



Roj: **STS 4272/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4272**

Id Cendoj: **28079110012016100560**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2016**

Nº de Recurso: **2147/2014**

Nº de Resolución: **585/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7293/2014,**  
**STS 4272/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 3 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2014 dictada en recurso de apelación, núm. 1006/2012, de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 478/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Móstoles; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por el Instituto Municipal del Suelo de Móstoles S.A., representado por la procuradora D.ª Paloma Thomas de Carranza y Méndez de Vigo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco de Santander S.A. representado por la procuradora D.ª Leonor Guillén Casado, bajo la dirección letrada de D. Antoni Frigola Riera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** Banco Español de Crédito S.A., y en su nombre y representación la procuradora Dña. Leonor María Guillén Casado, bajo la dirección jurídica del Letrado D. Antonio Frigola Riera, interpuso demanda de juicio ordinario contra la sociedad Instituto Municipal del Suelo de Móstoles S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se estime íntegramente la presente demanda, y en su virtud cse condene a IMS Móstoles a pagar a mi representada la cantidad de 1.760.309,87 euros más los intereses de demora de la Ley 3/2004, calculados sobre dicha cantidad desde el día de comunicación de la cesión del crédito a IMS Móstoles a pagar a mi representada la cantidad de 1.760.309,87 euros más los intereses de demora de la Ley 3/2004, calculados sobre dicha cantidad desde el día de comunicación de la cesión del crédito a IMS Móstoles (26/11/2008) según el tipo de interés del 11,14% para el año 2008, 8,75% para el año 2009, 8% para el año 2010, 8% para los meses de enero febrero y marzo del año 2011, y el que corresponda en aplicación de la referida norma hasta la fecha en que se produzca la extinción por pago de la deuda, con expresa imposición en costas a la actora, así como todo lo demás que sea procedente en derecho».

**2.-** Instituto Municipal del Suelo de Móstoles S.A., se persona en las actuaciones representada por la procuradora Dña. Ana María Galey Zafra y bajo la defensa letrada de D. Iván Hernández Urraburu, y contestó a la demanda, alegó falta de legitimación pasiva ad processum y subsidiariamente ad causam y alegó excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y subsidiariamente solicitó llamar al pleito como tercero no demandado a Fercaber Construcciones S.A., en base al art. 13 de la LEC, asimismo formuló demanda reconventional contra la mercantil Banco Español de Crédito S.A. y Fercaber Construcciones S.A.; para todo



ello expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado:

«Se tenga por contestada la demanda formulada de contrario, absolviéndose de los pedimentos contenidos en la misma a mi poderdante, con expresa condena en costas a la actora; y, tras los trámites oportunos, se estime la demanda reconvenicional formulada contra la mercantil Banco Español de Crédito S.A. y Fercaber Construcciones S.A. con los siguientes pronunciamientos:

»- Se declare la nulidad de factura aportada por la actora como documento núm. 5 del escrito de demanda emitida por Fercaber contra mi mandante en fecha 12 de marzo de 2008, núm. 5651/08 por importe de 1.709.038,71 euros de base imponible, y en consecuencia, después de la aplicación del 7% de IVA y el 4% de retención, por un total de 1.760.309,87 euros.

»- Se condene en costas a las partes reconvenidas en el caso de que se opongan a la presente demanda reconvenicional».

**3.-** En el juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Móstoles, en fecha 8 de julio de 2011, se dictó auto cuya parte dispositiva inadmite la reconvenición entre otros acuerdos, que se describen:

«1.- Tener por presentada la contestación dentro de plazo y cumplidos por la parte demandada los requisitos de capacidad, representación y postulación procesal, exigidos en los artículos 6 , 7 , 23 y 32 de la L.E.C ., para comparecer en juicio, y demás requisitos formales, se tiene a dicha parte demandada por comparecida y por contestada la demanda.

»Se tiene por anunciada la aportación de dictamen pericial caligráfica, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.1 de la L.E.C ., hágase saber a la parte demandada que debe, en todo caso, aportarlo antes de la iniciación de la audiencia previa.

»Se tiene por solicitado por la parte demandada dictamen de perito a realizar por un perito Auditor de Cuentas, quedando pendiente de resolución, para eu momento procesal.

»2.- Inadmitir la reconvenición presentada por la parte demandada, por los motivos señalados en el fundamento único de ésta resolución, con devolución a indicada parte de la copia aportada.

»3.- Habiéndose solicitado por la parte demandada, subsidiariamente y para el caso de no admitirse la reconvenición formulada, la intervención en el procedimiento de Fercaber Construcciones, S.A., de dicha intervención dése traslado a la parte actora por término de diez días, al amparo de lo dispuesto en el Art. 13.2 de la LEC ., y con su resultado se acordará lo demás procedente».

**4.-** Contra el auto reseñado en el anterior punto se interpuso recurso de reposición por la representación del Instituto Municipal del Suelo de Móstoles que fue resuelto por auto de fecha 11 de octubre de 2011 cuya parte dispositiva señala:

«Que debo desestimar y desestimo el recurso de reposición interpuesto por la procuradora Sra Galey Záfara, en la representación que ostenta de Instituto Municipal del Suelo de Móstoles, S.A., contra el auto de fecha 08-07-11 , el cual se mantiene invariable en todos sus pronunciamientos».

**5.-** En el acto de audiencia previa del juicio en fecha 16 de noviembre de 2011, se resolvió respecto a la excepción de falta de litisconsorcio que fue desestimada y respecto a la intervención provocada de Fercaber que se denegó; respecto a la falta de legitimación pasiva se acordó que se resolvería en la sentencia y continuaron los trámites legales correspondientes de la audiencia previa y del pleito, acordando sobre las pruebas de las partes y señalando para juicio.

**6.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Móstoles se dictó sentencia, con fecha 31 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimando en parte la demanda formulada por Banco Español de Crédito, S.A., representada por la procuradora de los tribunales Sra. Guillén Casado, contra Instituto Municipal del Suelo de Móstoles, S.A., representada por la procuradora de los tribunales Sra. Galey Zafora, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de un millón setecientos sesenta mil trescientos nueve euros y ochenta y siete céntimos (1.760.309,87) de principal, cantidad que devengará el interés previsto en la Ley 3/2004 en la forma y desde la fecha indicada en el fundamento de derecho quinto de esta resolución hasta su completo pago. Sin hacer expresa imposición de las costas causadas».



**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia y contra el auto de fecha 11 de octubre de 2011, por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 11 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: 1.º- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Instituto Municipal del Suelo, S.A. contra el auto de fecha 11 de octubre de 2011 .

»2.º- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Instituto Municipal del Suelo S.A. contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Móstoles en el procedimiento ordinario núm. 478/11, a que este rollo se contrae, resolución que confirmamos con expresa imposición de las costas a la parte apelante».

