIÓN Y OBRAS PUBLICAS, SA e ING INMUEBLES, SA de los pedimentos en su contra deducidos. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO

Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de las entidades Ferrobérica, SL, Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA y Erosmer Valencia, SA, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, dictó Sentencia con fecha [25 de julio de 2002 \(PROV 2002, 253781 \)](#) , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Carmen Iniesta Sabater, en nombre de Ferrobérica, SL y estimamos los formulados por las Procuradoras Doña Consuelo Gomis Segarra y Doña Margarita Sanchis Mendoza, en el de Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA (Decotasa) y Erosmer Ibérica, SA, respectivamente, todos ellos contra la Sentencia de 10 de noviembre de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Valencia, en autos de juicio de mayor cuantía seguidos con el núm. 827/97, que se revoca parcialmente y en su virtud, se desestima íntegramente la demanda formulada por Ferrobérica, SL absolviendo a todas las demandadas de los pedimentos en ella contenidas y sin hacer imposición sobre las costas causadas en ambas instancias".

TERCERO

La Procuradora D^a. Carmen Iniesta Sabater, en nombre y representación de la entidad Ferrobérica, SL, interpuso recurso de casación respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, de fecha [25 de julio de 2002 \(PROV 2002, 253781 \)](#) , con apoyo en los siguientes motivos; MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del art. 477.1 de la [LECiv \(RCL 2000, 34 y 962 \)](#) se alega infracción del art. 1.597 del [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) . SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 9 de la Ley de Suspensión de pagos de [26 de julio de 1922 \(LEG 1922, 70 \)](#) . TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1.252 CC. CUARTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1.170 del Código Civil, párrafo segundo. QUINTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1 y 22 de la [Ley 36/1988 de 5 de diciembre \(RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783 \)](#) de Arbitraje.

CUARTO

Por Providencia de 7 de octubre de 2002, se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO

Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecieron como parte recurrente la entidad "Ferrobérica, SL", representada por la Procurador D^a. Consuelo Rodríguez Chacón, y como recurridas la entidad "Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA" (CLEOP, SA), representada por el Procurador D. Juan Luis Pérez-Mulet y Suarez, la entidad "Gas Natural SDG, SA", representada por el Procurador D^a. África Martín-Rico Sanz, la entidad "ING Inmueble, SA", representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina, la entidad DECOTASA (Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA), representada por el Procurador D. Alfonso Blanco Fernández y la entidad "Erosmer Ibérica, SA", representada por el Procurador D^a. Laura Lozano Montalvo.

SEXTO

Con fecha 13 de junio de 2006, se dictó Auto por esta Sala cuya parte dispositiva es como sigue: "1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "FERROBERICA, SL", contra la Sentencia dictada, con fecha 25 de julio de 2002 por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Octava), en el [rollo de apelación núm. 1153/2000 \(PROV 2002, 253781 \)](#) , dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía núm. 827/97 del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Valencia, respecto a las infracciones alegadas en los motivos primero y segundo de su escrito de interposición. 2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "FERROBERICA, SL", contra la Sentencia dictada, con fecha 25 de julio de 2002 por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Octava), en el rollo de apelación núm. 1153/2000, dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía núm. 827/97 del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Valencia, respecto a las infracciones alegadas en los motivos tercero, cuarto y quinto del escrito de interposición".

SÉPTIMO

Dado traslado del recurso de casación interpuesto, la entidad "Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA" (CLEOP, SA), representada por el Procurador D. Juan Luis Pérez-Mulet y Díez Picazo, la entidad "Gas Natural SDG, SA", representada por el Procurador D^a. África Martín-Rico Sanz, la entidad "ING Inmueble, SA", representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina, la entidad DECOTASA (Desarrollo Comercial Urbano de Tarragona, SA), representada por el Procurador D. Alfonso Blanco Fernández y la entidad "Erosmer Ibérica, SA", representada por el Procurador D^a. Laura Lozano Montalvo, presentaron sus respectivos escritos de oposición al recurso formulado de

contrario.

