



Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª).
Sentencia núm. 882/2008 de 26 septiembre
[RJ\2009\133](#)

ARRENDAMIENTO DE OBRA: OBLIGACIONES DEL DUEÑO DE LA OBRA: Responsabilidad «ex» art. 1597 Código Civil: interpretación de su carácter y alcance; Acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra entablando además contra el contratista, después de presentada la demanda, procedimiento arbitral: fijación del crédito entre subcontratista y contratista antes de dictarse sentencia en las instancias judiciales: litispendencia inadmisibile: la decisión de los árbitros sobre la fijación del crédito de la subcontratista había de preceder a la de los Tribunales, al ser requisito de la acción directa del artículo 1597 CC la determinación de la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito del subcontratista, cuestión sometida a arbitraje de equidad en los contratos concertados por las partes. LITISPENDENCIA: Similitudes y diferencias con la cosa juzgada: litispendencia y prejudicialidad civil: contenido y alcance: régimen y criterios de aplicabilidad.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 155/2002

Ponente: Excmo Sr. vicente luis montes penades

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la Sentencia dictada el 06-11-2001 por la Sección Quinta de la audiencia Provinciañ de Bizkaia, sin condena en costas en atención a la dificultad del tema y las dudas fundadas en la generación de su solución.

En la Villa de Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil ocho.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los presentes Recursos Extraordinario por Infracción procesal y de Casación interpuestos por la representación procesal de CONSTRUCCIONES MOYUA, SA, que ahora ostenta la Procuradora D^a Isabel Fernández-Criado Bedoya, contra la Sentencia dictada en 6 de noviembre de 2001 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el [Recurso de Apelación núm. 197/00 \(PROV 2002, 81398 \)](#), dimanante de los autos de Juicio de mayor Cuantía núm. 248/97 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barakaldo. Ha sido parte recurrida ACERIA COMPACTA DE BIZKAIA, SA, representada por el Procurador D. José María Martín Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

CONSTRUCCIONES MOYUA, SA (MOYUA) dedujo demanda de juicio de mayor cuantía contra ACERIA COMPACTA BIZKAIA, SA (ACERIA), que se tramitó bajo el núm. 248/97 en el Juzgado de Primera Instancia de Barakaldo núm. 4. La actora postulaba Sentencia en la que se contuvieran los siguientes pronunciamientos:

".. se declare que ACERIA, en virtud de la reclamación hecha notarialmente por MOYUA el día 4 de marzo de 1997, estaba obligada a retener 380.993.894 pesetas del precio convenido para la construcción de la Planta industrial "Acería Compacta de Bizkaia" en Sestao (Vizcaya), con la unión temporal formada por las empresas contratistas principales y, en su caso, del que se hubiera pactado separadamente con TECNICAS REUNIDAS, SA, si así se probase, o hasta la cantidad que se adeudase por la demandada por el precio pactado para la citada construcción; y que se condene a ACERIA a pagar a MOYUA la suma que debió retener más sus intereses desde que se hizo la reclamación, con imposición de las costas de la demanda..."

SEGUNDO

La demandada compareció y se opuso, suplicando sentencia por la que se desestimara la demanda, con absolución e imposición de costas.

TERCERO

Por Sentencia dictada en 17 de noviembre de 1999, el Juzgado estimó la demanda con el siguiente pronunciamiento:

"..debo declarar y declaro que ACERIA COMPACTA DE BIZKAIA, SA, en virtud de reclamación hecha notarialmente por CONSTRUCCIONES MOYUA, SA el día 11 de abril de 1997, estaba obligada a retener 380.993.894 pesetas del precio convenido para la construcción de la planta industrial Acería Compacta de Bizkaia, en Sestao (Vizcaya), con la Unión Temporal formada por las empresas contratistas principales, de la que formaba parte TECNICAS REUNIDAS, SA, y debo condenar y condeno a ACERIA COMPACTA DE BIZKAIA, SA a pagar a CONSTRUCCIONES MOYUA, SA la citada suma que debió retener más sus intereses legales desde que se hizo la reclamación hasta su completo abono, con imposición de las costas procesales causadas en este juicio a la parte demandada..."