**TERCERO.- 1.-** Por Instituto Municipal del Suelo de Móstoles S.A. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , del art. 40 de la LEC y del art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con la existencia de prejudicialidad penal no acordada.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 407 en relación con los arts. 400 y 408.2 de la LEC , así como vulneración del art. 406.3 de la misma Ley . Inadmisión de la reconvencción formulada por esta parte.

Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 12 de la LEC . Existencia de litisconsorcio pasivo necesario que fue desestimada.

Motivo cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia vulneración de lo dispuesto en los arts. 281 y 283 (este último *contrario sensu* ), en relación con el art. 328, todos ellos de la LEC , por haberse denegado indebidamente determinada prueba en la primera y en la segunda instancia.

Motivo quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 218.1, en relación con el art. 265.1, ambos de la LEC . Falta de congruencia de las sentencias al estimar la demanda sin que se hubieran aportado, en un primer momento, los documentos en los que la demandante fundaba su derecho y, posteriormente, argumentar que es irrelevante para el cedido la relación entre el cedente y el cesionario, cuando lo que se discute es la nulidad o no del título que incorpora del derecho de crédito.

Motivo sexto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º, se denuncia vulneración de lo dispuesto en el art. 218.1 de la LEC , por haberse excluido del proceso de fundamentación de la sentencia (fundamento noveno de la sentencia) hechos relevantes para la resolución de las pretensiones de las partes, y sobre los cuales se practicó prueba.

Motivo séptimo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º de la LEC , por vulneración del art. 24.1 de la CE , al incurrir en error patente o, bien, en irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba practicada en autos y relativa a si la toma de razón constaba o no incorporada al documento con anterioridad o con posterioridad al visé de D. Jose Ramón .

Motivo octavo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º de la LEC , por vulneración del art. 24.1 de la CE , al incurrir en error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba relativa al precio de la obra y, consiguientemente, a la existencia del crédito reclamado y supuestamente incorporado a una certificación inexistente. Y ello por cuanto no otorga, sin razón alguna para ello y por un mero voluntarismo, la misma fuerza probatoria a las pruebas aportadas por esta parte que a las pruebas aportadas por Banesto. Y además, incomprensiblemente y al margen de toda lógica, afirma que esta parte no se ha ocupado de acreditar la inexistencia del crédito cuando consta que los propios técnicos de Fercaber reconocieron que la deuda, a lo sumo tan solo podía ascender a 522.573,34.-?.

E interpuso recurso de casación basándose en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 1261 y concordantes del Código Civil , así como de los arts. 17 y 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque , y de la jurisprudencia existente en relación con la naturaleza y los efectos jurídicos de la transmisión de derechos de crédito y de la transmisión de créditos.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 1095 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el art. 1089 del mismo texto legal , así como lo dispuesto en el art. 1175 del referido Código y el art. 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque .



Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 1175 del Código Civil, 24 y 17 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Motivo cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción de la doctrina de los actos propios, por ausencia de aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 1989, relativa a los efectos meramente internos de la toma de razón.

Motivo quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción del ordenamiento jurídico por indebida aplicación del art. 1528 CC y por ausencia de aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremos de fechas 3 de octubre de 2000 y de 17 de mayo de 2004, todo ello relativo a que, en el caso del endoso de certificaciones de obra, y como excepción al régimen general, el legitimado para reclamar los intereses del crédito cedido es el cedente del mismo y no el cesionario.

Motivo sexto.- Al amparo de lo dispuesto en los arts. 477.1 y 477.2.2.º de la LEC, por infracción del art. 1597 del Código Civil, como norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del procedimiento.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 10 de febrero de 2016, se acordó admitir los recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación, y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora D.ª Leonor María Guillén Casado, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición a ambos recursos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 6 de julio de 2016, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

Se formula demanda en juicio ordinario por parte de Banco Santander contra Instituto Municipal del Suelo (IMS) de Móstoles en la que se solicitaba la condena del demandado a abonar a la actora la cantidad de 1.760.309,87.-?, más los intereses de demora, calculados desde el día de comunicación de la cesión del crédito a la demandada, según el tipo anual del 11,14% para el año 2008, 8,75% para el año 2009, 8% para el año 2010, 8% para los meses de enero, febrero y marzo de 2011 y el que corresponda en aplicación de la referida norma hasta la fecha de pago. Se basa la demanda en el endoso que había realizado Fercaber en favor de Banesto, de la factura aportada como documento núm. 5 de la demanda, en base a contrato de descuento y anticipo de créditos mercantiles. La factura se relacionaba con la construcción que Fercaber efectuaba de 148 viviendas de protección pública, por cuenta del IMS de Móstoles S.A..

Contestada la demanda, se formula reconvencción solicitando que se declare la nulidad de la factura aportada como documento núm. 5 de la demandada, emitida por Fercaber contra IMS de Móstoles en fecha 12 de marzo de 2008. Se planteó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario que fue denegada en la audiencia previa y rechazado el recurso de reposición formulado contra la resolución verbal.

El juzgado inadmitió a trámite la reconvencción al entender que el art. 406.3 LEC prohíbe expresamente la formulación de reconvencción cuando se solicita la absolución de la petición formulada en la demanda y que la nulidad de la factura instada en reconvencción, será objeto de valoración en el momento procesal oportuno. Formulado recurso de reposición, se desestimó al entender que no procede acceder a la misma, ya que lo instado no es la nulidad de un contrato, sino de un documento, que será examinado en el momento procesal oportuno, al tiempo que estima que carece de competencia objetiva al solicitar la nulidad de un documento contra Fercaber, que se encuentra en concurso y la pretensión tendría valor en el aspecto concursal.

Se dicta sentencia en primera instancia que estima la demanda, condenando a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad reclamada en la demanda, considerando de lo actuado que aunque no consta la emisión de la certificación número 23, propiamente dicha, que sería la correspondiente a la liquidación final de la obra, tampoco consta certificación o liquidación final que permita acreditar la incorrección de la cantidad a que se refiere la factura reclamada. Consta que en la obra hubo partidas extra respecto al inicialmente proyectado, por lo que no puede afirmarse que la demandada haya acreditado la incorrección de la cantidad reclamada.

Formulado recurso de apelación se dicta sentencia de segunda instancia por la que se desestima el recurso y se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia, considerando que respecto a la nulidad de la factura, por no corresponder con la realidad el concepto expresado en la factura, que no es la factura la cedida,



ni tampoco la certificación, sino directa y exclusivamente el crédito, que la inexistencia de la certificación número 23 es un hecho probado, pero que con ella se refería la acreedora inicial a la liquidación final, siendo éste un hecho intrascendente por cuanto lo cedido no es la certificación sino el crédito. Al mismo tiempo la falta de aprobación por la dirección facultativa no es imputable a Fercaber, puesto que era la demandada la obligada a tramitar la documentación; si no estaba conforme, no debió firmar nunca la toma de razón, con las consecuencias inherentes. Resulta irrelevante que la cedente no entregara a la cesionaria la liquidación final. Por último entiende que la denominada toma de razón no tiene nada irregular, ya que la demandante presentó a la demandada la factura con el endoso y le fue devuelta con la indicada toma de razón, por lo que si hubo alguna irregularidad es puramente interna e imputable a la demandada, y no puede alegarse frente a terceros el incumplimiento de sus protocolos internos.