OCTAVO

No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2008, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El objeto del proceso, y del recurso de casación, versa, en síntesis, sobre una reclamación de cantidad formulada por una sociedad contra la entidad deudora por los materiales suministrados y el coste del montaje de su instalación en una obra, y, en ejercicio de la acción directa del art. 1.597 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , contra otras varias empresas dueñas de la obra.

La demandante es la empresa FERROBERICA, SL que afirma la existencia de un crédito refaccionario por importe de 416.466.284 ptas.. por materiales y mano de obra empleados en las obras de "Centre Par Central" de Tarragona. Las demandadas son: a) Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA -CLEOP-, en su calidad de contratista-adjudicataria de las obras; b) Desarrollo Comercial de Tarragona, SA -DECOTASA- por su doble condición de promotora y propietaria de la obra; c) Erosmer Valencia, SA, que cambió la denominación social a Erosmer Ibérica, SA, en su condición de propietaria; d) Gas Tarraconense, SA, en la actualidad Gas Natural SDG, SA también demandada como propietaria; y, e) ING Inmuebles, SA, asimismo llamada al proceso como propietaria.

Es importante destacar dos hechos al tiempo de la demanda (19 de diciembre 1996). El primero hace referencia a que el crédito existente entre Ferrobérica, SL y Cleop se hallaba sometido a un arbitraje de equidad; y el segundo se refiere a que Cleop se hallaba en estado de suspensión de pagos, cuya solicitud se admitió a trámite por providencia de 28 de octubre de 1996, en tanto la declaración tuvo lugar por Auto de 10 de abril de 1997.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 19 de Valencia el 10 de noviembre de 2000, en los autos de juicio de mayor cuantía núm. 827 de 1997, estima parcialmente la demanda de Ferrobérica con los siguientes pronunciamientos: 1. Absuelve a las demandadas CLEOP e ING; y, 2. Condena a las restantes codemandadas con carácter solidario, en cuanto a DECOTASA y EROSMER hasta la suma de 330.916.377 ptas., y en cuanto a GAS NATURAL, SDG, SA hasta la suma de 91.640.000 ptas. La absolución de Cleop se fundamenta en no tener el crédito la cualidad de refaccionario pretendida, y la de ING porque a la fecha de ser requerido de pago por Ferrobérica (4 de febrero de 1997, que es la data del emplazamiento) dicha entidad demandada no adeudaba cantidad alguna a la promotora. Las restantes codemandadas condenadas lo son con base en el art. 1.597 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) -"los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación"-.

La Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia el 25 de julio de 2002, en el [Rollo núm. 1.153 de 2000 \(PROV 2002, 253781 \)](#) , acuerda: 1. Desestimar el recurso de apelación de Ferrobérica, SL; y, 2. Estimar los recursos de apelación de Decotasa y Erosmer Ibérica, revocando parcialmente la resolución recurrida, y en su virtud -declara- "se desestima íntegramente la demanda formulada por Ferrobérica, SL, absolviendo a todas las demandadas de los pedimentos en ella contenidas y sin hacer imposición sobre las costas causadas en ambas instancias".

Según resulta del propio contenido de la Sentencia de la Audiencia las cuestiones planteadas en los respectivos

recursos de apelación fueron: 1. Por FERROBERICA, SL: la absolución de Cleop; la absolución de ING Inmuebles; la limitación cuantitativa del pronunciamiento de condena a 330.916.377 ptas.; y en el acto de la vista añadió la declaración de la naturaleza refaccionaria del crédito, con el efecto de su calificación como privilegiado y no ordinario; 2. Por DECOTASA: la existencia de errores aritméticos en el fundamento jurídico sexta de la sentencia de primera instancia; la excepción de litispendencia [con relación al arbitraje] que, se afirma, había sido indebidamente rechazada; la incidencia que la suspensión de pagos de CLEOP tenía sobre la pretensión de Ferróberica, SL como consecuencia del efecto establecido en el art. 9 de la [Ley de Suspensión de Pagos \(LEG 1922, 70\)](#) en orden a la paralización de las acciones individuales; y que la obra concertada entre constructor y promotor no se había convenido por ajuste o precio alzado [con lo que se pretende excluir la aplicación del art. 1.597 CC]; 3. Por EROSMER IBÉRICA, SA se alegaron la excepción de litispendencia, la incidencia de la suspensión de pagos y que la obra no se había convenido por ajuste o precio alzado [igual que Decotasa], y añadió la falta de legitimación pasiva, alegando que no tenía la condición de dueña de la obra al tiempo de presentarse la demanda.