CUARTO

Interpuso la demandada Recurso de Apelación, del que conoció la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó bajo el núm. 197/00. Esta Sala, por Sentencia dictada en [6 de noviembre de 2001 \(PROV 2002, 81398 \)](#), estimó parcialmente el recurso y, revocando la sentencia recurrida, dictó nueva resolución por la que, estimando parcialmente la demanda, condenó a ACERIA COMPACTA DE BIZKAIA, SA a pagar a CONSTRUCCIONES MOYUA, SA la cantidad de Noventa y un millones seiscientos setenta y una mil novecientos treinta y dos (91.671932 ptas.) más intereses legales del artículo 921 [LECiv 1881 \(LEG 1881, 1 \)](#) desde la sentencia dictada en primera instancia. Sin costas ni en primera instancia ni en la alzada.

QUINTO

Contra dicha sentencia interpuso la representación procesal de CONSTRUCCIONES MOYUA, SA los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación que la Ley autoriza, formulando al efecto tres motivos en el extraordinario por infracción procesal y dos en el de casación. Por Auto de 12 de diciembre de 2006, aclarado y subsanado por otro de 30 de enero de 2007, se inadmitieron los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, de modo que finalmente los Recursos han quedado: con un solo motivo el extraordinario por infracción procesal y con dos motivos el de casación.

SEXTO

Oportunamente la representación procesal de la parte recurrida, ACERIA COMPACTA DE BIZKAIA, SA, ha presentado escrito de impugnación de los recursos.

SÉPTIMO

Para votación y fallo se señaló el día 12 de septiembre de 2008, fecha en la que efectivamente tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR

La Sentencia recurrida fija los hechos básicos que delimitan el conflicto y dan sentido al debate (F. 2º) del modo que cabe resumir como sigue:

I.- La actora, MOYUA, fue contratada (Documento de 31 de marzo de 1995) por la contratista TECNICAS REUNIDAS, SA, adjudicataria de la obra principal, que formaba parte de la Unión Temporal de Empresas, integrada por ella y otras dos empresas más (SHLOEMANN SIEMAG AG y COSIM, SA) para la realización de las obras civiles y edificios de la acería eléctrica y colada continua en la Acería Compacta de Bizkaia localizada en Sestao (Bizkaia) propiedad de la demandada "ACERIA COMPACTA DE BIZKAIA, SA".

II.- Las obras subcontratadas que habían sido ejecutadas por MOYUA fueron recibidas provisionalmente por TECNICAS REUNIDAS, SA en 20 de diciembre de 1996.

III.- Por acta notarial de 4 de marzo de 1997, MOYUA requiere a TECNICAS REUNIDAS para el pago de la cantidad de 380.993.894 pesetas, efectuando la liquidación de la obra que la sentencia recurrida transcribe. El requerimiento se practica en 10 de abril de 1997.

IV.- En 12 de mayo de 1997 se promueve la demanda que da origen a los presentes autos. MOYUA, subcontratista, se dirige contra la dueña de la obra, ACERIA, en reclamación de la cantidad de 380.994.894 pesetas, al amparo de la acción directa prevista en el artículo 1597 del [Código civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , sin acumular al presente procedimiento la acción personal de reclamación ordinaria del precio de la obra ejecutada y no pagada contra el contratista TECNICAS REUNIDAS, SA en base a los artículos 1544 y demás relativos al contrato de obra del Código civil.

La Sentencia recurrida pone de relieve que TECNICAS REUNIDAS, SA podía alegar la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, en virtud del párrafo 8º del artículo 533 [LECiv 1881 \(LEG 1881, 1 \)](#) , sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje ([Ley 36/1988, de 5 de diciembre \[RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783 \]](#) , aplicable en el caso).

V.- En este proceso en el que nos encontramos se practicó prueba pericial, en la que el Ingeniero de Caminos D. JFA confirmó que la liquidación de la obra a favor de MOYUA ascendía al importe de 380.994.894 pesetas. La Sentencia de Primera instancia (17 de noviembre de 1999) condenó a la demandada, estimando la demanda, por dicho importe más intereses.

VI.- En 31 de julio de 1997 TECNICAS REUNIDAS, SA presentó ante la Corte de Arbitraje de Madrid solicitud de arbitraje contra CONSTRUCCIONES MOYUA, SA sobre el cierre y valoración final del subcontrato para la construcción de obras civiles y edificios para la Acería Compacta de Bizkaia, según contrato de 31 de marzo de 1995, y de los denominados "Acuerdos de Aceleración" firmados en 23 de noviembre de 1995 y 19 de enero de 1996.