Por la parte demandada se formula recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso por infracción procesal se formula en ocho motivos: a) infracción del artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la existencia de prejudicialidad penal no acordada, entendiéndose que en el presente caso se ha acreditado la existencia de causa criminal en la que se está investigando como hecho de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenta las pretensiones de las partes en el proceso civil, de forma que la decisión del tribunal penal tendrá trascendencia e influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil, procediendo la suspensión del procedimiento civil al tratarse de una posible comisión delictiva relativa a uno de los documentos aportados; b) infracción de lo dispuesto en el artículo 407, 400, 408.2 y 406.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la inadmisión a trámite de la reconvencción formulada junto con la contestación a la demanda en la que se planteaba la nulidad del documento en el que se funda la pretensión de la actora, al tener relación directa y constituye un hecho con trascendencia en la resolución del presente procedimiento; c) infracción del artículo 12 de la Ley Enjuiciamiento Civil, en relación con la existencia de litisconsorcio pasivo necesario que fue desestimada en relación a la solicitada presencia en el procedimiento de la persona jurídica emisora de la factura cuya nulidad se pretendía en la reconvencción; d) infracción de los artículos 281 y 283, en relación con el artículo 328, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por habersele negado indebidamente determinada prueba en la primera y la segunda instancia, en relación con los justificantes de las retenciones practicadas por Banesto respecto del descuento de la factura aportada como documento número cinco de la demanda o la certificación número 23, que acreditarían que no se practicaron retenciones porque el descuento se realizó para cubrir un descubierto en cuenta; e) infracción del artículo 218.1 en relación con el artículo 265.1 LEC, por falta de congruencia de las sentencias al estimar la demanda sin que se hubiese aportado, en un primer momento, los documentos en los que la demandante fundaba su derecho y posteriormente argumentar que es irrelevante para el cedido la relación entre el cedente y el cesionario, cuando lo que se discute es la nulidad o no del título que incorpora el derecho de crédito; f) infracción de lo dispuesto en el artículo 218.1 LEC, por haberse excluido del proceso de fundamentación de la sentencia hechos relevantes para la resolución de la litis entre las partes y sobre los cuales se practicó prueba, todo ello en relación a que la toma de razón incorporada al endoso sobre la certificación inexistente constituye un acto propio del recurrente; g) infracción del artículo 24.1 CE al incurrir en error patente o en irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba practicada en autos y relativa a la toma de razón constaba o no incorporada al documento con anterioridad o con posterioridad al visado de Jose Ramón; y h) infracción del artículo 24.1 CE al incurrir en error patente o en irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba practicada en autos y relativa al precio de la obra y a la existencia del crédito reclamado supuestamente incorporado a una certificación inexistente. Y ello por cuanto no otorga, sin razón alguna para ello y por un mero voluntarismo, la misma fuerza probatoria a las pruebas aportadas por esta parte que las pruebas aportadas por la demandante, y además, incomprensiblemente, afirma que la parte recurrente no se ha ocupado de acreditar la inexistencia del crédito cuando consta que los propios técnicos de Fercaber reconocieron que la deuda a lo sumo tan sólo podría ascender a 522.573,34.-?.

El recurso de casación se formula en seis motivos: a) infracción de lo dispuesto en el artículo 1261 y concordantes del Código Civil, así como los artículos 17 y 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y de la jurisprudencia existente en relación con la naturaleza y los efectos jurídicos de la transmisión de derechos de crédito y de la transmisión de créditos, todo ello en relación con que la factura emitida, endoso y la toma de razón en las que se fundamentó la demanda son nulos de derecho por falta de objeto y causa, ya que nunca existió la certificación 23 que debía ser el objeto y causa de la factura, endoso y la toma de razón; b) infracción de lo dispuesto en el artículo 1095, 1089 y 1175 del Código Civil y el artículo 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, por cuanto si se entiende que el endoso se produjo respecto una certificación inexistente, y que la factura tenía también un concepto inexistente o falso, el propio negocio jurídico de cesión de crédito, sería nulo de pleno derecho al no tener título para accionar contra el recurrente; c) infracción de los artículos 1175 del Código Civil y artículos 17 y 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, todo ello en relación con la falta legitimación



activa del actor al fundamentar su pretensión en que Fercaber le endosó la factura aportada como documento número cinco, cuando realmente lo que le endosó fue lo que la propia Audiencia Provincial declara como inexistente, certificación de obra número 23; d) infracción de la doctrina de los actos propios, por ausencia de aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 10 febrero 1989 , relativa a los efectos meramente internos de la toma de razón; e) infracción del artículo 1528 del Código Civil y por ausencia de aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 octubre 2000 y 17 mayo de 2004 , todo ello relativo a que en el caso del endoso de certificaciones de obra, y como excepción al régimen general, el legitimado para reclamar los intereses del crédito cedido es el cedente del mismo y no el cesionario; y f) infracción del artículo 1597 del Código Civil , al obviar la sentencia recurrida en base al principio de autonomía de la voluntad y dentro de un concurso público, el contrato suscrito entre recurrente y Fercaber era un contrato a precio cerrado que se encontraba totalmente pagado con las 22 certificaciones incorporadas a autos junto a sus medios de pago.

**SEGUNDO** .- *Hechos probados que se declararon en la sentencia de la Audiencia Provincial* .

«a) Como antecedentes:

»1.º La concertación entre Fercaber e IMS que tenía por objeto la construcción de 148 viviendas (Promoción 3834).

»2.º La emisión de hasta veintidós certificaciones, que fueron pagadas por IMS sin reparo alguno, la mayoría de las cuales fueron endosadas a Banesto y percibidas por éste, y otras entidades bancarias, que igualmente resultaron pagadas.

»3.º En ninguna de esas veintidós certificaciones se recurrió a la toma de razón, siendo presentadas en el IMS y éste, tras su tramitación interna, las fue haciendo efectivas.

»4.º La existencia de una póliza de descuento o anticipo de créditos mercantiles entre Fercaber y Banesto, en cuyo marco se endosaron o cedieron la mayoría de las certificaciones a que se hace anterior referencia.

»b) En relación al crédito reclamado en este proceso:

»1.º) La preparación por Fercaber de la liquidación final de la obra, de la que, según ella, se derivaba un crédito de 1.709.038,71 euros, que con el IVA al 7%, ascendía a un total de 1.760.309,87 euros (conjunto documental aportado por la administración concursal de Fercaber -folios 1071 y siguientes).