La Sentencia de la Audiencia funda su fallo absolutorio ("ratio decidendi") en la existencia de litispendencia por hallarse sometido a arbitraje la condición de acreedora o de deudora, de una u otra empresa, y su cuantía, entre CLEOP y DECOTASA. Dictado proveído judicial teniendo por solicitada la suspensión de pagos (28 de octubre de 1996), al día siguiente (29 de octubre) Decotasa, de acuerdo con lo pactado en el contrato de obra, requirió notarialmente a Cleop para que tuviera por resuelto el contrato. Las dos entidades se consideraban recíprocamente acreedoras la una de la otra por lo que sometieron la cuestión a arbitraje. Este fue resuelto durante el proceso, pero tal decisión la considera la sentencia de la Audiencia, al contrario del juzgador de primera instancia, como ineficaz para el mismo por aplicación del efecto de la litispendencia (constitución de la relación jurídica procesal) de la "perpetuatio iurisdictionis", que veda tomar en cuenta las modificaciones que se originan con posterioridad a la presentación de la demanda, siendo irrelevantes los cambios de los hechos que se originen durante la litis. Por ello, y con base en el efecto prejudicial (preclusivo) que tiene el resultado del arbitraje para el presente proceso al no poderse condenar si previamente no hay crédito de Cleop (se razona específicamente de la siguiente manera: "es indudable la interferencia y el carácter prejudicial que la decisión arbitral tiene respecto de dichas [las ejercitadas con base en el art. 1.597] pretensiones, en cuanto que uno de los presupuesto de los que depende la virtualidad de su acción es el relativo a la existencia de un crédito de la contratista frente a la promotora, cuando precisamente ese constituye el tema esencial del arbitraje, determinar cual de ellas es acreedora y cual deudora y fijar, en su caso, el importe de la deuda"), se acoge la excepción de litispendencia con el efecto de dictar sentencia absolutoria en la instancia.

La Sentencia de la Audiencia declara, en el fundamento jurídico quinto, que "aunque prescindieramos del obstáculo procedimental aludido [excepción de litispendencia] y no deseando la Sala limitar la presente resolución a esta cuestión formal, la conclusión que se extrae del examen de las actuaciones sería contraria a la estimación de la demanda de Ferróberica, SL y ello por lo que a continuación se expone".

En dicho fundamento quinto, la resolución de la Audiencia rechaza la objeción de que el contrato no sea a precio alzado, pero estima que no concurre el requisito de exigibilidad del crédito de Ferróberica contra Cleop porque se habían librado unos pagarés con vencimiento posterior a la fecha de la solicitud de la suspensión de pagos, sin que obste que el vencimiento sea anterior a la fecha de la declaración de dicho estado, porque la data que importa es la primera. La mera confrontación de fechas, según señala el juzgador de apelación, patentiza que al dictarse el proveído teniendo por admitida la solicitud de suspensión de pagos no existía crédito alguno a favor de la actora que fuese exigible a la contratista al no haber vencido ninguno de los pagarés que se emitieron para pago de las certificaciones de obra.

Finalmente, en el fundamento séptimo de la resolución recurrida, se hace referencia a la denegación de la alegación

efectuado por Ferrobérica en el acto de la vista de la apelación sobre la naturaleza refaccionaria de su crédito frente a Cleop, cuyo tema se examinará en el caso de que lo exigiera el examen del recurso de casación.