Según el artículo 32 del Pliego de Condiciones Generales del Subcontrato de 31 de marzo de 1995, las partes sometían cualquier litigio, controversia o reclamación a arbitraje, según la [Ley de 5 de diciembre de 1988 \(RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783 \)](#) . El arbitraje se encomienda a la Corte de Arbitraje de Madrid, que procederá de acuerdo con

su Reglamento y Estatutos. Las partes optan expresamente por el arbitraje de equidad. El arbitraje había de tener lugar en Madrid, en castellano y aplicando la Ley común española.

VII.- En 13 de julio de 1998 se protocolizó el laudo arbitral. Tras resolver la excepción de litispendencia suscitada por MOYUA, en sentido negativo, y practicarse prueba pericial por el Ingeniero de Caminos D. JARM, se resolvió declarando que el cierre definitivo de la valoración del subcontrato de fecha 31 de marzo de 1995 entre TECINCAS REUNIDAS y MOYUA asciende a la cantidad de 91.671932 pesetas, en consideración a la modificación de las unidades de obra, las primas de aceleración, la mayor duración de las obras y los contracargos.

MOYUA interpuso Recurso de Nulidad contra dicho laudo arbitral, del que conoció la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, Rollo 975/98. En 30 de julio de 2001 recayó sentencia por la que se desestimó el Recurso. Se rechazó la argumentación de MOYUA sobre incompetencia de los árbitros para decidir la existencia y cuantía del crédito por razón de la existencia del presente procedimiento civil.

En apelación se acordó la práctica de la prueba documental consistente en unión a los autos del testimonio de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª a la que nos acabamos de referir, como diligencia para mejor proveer.

VIII.- La Sala de instancia (F. 3º) expone los presupuestos, y constata la presencia en el caso de los elementos de hecho, que propician la viabilidad de la acción directa prevista en el artículo 1597 del [Código civil \(LEG 1889, 27 \)](#) .

(a) Media un contrato de obra por ajuste alzado.

(b) El subcontratista ha puesto en la obra trabajo y materiales.

(c) En el momento de la reclamación, extrajudicial o judicial, existe un crédito exigible del contratista frente al comitente, crédito que, a su vez, actúa como límite objetivo de la acción, correspondiendo al dueño de la obra acreditar que ya ha pagado. La reclamación marca el momento a partir del cual el comitente no puede efectuar el pago con plenos efectos liberatorios ni directamente ni mediante consignación a favor del contratista, pues desde ese momento desaparece la buena fe.

(d) Es menester que exista otro crédito del subcontratista frente al contratista, vencido y exigible, sin que se exigible la previa y acreditada insolvencia del contratista y la persecución de sus bienes, pero sí, al menos, la intimación de la mora tras el impago, por su parte, de la deuda.

Este último requisito es, a juicio de la Sala de instancia, el problemático en el caso.

IX.- La Sala de instancia (F. 4º) entiende que también concurre el presupuesto de existencia de un crédito vencido y exigible del subcontratista MOYUA frente al contratista TECNICAS REUNIDAS, puesto que:

(a) Su pago podía ser reclamado a la fecha de la interpelación judicial, aún cuando la cuestión, controvertida y discutida en este procedimiento y en el proceso arbitral, se circunscribía a una cuestión de hecho, que es la determinación de la cuantía del crédito del contratista al subcontratista, sujeto al resultado de una liquidación o cuenta final, cuestión que compete a los tribunales al resolver sobre la acción directa.

(b) Pero en el caso no puede entrarse a resolver en el presente procedimiento puesto que, por expresa voluntad de la propia subcontratista, quedó sometida esta cuestión al arbitraje de equidad, y por tanto sustraída a la jurisdicción civil, según lo pactado en el artículo 32 del contrato de 31 de marzo de 1995, tal y como ha confirmado la Audiencia Provincial de Madrid al resolver el recurso de nulidad contra el laudo.

(c) El artículo 37 de la Ley de Arbitraje (de [1988](#) [[RCL 1988, 2430](#) y [RCL 1989, 1783](#)]) otorga al laudo arbitral efectos idénticos a la cosa juzgada. Así pues, en la relación entre contratista y subcontratista el saldo deudor a favor del subcontratista ha quedado determinado en la cantidad señalada por el laudo, por lo que la acción directa ejercitada únicamente puede ser estimada hasta la cantidad adeudada, aún cuando la prueba pericial practicada en estas actuaciones arroja un resultado contradictorio con el laudo arbitral y favorecedora de la liquidación efectuada por la actora.