»2.º) La emisión de una factura (la n.º 5651/08) por ese importe, dándole como concepto certificación n.º 23, con fecha 12 de marzo de 2.008, presentada al IMS en fecha 17 del mismo mes y año. Es el documento n.º 5 de la demanda, y de él se extrae la estampación de esta última fecha en la parte superior derecha y del sello del IMS en la esquina inferior derecha. Esta presentación se acredita igualmente por el conjunto documental aportado por la administración concursal de Fercaber, cuya custodia impediendo aleja toda sospecha sobre la autenticidad de tal documentación.

»Conviene precisar que la referida certificación n.º 23 no llegó a existir como tal, esto es con aprobación de la dirección facultativa y de la propiedad, sino que en realidad se refería a la propuesta de liquidación final que hacía la constructora.

»3.º) La cesión del crédito a que aludía tal factura, efectuado por Fercaber a Banesto el 14 de marzo de 2.008 (documento n.º 10 de la demanda) y que motivó el correspondiente ingreso en la cuenta de Fercaber con efecto 18 de marzo.

»4.º) La notificación de la cesión efectuada el 26 de noviembre de 2.008 por Banesto, concretamente por una empleada llamada Amanda , poniendo el que era y es contable de IMS, D. Dionisio , en esa fecha el recibí y estampando su firma en el anverso (documento n.º 10 de la demanda).

»5.º) La presentación en el IMS en esa misma fecha y por la misma empleada de Banesto del ejemplar original de la factura 5651/08, en cuyo reverso constaba la cesión o endoso, siendo devuelto al Banco, en fecha posterior no determinada, con, al menos, la firma en el dorso, parte inferior derecha, del que era y es gerente del IMS y representante legal de dicho Instituto.

»Bajo la firma consta la siguiente leyenda "toma de razón del presente endoso a favor de Banco Español de Crédito, S.A., Certif. n.º 23 de las obras de construcción de 148 viviendas v.p.p. PAU 4 en Móstoles. Importe 1.760.309,87.- euros".

»Este texto fue puesto por la empleada del Banco Dña. Amanda , afirmando que eso lo hizo antes de dejar el original de la factura en el IMS.



»El día antes de su presentación en el IMS, el documento fue presentado en la notaría de D. Miguel Ángel Rodríguez García, obteniendo el Banco una copia autenticada del mismo, en cuyo momento lo único que faltaba era la leyenda de toma de razón y la firma de D. Jose Ramón .

»c) Reclamaciones posteriores.

»Una vez el documento en poder del Banco, con la firma del gerente del IMS, y ante el impago del crédito,

»1.º Se requirió telefónicamente al IMS el pago, en junio de 2.009 y se reiteró el 7 de septiembre de dicho año, con remisión de la factura en la que constaba el endoso o cesión y la toma de razón, según se deduce de las manifestaciones del gerente del IMS efectuadas en el acta notarial de 1 de febrero de 2.010 (documento 12 de la demanda).

»2.º En esa fecha de 1 de febrero de 2.010, y por ese conducto, D. Jose Ramón manifestaba que "no teniendo conciencia de que el requirente haya firmado dicha toma de razón" y no correspondiéndose la factura con ninguna recibida en el IMS, no existiendo la certificación n.º 23, reconocía que la deuda con Fercaber ascendía a 429.483,89 euros, y requería la exhibición del original, la realización de una prueba pericial caligráfica sobre la toma de razón, además de la aportación de otros extremos como fecha de contabilización de la toma de razón, las identificación de la persona que obtuvo esa firma, la de la persona que firmó el endoso por Fercaber y la fecha en que Banesto tuvo conocimiento de la declaración de concurso de la constructora.

»3.º El requerimiento fue contestado por Banesto el 4 de febrero, accediendo a la exhibición, con fines periciales caligráficos, de la factura en que constaba la toma de razón, siendo efectivamente examinada por la perito grafóloga Dña. Jacinta , según declaró ésta en juicio.

»4.º El 1 de diciembre de 2.010, D. Jose Ramón vuelve a requerir notarialmente a Banesto, reclamándole la exhibición de otra documentación para poder completar el dictamen pericial grafológico. El requerimiento fue contestado el 3 de dicho mes y año, accediendo a la nueva exhibición documental, señalando para ello el 14 de diciembre, y en cuanto al resto de cuestiones, al no afectar a la prueba caligráfica, se denegó la contestación, si bien se reiteraba que una vez se dispusiera del dictamen pericial se le hiciera llegar una copia (documento 13 de la demanda).

»5.º El 14 de diciembre no compareció la perito, levantándose acta notarial (documento 15 de la demanda).

»6.º El 28 de diciembre de 2.010, el IMS remitió a Banesto burofax, en el que se decía que la contestación al requerimiento notarial de 1 de diciembre le había llegado tardíamente, y proponía nuevas fechas en enero de 2.011 para el examen pericial del documento cuestionado (documento 30 de la contestación). No hubo respuesta, interponiéndose la demanda en fecha 23 de marzo de 2.011.

»d) Negociaciones entre IMS y Fercaber para la fijación del saldo o liquidación final del precio de la obra:

»Una vez presentada por Fercaber la liquidación final, se produjeron los siguientes actos:

»1.º- El 10 de julio de 2.009, el director del departamento técnico del IMS, D. Patricio , remitió a D. Teodosio , director de producción de Fercaber, una contrapuesta de liquidación (documento 13 de la contestación). Según ésta, el resto pendiente era de 429.483,88 euros.

»2.º- Contestó D. Teodosio el 18 de julio, oponiéndose, cuando menos por dos cuestiones: los precios contradictorios y el importe del modificado, partidas que representaban 35.147,63 euros y 57.941,85 euros. Ateniéndose a ello, el precio restante sería de 522.573,34 euros. Reclamaba una reunión con el director del departamento técnico del IMS (documento 14 de la contestación).

»3.º- El 25 de noviembre de 2.008 nuevamente D. Patricio remitió carta a D. Teodosio con otra propuesta de liquidación (documento 15 de la contestación).

»4.º- El 28 de diciembre de 2.009, D. Patricio remite al administrador concursal de Fercaber D. Ángel Daniel la liquidación de obra que el IMS consideraba correcta, coincidente con la remitida en fecha 10 de julio de 2.008 (documento 16 de la contestación)».

### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**TERCERO.-** Motivo primero. Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , del art. 40 de la LEC y del art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con la existencia de prejudicialidad penal no acordada.

Se alega en relación con la existencia de prejudicialidad penal no acordada, entendiéndose que en el presente caso se ha acreditado la existencia de causa criminal en la que se está investigando como hecho de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenta las pretensiones de las partes en el proceso civil, de forma



que la decisión del tribunal penal tendrá trascendencia e influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil, procediendo la suspensión del procedimiento civil al tratarse de una posible comisión delictiva relativa a uno de los documentos aportados.