Por FERROBERICA, SL se interpuso recurso de casación articulado en cinco infracciones (motivos), de las que, por Auto de 13 de junio de 2006, se inadmitieron las de los números primero y segundo, y se admitieron, con base en el ordinal 2º del art. 477.2 [LECiv](#), ([RCL 2000, 34 y 962](#)) las de los números tercero (violación del art. 1.597 [CC](#) [[LEG 1889, 27](#)] y jurisprudencia que lo desarrolla), cuarto (conculcación del art. 9 de la [Ley de Suspensión de Pagos de 1922](#) [[LEG 1922, 701](#)] y Jurisprudencia que lo desarrolla) y quinto (infracción del párrafo segundo del art. 1.170 del Código Civil).

SEGUNDO

Con carácter previo al examen de los motivos del recurso procede examinar las causas de inadmisión del recurso de casación en relación con los motivos admitidos expuestas por las partes recurridas en el trámite de oposición al recurso, con base en el art. 485, párrafo segundo, [LECiv](#) ([RCL 2000, 34 y 962](#)) .

Alegan, en síntesis, las recurridas que la inadmisión de los dos primeros motivos del recurso de FERROBERICA, SL que versaban respectivamente sobre infracción del art. 1 y concordantes y en especial del art. 22 de la [Ley 23/1988, de 5 de diciembre SIC](#) ([RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783](#)) , de Arbitraje, e inexistencia de litispendencia al no haberse iniciado el procedimiento arbitral cuando FERROBERICA formuló la demanda (motivo primero), e infracción del art. 1.252 del [Código Civil](#), ([LEG 1889, 27](#)) normas concordantes y jurisprudencia que lo desarrolla (motivo segundo), implica la imposibilidad de entrar en el fondo del asunto al producirse la firmeza del fallo de la Audiencia, lo que debe acarrear la inadmisión total del recurso de casación que, dado el momento procesal de sentencia definitiva, ha de operar como causa de desestimación.

Efectivamente las cuestiones relativas a litispendencia y cosa juzgada tienen carácter procesal por lo que debieron haberse planteado con la preparación conjunta del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469 LEC), por lo que, no sólo han sido adecuadamente inadmitidos los motivos que pretendían plantearlas como infracciones al amparo del recurso de casación, sino que además no cabe ahora hacer examen alguno que directa o indirectamente se refiera a las mismas. Producida la firmeza de la decisión relativa a los temas abarcados por la apreciación de la excepción de litispendencia por la sentencia recurrida, se hace preciso hacer las siguientes consideraciones: 1. La operatividad de la excepción, tal y como ha sido acogida por el juzgador de segunda instancia (cuyo acierto o desacierto no es aquí cuestionable), determina que al no poderse conocer si existe o no el crédito de CLEOP (la entidad contratista) con DECOTASA (promotora y propietaria de la obra) falta la constancia de uno de los requisitos que exige el art. 1.597 CC para poderse dirigir contra el dueño de la obra (la condición de deudor respecto del contratista), y esta circunstancia es aplicable a los restantes codemandados dueños de la obra en cuanto deudores de DECOTASA, al producirse la "paralización" o "interrupción" de la cadena crediticia; 2. Como consecuencia de lo anterior se produce la improcedencia de la acción directa del art. 1.597 CC; y resulta justificada la absolución de las codemandadas DECOTASA, EROSMER IBÉRICA, GAS NATURAL SDG e ING Inmuebles (aparte que respecto de ésta se declaró que no era deudora de Decotasa); 3. Es cierto que, a pesar de acoger la excepción de litispendencia, el juzgador de apelación entra en el fondo del asunto y hace diversas consideraciones sobre el mismo. Sucede, sin embargo, que cualesquiera que pudieran ser las incidencias en la prosperabilidad de la acción directa resultan estériles porque no cabe entrar en el tema al impedirlo la apreciación de litispendencia, y no corresponde a este Tribunal dar respuestas sin un resultado útil; 4. El ámbito de la litispendencia se extiende a la acción directa ejercitada frente a las codemandadas expresadas, pero no a la acción ejercitada por FERROBERICA, SA contra CLEOP, SA (Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, SA) por la que pretende la declaración de la existencia del crédito