I

Recurso Extraordinario por Infracción Procesal

PRIMERO

En el motivo tercero, único admitido, la recurrente denuncia la infracción por indebida aplicación de los artículos 1251, párrafo último, y 1252 del [Código civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , de la jurisprudencia que los interpreta y del artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ([Ley 1/2000 \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \]](#)) " en tanto se considerase que estaba ya en vigor a la hora de dictarse la sentencia que se recurre".

Antes de proceder al examen del motivo, es necesario puntualizar que sustancialmente coincide con el Primero de los motivos del Recurso de casación, que se plantea como infracción del artículo 359 [LECiv 1881 \(LEG 1881, 1 \)](#) y de los artículos 1251, último párrafo, y 1252 del Código civil, y violación del artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836 \)](#) , por si pudiera entenderse -dice la recurrente- que se están denunciando errores in indicando que con arreglo a la Ley procesal anterior deberían tener su cauce a través del recurso de casación por infracción de Ley (artículo 1692, 4º LECiv 1881).

El núcleo de la cuestión suscitada, tal y como la plantea la entidad recurrente, se encuentra en la estimación de la Sala de apelación respecto de la necesidad de estar a lo decidido en el arbitraje para fijar la cuantía del crédito (del subcontratista frente al contratista) a pesar de que en el proceso civil, iniciado antes de ese arbitraje, ya existía una prueba pericial sobre la cuantía de dicho crédito, contradictoria con la practicada en el arbitraje, cuyo resultado, por cierto, se tuvo en cuenta en la sentencia de primera instancia, dictada (17 de noviembre de 1999) cuando ya se había dictado el laudo arbitral (13 de julio de 1998).

A juicio de la recurrente se ha venido a establecer que ya era cosa juzgada el laudo dictado en el arbitraje. Se trataría, así, de la cosa juzgada en sentido material a la que se refieren los artículos 1251 y 1252 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) (texto en vigor hasta la [Ley 1/2000 \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \]](#)) aplicables en el momento de sustanciar el recurso de apelación (DT 3ª LECiv 2000). Ante cuya posición, dice la recurrente, si, como se estableció en el laudo arbitral, no había litispendencia entre el proceso judicial y el arbitral, tampoco podía haber cosa juzgada. Pues, sigue diciendo, "si a mi representada se le negó la excepción de litispendencia en el arbitraje, a fortiori se le tendrá que dar la razón ahora que aquí se sostiene que no hay cosa juzgada" pues "lo que no cabe es negar la litispendencia y al mismo tiempo afirmar la existencia de cosa juzgada". La cosa juzgada no puede operar porque no hay identidad subjetiva, identidad que tampoco se da en la causa petendi, puesto que el fundamento de la acción directa se encuentra en haber contribuido con mano de obra y materiales a la obra del dominus, ejercitándose esa acción ex lege (artículo 1597 [CC \[LEG 1889, 27 \]](#)), mientras que en el arbitraje se planteaban, además de la determinación del precio de la obra, penalizaciones y otras cuestiones.

SEGUNDO

A estos argumentos responde la parte recurrida, en su escrito de impugnación, señalando en primer lugar que la

discordancia entre el contratista principal y el subcontratista no era, en el caso, una cuestión de mera liquidación, sino una cuestión de fondo sobre el cumplimiento del contrato. A continuación, subraya que MOYUA (subcontratista) no acumuló a la demanda dirigida contra el comitente la correspondiente reclamación contra el contratista principal. A lo que añade que sostuvo durante el pleito que no existía un crédito cierto, determinado, exigible e incumplido entre subcontratista y contratista, por lo que no era viable la acción directa, así como que en el pleito presente no se podía discutir la existencia, determinación y cuantía del crédito que se reclama porque: (a) el contratista no estaba en el proceso; (b) no es ésta la materia de la acción del artículo 1597 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#), en la que el crédito del subcontratista contra el contratista es un presupuesto fáctico antecedente que debe estar despejado, lo que no ocurre en el caso; y (c) en el supuesto concreto estaba sometida la cuestión a arbitraje, por voluntad de la propia actora.