**CUARTO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

La parte recurrida ha aportado la resolución por la que queda definitivamente archivada la querrela interpuesta por el hoy recurrente y que fundaba la cuestión prejudicial penal, de lo que se dio traslado a la parte recurrente sin que deseara efectuar alegaciones.

**QUINTO** .- Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 407 en relación con los arts. 400 y 408.2 de la LEC , así como vulneración del art. 406.3 de la misma Ley . Inadmisión de la reconvencción formulada por esta parte.

Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 12 de la LEC . Existencia de litisconsorcio pasivo necesario que fue desestimada.

Se alega en relación con la reconvencción formulada junto con la contestación a la demanda en la que se planteaba la nulidad del documento en el que se funda la pretensión de la actora, al tener relación directa y constituye un hecho con trascendencia en la resolución del presente procedimiento.

Se opone también en relación con la existencia de litisconsorcio pasivo necesario que fue desestimada en relación a la solicitada presencia en el procedimiento de la persona jurídica emisora de la factura (Fercaber) cuya nulidad se pretendía en la reconvencción.

**SEXTO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestiman los motivos.

En relación con la reconvencción se declara en los fundamentos de derecho segundo a cuarto, lo siguiente:

« **SEGUNDO**.- Tal exposición preliminar es suficiente para poder examinar la impugnación de las resoluciones que inadmitieron la reconvencción.

»Y, en este sentido, el recurso contra tales resoluciones debe ser desestimado.

»En efecto, la reconvencción implica, necesariamente, el aumento del objeto procesal, de manera que, mediante aquélla, el demandado deduce una pretensión independiente y autónoma frente al inicial demandante, de modo que el proceso se integra, a partir de ese momento, con las pretensiones entrecruzadas.

»Si, mediante la reconvencción, no se logra, por no ser apto su objeto, ese incremento, no resultaría admisible, sencillamente porque no se compaginaría el fin propuesto por el autor del acto con el que la ley le asigna. Y no debe olvidarse que los actos procesales están sujetos a una causa típica, expresada de manera explícita o implícita en la ley, de manera que las partes no pueden alterarla.

»Esta es, expresada de otra forma, la razón determinante que llevó a la Juez de Primera Instancia a inadmitir la reconvencción, porque ciertamente la nulidad de la factura aludida ya se había opuesto como excepción de fondo o defensa por la demandada frente a la pretensión actora.

»Es cierto que no pocas consecuencias jurídicas derivadas de hechos impositivos, extintivos o excluyentes, pueden tanto oponerse como defensa frente a una pretensión, como integrar, a su vez, una pretensión independiente.

»Más cuando se trata de hacer valer aquellas consecuencias a través de una acción meramente declarativa, ha de cumplir los requisitos que definen esa clase de pretensiones, que son presupuestos de su admisibilidad.

»**TERCERO**.- Mediante la acción meramente declarativa se pretende conseguir la certeza sobre la existencia o inexistencia de un determinado hecho, acto, negocio o situación con relevancia jurídica.

»Por eso tiene una eficacia limitada a la sola declaración, sin posibilidad alguna de ejecución, produciendo sus efectos ex tunc, esto es, desde que efectivamente se produjera o se extinguiera el que sea el objeto de la declaración.

»Más como esa creación o extinción se ha producido fuera del proceso, sólo es admisible la acción declarativa cuando el titular justifica un interés específico en la declaración.

»Si tal interés queda ya cubierto por otra vía, la acción merodeclarativa no estaría justificada.

»Y eso es lo que ocurre en este caso.





»La demandada tiene cubierto su interés con la oposición, pues si se considerase nula la factura (más bien, el negocio jurídico que a su través se vislumbra), se vería absuelta de la demanda, sin ninguna otra repercusión en su patrimonio.

»Por lo demás, así lo viene a reconocer al fundamentar su recurso de reposición, al decir que "esa parte compartiría el fundamento y decisión adoptada por el Juzgado y no hubiera formulado reconvenición, si la factura cuya nulidad se insta hubiera sido emitida por la mercantil demandante Banesto, y no por un tercero, en este caso Fercaber".

»Así pues, la verdadera intención y propósito de la reconvenición es lograr la entrada en el proceso de la que aparece como cedente del crédito.

»Ahora bien, con independencia de que siempre le quedó a salvo a la demandada la posibilidad de instar un proceso contra ésta y la ahora demandante sosteniendo la inexistencia del crédito objeto de la cesión, que le fue extrajudicialmente reclamado de manera reiterada, no es preciso, en este proceso la entrada de la cedente, quedándole a la demandada incólumes sus posibilidades de defensa.

»CUARTO.- En efecto, la forma en que se propone la reconvenición está, en la propia concepción de la demandada, ligada a la posible existencia de un litisconsorcio necesario para poder obtener la declaración de nulidad de la factura.

»Ahora bien, se ha de hacer una primera precisión. La factura, en sí, no es un acto jurídico, al menos autónomo o independiente, sino expresión de un crédito que el emisor de la misma afirma tener frente a aquel a quien se la remite. En realidad, es el concepto real por el que se factura el expresivo del crédito. Por tanto, la única discusión jurídicamente admisible es si existe o no el crédito que se afirma cedido, y en base al cual reclama la demandante.

»Dicho esto, y prescindiendo por ahora de la posible eficacia y significado de la denominada "toma de razón", cuando se cede un crédito, al deudor cedido le es irrelevante tal negocio jurídico que justifica la cesión. Únicamente, se tutela un interés específico del cedido en el caso de que el crédito tenga la consideración de litigioso ( artículo 1.535 del Código Civil ) y ello no tanto porque se trate de negar la eficacia plena de la cesión, sino para evitar conductas inmorales de especulación con créditos sujetos ya a su exigencia judicial.

»Pero, no siendo litigioso el crédito al tiempo de su cesión, no se requiere ni el consentimiento ni aun siquiera el conocimiento del deudor, y por ello, éste se puede defender frente al cedente de la misma manera que se hubiera podido defender frente al cedente, es decir, de la misma manera que si no hubiera existido la cesión.

»Si en el proceso entre cesionario y deudor se llega a la conclusión de que el crédito no existió, o que, existiendo, era por menor importe, es una declaración que, en principio, ni aprovecha ni perjudica al cedente, contra el cual, en base a la relación interna que haya mediado entre él y el cesionario, se le podrá reclamar o no por éste, y defenderse aquél frente a tal reclamación. En suma, cuando hay cesión de crédito van en paralelo dos relaciones jurídicas: la inicial, entre deudor y acreedor, de la que nace el crédito cedido, y la interna entre cedente y cesionario, en virtud del negocio jurídico que justifica entre ellos la cesión, que tienen una disciplina jurídica diferente».