reclamado y condena al pago con carácter de privilegiado. Esta cuestión, por consiguiente, debe ser examinada; y, 5. Debe desestimarse la pretensión de las partes recurridas relativa a que se aprecie una causa de inadmisión del recurso, sin perjuicio de estimar que la incolumidad de la litispendencia, y su efecto prejudicial, hacen inocuos los motivos del recurso de casación respecto de las codemandadas (salvo Cleop), y, por consiguiente, el mismo se desestima.

TERCERO

No hay ninguna objeción jurídica, y la jurisprudencia admite la posibilidad, al ejercicio acumulado de la acción que el acreedor tiene contra el contratista por el trabajo y materiales puestos en la obra con la acción directa que el art. 1.597 CC ([LEG 1889, 27](#)) atribuye a aquél contra el dueño de la obra. Sucede en el caso que cuando se ejerció la acción contra el deudor principal, éste (CLEOP) se hallaba en situación de suspensión de pagos por haberse admitido a trámite la solicitud en fecha 28 de octubre de 1996, y en la relación de acreedores se había incluido el crédito de Ferrobérica, SA Discrepa la entidad acreedora respecto de la cuantía que figura en la suspensión y sobre la naturaleza del crédito pues pretende que tiene carácter preferente por refaccionario, y no la cualidad de ordinario que se le atribuye en dicho expediente. La pretensión de la actora resulta infundada, porque, con independencia de si el crédito era o no exigible, y por consiguiente la esterilidad de los motivos cuarto y quinto del recurso de casación, hay que tener en cuenta: 1. En cuanto a la cuantía que no se planteó la reclamación previa en el expediente de suspensión de pagos, y la doctrina jurisprudencial mayoritaria (SS., entre otras, [24 de junio de 1991 \[RJ 1991, 46191 \]](#) ; [14 de julio de 1993 \[RJ 1993, 58000 \]](#) ; [5 de marzo de 2001 \[RJ 2001, 2724 \]](#) ; 12 y [27 de enero de 2006 \[RJ 2006, 7351 \]](#) ; [20 de febrero \[RJ 2007, 1893 \]](#) y [30 de marzo de 2007 \[RJ 2007, 35571 \]](#)) tiene declarado en aplicación de los arts. 11 y 12 de la [Ley de Suspensión de Pagos de 1922 \(LEG 1922, 70 \)](#) que "el acreedor que no solicite oportunamente al Juez de la suspensión de pagos la inclusión, la exclusión, el aumento o la reducción del crédito incluido en la lista de acreedores, o la modificación de la calificación jurídica del crédito en ordinario o con derecho de abstención no puede posteriormente ejercitar su pretensión en juicio declarativo"; y, 2. En cuanto al supuesto carácter preferente del crédito ni se planteó en el proceso privilegio alguno diferente del que pudiera derivar de la cualidad de refaccionario, ni se combatió en modo alguno en el recurso de casación la desestimación de esta naturaleza por la resolución recurrida (fundamento séptimo).

CUARTO

Por lo expuesto, y porque ninguno de los tres motivos contienen argumento alguno que permita estimar el recurso, ya que los contenidos del cuarto y el quinto son irrelevantes, y el del primero (además de que en gran parte hace referencia inadecuada a la resolución de primera instancia) alude a la acción directa y no a la ejercitada respecto del deudor principal, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Ferrobérica, SL, con imposición a esta entidad de las costas causadas en el recurso, al no existir serias dudas de derecho sobre la falta de fundamento, todo ello de conformidad con los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1 [LECiv \(RCL 2000, 34 y 962 \)](#) .

FALLAMOS

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de FERROBERICA, SA contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia el 25 de julio de 2002, en el [Rollo núm. 1.153 de 2000 \(PROV 2002, 253781 \)](#) , y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Clemente Auger Liñán.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SRD. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.