Destaca asimismo que al amparo del artículo 1597 CC el subcontratista puede reclamar al comitente precisamente lo que le adeuda el contratista principal, y no más. Y, ya en punto a los concretos motivos, entiende que la mención a la cosa juzgada en la sentencia, referida a los efectos del laudo, constituye un mero obiter dictum, a partir de un error de la sentencia de apelación, que consiste en afirmar (F. 4º, párrafo primero) que corresponde al tribunal, en el supuesto de una acción «ex» artículo 1597 CC, valorar y apreciar la concurrencia del crédito del subcontratista frente al contratista principal, pero ello implica que "la Audiencia ha entrado a conocer sobre la discusión de ese crédito, lo que es diametralmente contradictorio con que se esté aplicando la doctrina de la cosa juzgada. Por los propios actos del subcontratista su crédito frente al contratista principal ha quedado determinado de manera cierta y definitiva en el arbitraje (al que se sometió contractualmente), en tanto que no ha demandado al contratista principal en este procedimiento. Y no puede reclamar al comitente más que aquello en que haya quedado establecido su crédito frente al contratista principal. La Sentencia recurrida, como se pone de relieve en el escrito de oposición, no ha aplicado la doctrina de la cosa juzgada (y por ello no ha paralizado su resolución en tanto no se hubiera resuelto lo discutido en el arbitraje) sino que "ha hecho suya" la decisión arbitral como *questio facti* o presupuesto de la acción actuada y determinante de la cuantía con la que puede ser estimada, esto es, ha llevado a cabo una valoración probatoria en busca de estimar lo que realmente el contratista principal adeudaba al subcontratista.

TERCERO

Al examinar el motivo, se ha de recordar, en primer lugar, que la compañía mercantil ahora recurrente convino con la contratista principal, en el Contrato de 31 de marzo de 1995, que se someterían a arbitraje de equidad cualesquiera litigio, reclamación o controversia derivados de la relación contractual (Vide antes, F. Preliminar, VI). En segundo lugar, que en el presente procedimiento no ha sido demandada la contratista principal TECNICAS REUNIDAS, SA.

La cuestión que aquí se suscita ha de enmarcarse entre estos dos datos de interés. No cabía la estimación de la excepción de litispendencia, puesto que no hay identidad entre las personas. Pero la viabilidad de la acción directa ejercitada requiere que el subcontratista sea efectivamente acreedor del contratista principal, pues el primero de los presupuestos que se deducen del artículo 1597 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) es que se hayan puesto trabajos o materiales y, naturalmente, que el subcontratista no los haya cobrado. Aunque no se encuentra un perfil muy definido en la jurisprudencia, es razonable pensar que el crédito del subcontratista ha de estar vencido y ha de ser exigible, aunque no sea necesario que sea líquido ni que esté amparado por un título ejecutivo, sin entrar ahora en la cuestión sobre si cabría el ejercicio del crédito condicional o a término a efectos conservativos, como se ha defendido en la doctrina. En todo caso, la vigencia y la dimensión de este crédito marca la medida de la acción directa, que también exige, como se verá, que el contratista principal sea a su vez acreedor del dueño de la obra o comitente en el momento de ejercicio de la acción.

Cuando la entidad actualmente recurrente ejercita la acción directa, requiriendo en primer lugar a la comitente (10 de abril de 1997) y después presentando la demanda (12 de mayo de 1997), de la que se excluye a la contratista

principal, no se ha iniciado el procedimiento arbitral (se solicita en 31 de julio de 1997) que da lugar al laudo que se protocoliza en 13 de julio de 1998, antes de que se dicten las sentencias de primera instancia (17 de noviembre de 1999) y, por descontado, de apelación ([6 de noviembre de 2001 \[PROV 2002, 813981 \]](#)), si bien la sentencia que desestimó la pretensión de nulidad del laudo (AP Madrid, Sección 20ª) se dictó entre una y otra (30 de julio de 2001). Este escenario ha de ser tenido en cuenta para resolver la primera de las cuestiones suscitadas por el recurso, que el recurrente plantea al exponer que no habiéndosele admitido la excepción de litispendencia suscitada en el arbitraje, no cabe ahora estimar que es cosa juzgada la fijación del crédito entre subcontratista y contratista principal que verifica el laudo arbitral, a la que se atiene la sentencia recurrida. En el arbitraje eran parte subcontratista y contratista principal. En este procedimiento, lo son subcontratista y comitente. En el arbitraje se había de decidir sobre cumplimiento del contrato, vigencia y liquidación del crédito del subcontratista (entre subcontratista y contratista), y en el presente procedimiento (entre subcontratista y comitente o dueño de la obra, sin el contratista principal) se articuló prueba sobre la vigencia y la liquidación del crédito, con resultados contradictorios respecto de la determinación efectuada en el laudo arbitral, firme, frente al que no ha prosperado la acción de nulidad.