En base a lo expuesto se declaró que no era necesario la admisión de la reconvenición, dado que la demandada podía oponer frente al cesionario (Banco) cualesquiera motivos de oposición que tuviese contra el cedente (Fercaber). Por tanto, no era necesario reconvenir contra un tercero (Fercaber), para propiciar su entrada como litisconsorte en base al art. 407 LEC .

Por la misma razón, no siendo admisible la reconvenición, tampoco era necesario la llamada de Fercaber como litisconsorte.

**SÉPTIMO** .- Motivo cuarto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.3.º, se denuncia vulneración de lo dispuesto en los arts. 281 y 283 (este último *contrario sensu* ), en relación con el art. 328, todos ellos de la LEC , por haberse denegado indebidamente determinada prueba en la primera y en la segunda instancia.

Se opone el motivo por haberse negado indebidamente determinada prueba en la primera y la segunda instancia, en relación con los justificantes de las retenciones practicadas por Banesto respecto del descuento de la factura aportada como documento número cinco de la demanda o la certificación número 23, que acreditarían que no se practicaron retenciones porque el descuento se realizó para cubrir un descubierto en cuenta.

**OCTAVO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.



La prueba que entiende que se le inadmitió indebidamente, lo fue por no considerarla relevante en orden al resultado del procedimiento, por ello la rechazó el juzgado, la Audiencia Provincial y ahora sigue sin explicar debidamente la relación que tenga el descuento, las retenciones o el cargo en el adeudo en un descubierto, con el resultado del procedimiento.

**NOVENO** .- Motivo quinto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 218.1, en relación con el art. 265.1, ambos de la LEC . Falta de congruencia de las sentencias al estimar la demanda sin que se hubieran aportado, en un primer momento, los documentos en los que la demandante fundaba su derecho y, posteriormente, argumentar que es irrelevante para el cedido la relación entre el cedente y el cesionario, cuando lo que se discute es la nulidad o no del título que incorpora del derecho de crédito.

Se plantea el motivo por falta de congruencia de las sentencias al estimar la demanda sin que se hubiese aportado, en un primer momento, los documentos en los que la demandante fundaba su derecho y posteriormente argumentar que es irrelevante para el cedido la relación entre el cedente y el cesionario, cuando lo que se discute es la nulidad o no del título que incorpora el derecho de crédito.

**DÉCIMO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Entiende el recurrente que faltaban hojas de la póliza de descuento, defecto que se subsanó en la audiencia previa y ello pretende ponerlo en relación con la existencia de una incongruencia. Debe rechazarse radicalmente el presente motivo, en cuanto en la sentencia se da respuesta a lo planteado por las partes ( art. 218 LEC ).

**UNDÉCIMO** .- Motivo sexto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º, se denuncia vulneración de lo dispuesto en el art. 218.1 de la LEC , por haberse excluido del proceso de fundamentación de la sentencia (fundamento noveno de la sentencia) hechos relevantes para la resolución de las pretensiones de las partes, y sobre los cuales se practicó prueba.

Se plantea por haberse excluido del proceso de fundamentación de la sentencia hechos relevantes para la resolución de la *litis* entre las partes y sobre los cuales se practicó prueba, todo ello en relación a que la toma de razón incorporada al endoso sobre la certificación inexistente constituye un acto propio del recurrente.

En concreto alega el recurrente que la sentencia no se pronuncia sobre:

1. La relación jurídica entre el cedente y el cesionario.
2. El procedimiento interno de IMS para tramitar los créditos y deudas.
3. La cuestión de si la firma del gerente del IMS en la toma de razón era un visé o una firma completa.

**DUODÉCIMO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

No concurre falta de exhaustividad en la sentencia recurrida dado que en la misma se concreta:

1. Que la relación entre cedente y cesionario es la cesión de un crédito, a través de un contrato de descuento de una factura.
2. Que el protocolo interno fue tratado en la sentencia, la que declaró:

«En primer término, la tan traída y llevada diferenciación entre las firmas usadas por D. Jose Ramón , distinguiendo entre su firma completa -que dice usar para los asuntos de importancia- y la firma abreviada, que denomina la demandada como "visé", y que sería usada sólo a efectos internos, es cuestión que sólo en ese ámbito interno puede tener repercusión, pero no se traslada hacia los terceros cuando el documento firmado por aquél sale del Instituto. Sea una u otra la firma, lo cierto, y reconocido, es que D. Jose Ramón firmó al dorso del documento núm. 11 de la demanda, y de la estampación de su firma -reconocida y averada por la perito de la demandada- deberemos extraer las oportunas consecuencias.

»Del mismo modo cuál sea el procedimiento interno del IMS para tramitar los créditos y deudas, es cuestión inoponible al acreedor. Por la misma razón que se acaba de expresar, son cuestiones internas referidas a la forma en que se organiza la demandada, que son irrelevantes, desde la óptica del derecho privado, en el que el propio Instituto, por voluntad de su creador, se ha situado».

3. Que la firma del gerente se plasmó en la toma de razón. Por ello la sentencia declara:

«Conviene, ante todo, precisar que la denominada toma de razón no tiene nada de irregular, desde el punto de vista de la conducta de la demandante. Ésta, en defensa y garantía de su crédito, presentó al IMS la factura con



el endoso y le fue devuelta con la indicada toma de razón. Si hubo alguna irregularidad es puramente interna, y por tanto imputable a la propia demandada, que no puede alegar frente a terceros el incumplimiento de sus protocolos internos, si es que tal incumplimiento se produjo.

»Por lo demás, con la toma de razón, y la apariencia de conformidad que transmite, la acreedora podía pensar justamente lo contrario: que existía conformidad de la deudora con la cifra que constaba en la factura».

**DECIMOTERCERO** .- Motivo séptimo. Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º de la LEC, por vulneración del art. 24.1 de la CE, al incurrir en error patente o, bien, en irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba practicada en autos y relativa a si la toma de razón constaba o no incorporada al documento con anterioridad o con posterioridad al visé de D. Jose Ramón .

En definitiva viene a alegarse que se produce error notorio en la valoración de la prueba al entender que la firma del gerente era un mero visé a un documento y sin que ello supusiese reconocimiento de deuda alguno.

**DECIMOCUARTO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

En el FDD undécimo, de la sentencia recurrida consta:

«DECIMOPRIMERO.- Partiendo de la innegable realidad de la cesión y de su notificación a la deudora, se ha de considerar ahora si el gerente firmó la toma de razón, y, después, el significado que pueda tener.

»Pues bien, lo primero está también sólidamente acreditado.

»No se niega por D. Jose Ramón que firmó al dorso del documento n.º 11, y hemos dicho que el uso de una determinada firma es irrelevante. Por lo demás, ni en la contestación a la demanda, ni en la reconvención inadmitida, se ha alegado el error en el consentimiento, (ciertamente difícil de explicar en el máximo responsable del Instituto), pues en lo que se basa la demandada es en la falsedad de la causa de la factura, por la alegada, y rechazada, razón de referirse a una inexistente certificación.

»Lo que se cuestiona es que la indicada toma de razón no estaba puesta antes de la firma del gerente al dorso del documento n.º 11.

»Tal afirmación está indemostrada. La perito concluyó que es imposible determinar si la leyenda de la toma de razón se puso antes o después de la firma.

»En todo caso, del hecho de ser una "fotocomposición", en terminología de la perito, no cabe deducir nada.

»El documento n.º 11, en su reverso, por su propia naturaleza, no pudo ser confeccionado en unidad de acto: en él se van incorporando declaraciones de conocimiento y de voluntad de forma sucesiva.

»Por lo demás, la ausencia de máquinas de escribir, hace que si se tiene que añadir a un documento previo alguna mención, se haya de recurrir a esa forma de confección, añadiendo, mediante fotocopia de un texto, la mención precisa al documento original.

»Lo relevante no es la forma en que se haya redactado o en la que se hayan ido incorporando menciones, sino si el texto que finalmente se contiene responde o no a la realidad, y, si entraña una declaración de voluntad, que se corresponda con la realmente querida por quien aparece como su autor.

»De la declaración en juicio de D. Jose Ramón (sobra decir que, revisada, como las demás, por el visionado de la grabación), resulta que, tras reconocer la firma, añade que no recordaba cuándo firmó, pero no niega que constara el texto de la toma de razón, aunque se muestra dubitativo para decir que está "casi seguro" de que no estaba, y que entiende que firmó el documento como un "recibí", para luego recalcar que el documento se tenía que haber presentado en el departamento técnico y no en el económico.

»Pues bien, por un lado, la respuesta dubitativa o evasiva no puede sino perjudicar a quien así lo hace ( artículo 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) y aunque no se aplique la sanción que prevé este precepto, pues no hubo la advertencia específica que exige, esas contestaciones ponen de manifiesto lo siguiente:

»1.º - Que no podemos dar por probado que el texto de la toma de razón se pusiera después de la firma. Ninguna prueba lo adviera de manera concluyente, y es a quien sostiene esa posterioridad a quien corresponde probarla.

»2.º - Que, si no estaba el texto, quedaría inexplicado por qué el máximo cargo del Instituto había de firmar al dorso del documento, decaendo, por su inconsistencia, la razón dada de firmarlo como un simple recibí, pues para recibir documentos están otros servicios y otros funcionarios.

»3.º - Que el solo hecho de presentar un documento en un servicio que, a efectos internos no es el correcto, una vez aceptado el documento por el organismo, a él solo le incumbe trasladarlo al que corresponda.



»Lo que fluye es que el representante del IMS firmó la toma de razón, que era, además, la finalidad para la que se presentó el tan citado documento, como lo revela también que en las actas notariales aportadas no se negara la misma, sino la firma, y como lo revela que no hubiera un reacción inmediata ante las reclamaciones del Banco (se tardan ocho meses en contestar de un modo fehaciente, desde que se hace la primera reclamación en junio de 2.009- hasta el acta notarial de 1 de febrero de 2.010) y aun así no se niega la toma de razón, ni la especial trascendencia que le daban los interesados, diciendo sólo no ser consciente de haber firmado, cuando lo indubitado desde luego es el hecho de la firma.

»En conclusión, la firma del gerente al dorso del documento en el que ya constaba la cesión, no tiene otro significado, en el contexto que se ha explicado, que completar la toma de razón».

Del texto transcrito se aprecia la existencia de una valoración lógica de la prueba practicada, limitándose la parte recurrente a aportar su propia valoración; legítima, pero que no desvirtúa, la practicada en sede de apelación.

En resumen, en la sentencia recurrida se declara probado que el gerente del IMS sabía que firmaba la toma de razón de una factura, que la presentaba el Banco, por lo tanto, para poder negociarla (había sido descontada) y que la presentación de la factura al gerente (máximo cargo del Instituto), que la firma con toma de razón, la dotaba de «una apariencia de conformidad».

**DECIMOQUINTO** .- Motivo octavo. Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º de la LEC, por vulneración del art. 24.1 de la CE, al incurrir en error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba relativa al precio de la obra y, consiguientemente, a la existencia del crédito reclamado y supuestamente incorporado a una certificación inexistente. Y ello por cuanto no otorga, sin razón alguna para ello y por un mero voluntarismo, la misma fuerza probatoria a las pruebas aportadas por esta parte que a las pruebas aportadas por Banesto. Y además, incomprensiblemente y al margen de toda lógica, afirma que esta parte no se ha ocupado de acreditar la inexistencia del crédito cuando consta que los propios técnicos de Fercaber reconocieron que la deuda, a lo sumo tan solo podía ascender a 522.573,34.-?.

Se alega que los directivos de Fercaber reconocieron que la deuda de IMS con Fercaber era inferior a la expresada en la factura, cuyo importe reclama Banesto.

**DECIMOSEXTO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

El motivo del recurso se ha de valorar a la luz de si la valoración probatoria en este extremos es ilógica o absolutamente irrazonable.

La sentencia recurrida parte de una cantidad cierta que es la que figura en la factura cedida por Fercaber a Banesto y visada por el gerente del IMS.

Frente a ello consta:

- a) IMS al contestar a la demanda solo reconoce 429.483,88 euros que es la cantidad que aceptan los servicios técnicos de IMS.
- b) Fercaber, a través de sus directivos, en junio de 2008, reconoce que IMS tan solo les adeudaba 522.573,34 euros.
- c) IMS, en noviembre de 2008, suscribe la toma de razón por el total importe de la factura (1.760.309,87 euros) cedida a Banesto, por lo que esta paga su importe al endosante Fercaber.

Con estas premisas en la sentencia recurrida se declara a los folios 10, 13, 25 y 26 que no se aprecia acuerdo entre IMS y Fercaber en las cantidades adeudadas. Que IMS no practica prueba para acreditar los pagos y cobros pendientes. Que las negociaciones que IMS y Fercaber hiciesen tras la notificación en noviembre de 2008 de la cesión de crédito efectuada por Fercaber a Banesto, no eran oponibles a este banco.

En suma, en la sentencia recurrida, se declara que IMS acepta la notificación de una cesión de crédito y toma razón de la misma, tras lo cual induce a una apariencia de confianza a Banesto que procede al pago a Fercaber.

**Recurso de casación.**

**DECIMOSÉPTIMO** .- Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 4.77.2.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 1261 y concordantes del Código Civil, así como de los arts. 17 y 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y de la jurisprudencia existente en relación con la naturaleza y los efectos jurídicos de la transmisión de derechos de crédito y de la transmisión de créditos.



Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 1095 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el art. 1089 del mismo texto legal , así como lo dispuesto en el art. 1175 del referido Código y el art. 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque .

Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 1175 del Código Civil , 24 y 17 de la Ley Cambiaria y del Cheque .

Se alegó:

a) infracción de lo dispuesto en el artículo 1261 y concordantes del Código Civil , así como los artículos 17 y 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque , y de la jurisprudencia existente en relación con la naturaleza y los efectos jurídicos de la transmisión de derechos de crédito y de la transmisión de créditos, todo ello en relación con que la factura emitida, endoso y la toma de razón en las que se fundamentó la demanda son nulos de derecho por falta de objeto y causa, ya que nunca existió la certificación 23 que debía ser el objeto y causa de la factura, endoso y la toma de razón; b) infracción a lo dispuesto en el artículo 1095 , 1089 y 1175 del Código Civil y el artículo 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque , por cuanto si se entiende que el endoso se produjo respecto una certificación inexistente, y que factura tenía también un concepto inexistente o falso, el propio negocio jurídico de cesión de crédito, sería nulo de pleno derecho al no tener título para accionar contra el recurrente; c) infracción de los artículos 1175 del Código Civil y artículos 17 y 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque , todo ello en relación con la falta legitimación activa del actor al fundamentar su pretensión en que Fercaber le endosó la factura aportada como documento número cinco, cuando realmente lo que le endosó fue lo que la propia Audiencia Provincial declara como inexistente, certificación de obra número 23.

**DECIMOCTAVO** .- Respuesta de la Sala.

Se desestiman los tres motivos.

En primer lugar, destacar que no procede analizar las infracciones de las normas de la Ley Cambiaria, que por primera vez se invocan y que incluso en la contestación a la demanda se refirieron como no aplicables, dado que es una cuestión nueva, no debatida en la instancia y que, por tanto, no cabe analizar su estudio al no haber sido objeto de previo debate.

La parte recurrente insiste en que la certificación núm. 23 no existió y que por tanto nada podía reclamarse ni endosarse.

En la sentencia recurrida se declaró que se cedió un crédito (no una certificación), el que Fercaber tenía contra IMS, representado por una factura cedida por Fercaber, que Banesto presentó en IMS, fue visada por el departamento de contabilidad de IMS y suscrita con toma de razón por el gerente de IMS ( art. 1526 C. Civil ), cesión que fue notificada, por tanto, a IMS.

Es inexplicable que la recurrente alegue que el crédito era inexistente, cuando ella misma lo aceptó, al contestar la demanda, como cierto, si bien por menos cantidad, como hemos dicho en el FDD decimosexto de la presente sentencia.

Por tanto Banesto, tenía legitimación al contar con una cesión de crédito, representada en una factura, debidamente descontada por Fercaber y con toma de razón por IMS.

Igualmente cabe declarar que en los tres motivos se citan, sin desarrollo adecuado, infinidad de preceptos, algunos de los cuales no guardan relación con el tema en litigio y sin concretar la infracción que haya podido cometer la sala de apelación.

En concreto el art. 1095 del C. Civil no guarda conexión y nada alega sobre el art. 1175 del C. Civil que en realidad se refiere a la dación en pago (cuestión que aquí no se debate).

La cita indiscriminada de preceptos, tal y como ha reiterado la jurisprudencia ( sentencias 2 de julio de 2009 , 19 de julio de 2010 , 24 de septiembre de 2010 , 14 de abril de 2011 y 8 de noviembre de 2011 ), está incurso en defecto procesal de planteamiento pues no es función de esta Sala averiguar en cuál de ellas se haya la infracción, sino que es la parte recurrente la que debe concretar la norma que considera infringida y expresar exactamente en que consiste la infracción.

**DECIMONOVENO** .- Motivo cuarto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción de la doctrina de los actos propios, por ausencia de aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 1989 , relativa a los efectos meramente internos de la toma de razón.

Se alega infracción de la doctrina de los actos propios.

**VIGÉSIMO** .- Respuesta de la sala.



Se desestima el motivo.

Procede desestimar por deficiente formulación del motivo, al no invocar precepto sustantivo e invocar doctrina jurisprudencial que no pertenece a esta Sala.

**VIGESIMOPRIMERO** .- Motivo quinto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 y 477.2.2.º, se denuncia infracción del ordenamiento jurídico por indebida aplicación del art. 1528 CC y por ausencia de aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3 de octubre de 2000 y de 17 de mayo de 2004, todo ello relativo a que, en el caso del endoso de certificaciones de obra, y como excepción al régimen general, el legitimado para reclamar los intereses del crédito cedido es el cedente del mismo y no el cesionario.

Alega el recurrente que de acuerdo con la doctrina de la Sala 3ª del TS, Banesto como endosatario no puede reclamar los intereses, estando legitimado tan solo el endosante Fercaber.

**VIGESIMOSEGUNDO** .- Respuesta de la sala.

Se desestima el motivo.

Esta cuestión no fue estimada en la sentencia recurrida, al considerarla una cuestión nueva, por lo que esta sala debe dar la misma respuesta, al no haber sido sometida a debate en la contestación a la demanda.

También esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia ( SSTS 28 de mayo de 2004, RC n.º 2171/1998 ; 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001 y 3 de diciembre de 2009, RC n.º 2236/2005 ). Por esta razón, no es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias ( SSTS de 27 de marzo de 2003, RC n.º 1273/1995 ; 1 de febrero de 2000, RC n.º 1400/1995 ; 10 de julio de 1996, RC n.º 3108/1992 ; 27 de septiembre de 2000, RC n.º 2908/1995 ; 27 de febrero de 2007, RC n.º 287/2000 ; 24 de enero de 2008, RC n.º 5149/2000 y 14 de marzo de 2011, RC n.º 2114/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC n.º 1430/2008 ).

**VIGESIMOTERCERO** .- Motivo sexto. Al amparo de lo dispuesto en los arts. 477.1 y 477.2.2.º de la LEC, por infracción del art. 1597 del Código Civil, como norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del procedimiento.

Alega el recurrente que «era un contrato a precio cerrado que se encontraba totalmente pagado con las 22 certificaciones incorporadas a autos junto a sus medios de pago».

**VIGESIMOCUARTO** .- Respuesta de la sala.

Se desestima el motivo.

Nuevamente debemos decir que es inexplicable que la recurrente alegue que el crédito era inexistente, cuando ella misma lo aceptó, al contestar la demanda, como cierto, si bien por menos cantidad, como hemos dicho en el FDD decimosexto de la presente sentencia, unido a que el art. 1597 del Código Civil no guarda relación con la cuestión litigiosa.

**VIGESIMOQUINTO** .- Desestimados todos los motivos expuestos, se deben imponer al recurrente las costas de ambos recursos ( arts. 394 y 398 LEC ).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º**- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Instituto Municipal del Suelo de Móstoles, contra sentencia de fecha 11 de junio de 2014 de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en las costas de ambos recursos al recurrente. Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.