Hay entre ambos litigios, ciertamente, una interdependencia entre los dos procesos, con el riesgo de haber llegado a resoluciones contradictorias, lo que en el caso no ha llegado a ocurrir porque la Sala de apelación ha acogido la solución del arbitraje. Sabido es que la litispendencia actúa como institución preventiva y de tutela de la cosa juzgada y que se puede apreciar cuando el pleito anterior infiere o prejuzga el segundo, ante la posibilidad de dos fallos que no puedan concurrir en armonía decisoria ([SSTS 14 de noviembre de 1998 \[RJ 1998, 8169 \]](#) , y las que allí se citan), hasta el punto de que se ha dicho que la litispendencia es el anticipo de la cosa juzgada ([SSTS 9 de marzo de 2000 \[RJ 2000, 1348 \]](#) , [12 de noviembre de 2001 \[RJ 2001, 9480 \]](#) , [1 de junio de 2005 \[RJ 2005, 6384 \]](#) , etc.), así como que exige identidad subjetiva, objetiva y causal, de acuerdo con el artículo 1252 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) aplicable a este caso *ratione temporis*. Pero la jurisprudencia ha estimado que la institución es apreciable sin necesidad de que exista una perfecta identidad entre las acciones, siempre que la acción que se ejercite en el juicio preexistente constituya base necesaria para la reclamación en el segundo, como cuestión prejudicial ([SSTS 25 de noviembre de 1993 \[RJ 1993, 9135 \]](#) , 17 de octubre de 1995, [13 de octubre de 1997 \[RJ 1997, 7462 \]](#) , [22 de junio de 1998 \[RJ 1998, 4907 \]](#) , [9 de marzo \[RJ 2000, 4405 \]](#) y [13 de octubre de 2000 \[RJ 2000, 7727 \]](#) , [4 de marzo de 2002 \[RJ 2002, 2658 \]](#) , etc.). Por lo que esta Sala ha venido a ampliar el campo de aplicación del instituto de la litispendencia a aquellos supuestos en los que un procedimiento vincula y determina la decisión de otro ([SSTS 16 de enero de 1997 \[RJ 1997, 14 \]](#) , [22 de junio de 1998 \[RJ 1998, 4907 \]](#)), o prejuzga e interfiere en el posterior, de similar naturaleza, presentándose como interdependientes los respectivos pedimentos en cada uno de los pleitos (SSTS 9 de febrero y 14 de noviembre de 1998, 17 de febrero de 2000, 28 de febrero de 2002, 31 de mayo de 2005), de modo que, como ha señalado la fundamental sentencia de 25 de julio de 2003, hay litispendencia cuando la resolución que pueda recaer en el proceso anterior es preclusiva respecto del posterior ([SSTS 9 de marzo de 2000 \[RJ 2000, 1348 \]](#) , [12 de noviembre de 2001 \[RJ 2001, 9480 \]](#) , [22 de mayo de 2003 \[RJ 2003, 7147 \]](#)) o, como decía la [STS de 4 de marzo de 2002 \(RJ 2002, 2658 \)](#) , "siempre que la acción que se ejercite en el juicio preexistente constituya base necesaria para la reclamación en el segundo como cuestión <prejudicial>".

La Jurisprudencia más reciente ha destacado que los requisitos de la litispendencia no son totalmente coincidentes con los de la cosa juzgada, por lo que ha de ser apreciada con flexibilidad, pues la mera coincidencia parcial de pedimentos entre ambos procesos justificaría la acumulación de autos a instancia de parte legítima pero no la exclusión del segundo proceso por pendencia del anterior ([STS 20 de diciembre de 2005 \[RJ 2005, 10150 \]](#) , que cita entre otras las de [12 de junio de 1995 \[RJ 1995, 4737 \]](#) , [17 de febrero de 2000 \[RJ 2000, 1164 \]](#) , [4 de marzo de 2002 \[RJ 2002, 2658 \]](#) , [20 de diciembre de 2002 \[RJ 2002, 10753 \]](#) y [24 de febrero de 2005 \[RJ 2005, 4031 \]](#)) y ha venido a perfilar la distinción entre litispendencia y prejudicialidad civil, que hoy reconoce el artículo 43 [LECiv 2000 \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , subrayando que lo operativo es la sujeción que, por razones de lógica y conexión

legal, determinan una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro, de tal alcance que vinculan el resultado del segundo al primero" ([SSTS 19 de abril \[RJ 2005, 3244\]](#) y [20 de diciembre de 2005 \[RJ 2005, 10150\]](#)). Se trata de la llamada "litispendencia impropia" o "prejudicialidad civil", que se produce, como ha dicho la [STS de 22 de marzo de 2006 \[RJ 2006, 2315\]](#) , cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro ([SSTS 20 de noviembre de 2000 \[RJ 2000, 9237\]](#) , [31 de mayo \[RJ 2005, 5031\]](#) , [1 de junio \[RJ 2005, 6384\]](#) y [20 de diciembre de 2005 \[RJ 2005, 10150\]](#)) aún cuando no concurren todas las identidades que exigía el artículo 1252 [CC \[LEG 1889, 27\]](#) (SSTS 2 etc.).

Tal y como se han desarrollado las actuaciones en el caso, la ausencia de la contratista principal en este procedimiento impide estimar la existencia de litispendencia, pero su emplazamiento hubiera determinado, por efecto de la cláusula arbitral convenida, la estimación de la excepción de sumisión a arbitraje. En el orden lógico, pues, aunque no en el temporal, la decisión de los árbitros sobre la fijación del crédito de la subcontratista había de preceder a la de los tribunales sobre la acción directa frente al dominus operis, toda vez que uno de los elementos a tener en cuenta en la "acción directa" del artículo 1597 CC es, precisamente, la determinación de la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito del subcontratista, cuestión que estaba sometida de antemano a arbitraje de equidad.

La Sala ha procedido con rigor cuando se ha ceñido a la cuantificación del crédito del subcontratista fijada en el proceso arbitral, que según la delineación efectuada por los interesados en los contratos entre ellos concertados, era el foro donde se había de decidir.

Por estas razones, que, en definitiva, derivan de lo convenido o de lo actuado por la propia recurrente, no puede prosperar el motivo formulado en el recurso extraordinario por infracción procesal, que también se ha verificado en el recurso de casación, según ha quedado indicado, donde ha de decaer, además, porque no se comprende la cuestión dentro de su ámbito.

II

Recurso de casacion

CUARTO

En el segundo de los motivos de casación se denuncia la violación del artículo 1597 del [Código civil \[LEG 1889, 27\]](#) . La recurrente entiende que la acción ejercitada, dadas sus características, no puede quedar subordinada en su eficacia a la necesidad de que la cuantificación o liquidación del crédito del subcontratista dependa de que previamente, en un arbitraje entre el contratista y el subcontratista, se produzca esa liquidación. A juicio de la recurrente, el dueño de la obra carece de interés en la fijación definitiva del importe del crédito y la acción directa, que es una medida conservativa y ejecutiva sobre el patrimonio del dueño de la obra, no puede quedar subordinada a que antes se fije el importe del crédito en el arbitraje por dos razones: una, porque sería inviable la retención en el patrimonio del dueño de la obra, al no poder establecerse la cuantía por la que se habría de retener; y dos, porque también perdería la acción en estos casos su carácter privilegiado.

El motivo ha de ser desestimado.

Es cierto que la jurisprudencia ha efectuado una interpretación del artículo 1597 CC en el sentido de concebirla como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria ([SSTS 15 de](#)

[marzo de 1990 \[RJ 1990, 1698\]](#) , [29 de abril de 1991 \[RJ 1991, 3068\]](#) , [12 de mayo \[RJ 1994, 3572\]](#) y 11 de octubre de 1994, 2 y 17 de julio de 1997, [28 de mayo \[RJ 1999, 4115\]](#) y [22 de diciembre de 1999 \[RJ 1999, 9358\]](#) , [6 de junio \[RJ 2000, 4402\]](#) y [27 de julio de 2000 \[RJ 2000, 9179\]](#) , etc.), señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista ([SSTS 16 de marzo de 1998 \[RJ 1998, 1570\]](#) , [11 de octubre de 2002 \[RJ 2002, 9850\]](#)), al que basta con haber constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni de haberle declarado en insolvencia ([STS 12 de mayo de 1994 \[RJ 1994, 3572\]](#)),. Además, otras decisiones han precisado que la responsabilidad del contratista y del dueño de la obra, cuando se ejercitan simultáneamente la acción de reclamación ordinaria del crédito y la acción directa contra el comitente, es de naturaleza indistinta o "in solidum", si bien la responsabilidad del dominus operis se limita al importe máximo señalado en el artículo 1597 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) (el del crédito del contratista contra el comitente), y así se dice, entre otras, en las SSTS 7 de febrero de 1968 , [11 de octubre de 1994 \(RJ 1994, 7479\)](#) , [31 de diciembre de 2002 \(RJ 2003, 338\)](#) , etc. Este carácter de la acción, que obsta a la apreciación del litisconsorcio pasivo necesario, no ha de impedir que el órgano judicial correspondiente examine si el subcontratista tiene o no un crédito contra el contratista, toda vez que, dada la solidaridad establecida, el deudor solidario puede oponer al acreedor las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación, además de las que le sean personales, en los términos establecidos en el artículo 1148 del [Código civil \(LEG 1889, 27\)](#) , incluso en los supuestos en que no se ejerce la acción para reclamación ordinaria frente al contratista. Sin que sea necesario acudir al artículo 1853 CC, que sería llamado a causa por razón de considerar al comitente como un "garante" del contratista, según defiende un sector doctrinal, aún cuando se obtendría un resultado similar en cuanto a las excepciones "inherentes a la deuda" en relación con las que el artículo 1148 CC, anteriormente citado, denomina "derivadas de la naturaleza de la obligación". Entre las excepciones oponibles se han de computar las que conciernen al desarrollo de la relación obligatoria y a su extinción, tales como la de pago o cumplimiento o las relativas a las consecuencias que hayan de tener los incumplimientos eventuales del subcontratista o el cumplimiento defectuoso de la prestación ([STS 25 de octubre de 1999 \[RJ 1999, 7399\]](#) , respecto de un supuesto de aplicación del artículo 1853 [CC \(LEG 1889, 27\)](#)).

No puede apoyarse la tesis de una suerte de independencia total de la acción directa, respecto de las relaciones entre subcontratista y contratista, en las decisiones que cita la recurrente ([SSTS 11 de diciembre de 1992 \[RJ 1992, 10137\]](#) y [28 de enero de 1998 \[RJ 1998, 119\]](#)), pues en ellas se suscitaba una cuestión distinta, relativa a la existencia o no de un crédito del contratista principal, que había aceptado letras de cambio, frente al comitente. La Sala responde que la deuda subsiste, pues la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, quien hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra.

En el caso, cuando el subcontratista ejerce la acción directa frente al dueño de la obra no se ha suscitado el procedimiento arbitral, pero las partes conocen la existencia de la cláusula de sumisión al arbitraje de equidad, que impediría al comitente traer a la causa al contratista, contra la que recomienda un sector de la doctrina argumentando desde situaciones semejantes, como en el caso de evicción («ex» artículo 1482 [CC \[LEG 1889, 27\]](#)), y en todo caso el laudo arbitral, contra el que no prosperó la acción de nulidad, rechazada por la Sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, en 31 de julio de 2001 (Antes, F. Preliminar, VII), se protocolizó antes de las sentencia de primera instancia y de apelación.

QUINTO

La desestimación de los motivos, en el caso del Recurso extraordinario por infracción procesal, determina sentencia desestimatoria, que abre paso, en este supuesto, al examen del Recurso de Casación, cuyos motivos también se han desestimado en su totalidad, por lo que procede también declarar que no ha lugar al recurso (artículo 476.3 y 487.2 [LECiv \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\]](#)). En cuanto a las costas, de acuerdo con lo previsto en los artículos

398.1 y 394.1 LECiv la Sala entiende que, dada la dificultad del tema y las dudas que fundadamente ha podido generar la solución, no procede su imposición a la parte recurrente. En consecuencia, serán sufragadas por cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

FALLAMOS

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

1º

NO HABER LUGAR AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de CONSTRUCCIONES MOYUA, SA, contra la [Sentencia dictada el 6 de noviembre de 2001 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de BIZCAIA en el rollo número 197/2000 \(PROV 2002, 81398\) .](#)

2º

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de CONSTRUCCIONES MOYUA, SA, que hoy ostenta la Procuradora Dª Isabel Fernández-Criado Bedoya, contra la Sentencia dictada en 6 de noviembre de 2001 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el Recurso de Apelación núm. 197/00.

3º

No se hace especial especial condena en costas por ninguno de los dos recursos extraordinarios.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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.-Vicente Luis Montés Penadés(Votó en Sala y no pudo firmar).- Clemente Auger Liñán.-Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SRD Vicente Luis Montés Penadés, 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.