



Roj: STS 4241/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4241  
Id Cendoj: 28079110012014100532  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 262/2013  
Nº de Resolución: 503/2014  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Octubre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona.

El recurso fue interpuesto por la entidad Álvarez Camacho, S.L., representada por la procuradora María del Ángel Sanz Amaro.

Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Cacaolat, S.A. y la entidad Cacaolat S.A., representada por el procurador Jesús Jenaro Tejada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

1. El procurador Román Villalba Rodríguez, en nombre y representación de la entidad Álvarez Camacho S.L., interpuso demanda de incidente concursal sobre impugnación de lista de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, contra la administración concursal de la entidad Cacaolat S.A., para que se dictase sentencia:

*"por la que se ordene incluir como crédito ordinario la deuda avalada por Cacaolat frente a mi representada."*

2. Los administradores concursales de la entidad Cacaolat, S.A., contestaron a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"por la cual se desestime las pretensiones formuladas de contrario."*

3. El procurador Javier Segura Zariquiey, en representación de la entidad Cacaolat, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"desestimando la impugnación de Álvarez Camacho, S.L., con imposición de costas a dicha parte impugnante."*

4. El Juez de lo Mercante núm. 6 de Barcelona dictó Sentencia con fecha 19 de diciembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Álvarez Camacho S.L., representada por el procurador D. Román Villalba Rodríguez, contra la administración concursal y contra la concursada Cacaolat S.A.*

*Ello con imposición de las costas causadas a la parte demandante."*

### Tramitación en segunda instancia

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Álvarez Camacho, S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Sentencia de fecha 19 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLAMOS: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Álvarez Camacho, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de fecha 19 de diciembre de 2011 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revoca únicamente en el pronunciamiento sobre costas que se deja sin efecto y en su lugar no se hace imposición de las mismas apreciando dudas de hecho y de derecho.*

*No se hace imposición de las costas del recurso y se ordena la devolución del depósito constituido al recurrir."*

### **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

6. El procurador Román Villalba Rodríguez, en representación de la entidad Álvarez Camacho S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) *Infracción del art. 465, núm. 4, párrafo primero, de la LEC , en la redacción dada por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, en relación con los arts. 216 y 426.1 de la LEC .*

2º) *Infracción del art. 24 de la Constitución Española .*

3º) *Infracción del art. 217, núms. 3º y 6º y del art. 385, núm. 1º, de la LEC , en relación con los arts. 9, párrafo 2º y 96, último párrafo, de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y de Cheque ."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) *Infracción del art. 9, párrafo segundo, de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y de Cheque , en relación con el art. 96, último párrafo, de la misma Ley y con el art. 385, números 1 y 3 de la LEC .*

2º) *Infracción del art. 1259, párrafo segundo, en relación con el art. 1727, párrafo segundo, del Código Civil .*

3º) *Infracción de los arts. 281 , 283 y 286 del Código de Comercio ."*

7. Por diligencia de ordenación de 7 de enero de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Álvarez Camacho, S.L., representada por la procuradora María del Ángel Sanz Amaro; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Cacaolat, S.A. y la entidad Cacaolat S.A., representada por el procurador Jesús Jenaro Tejada.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 3 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la sociedad mercantil ÁLVAREZ CAMACHO SL, contra la Sentencia dictada, con fecha 19 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en el rollo de apelación nº 277/2012 , dimanante de los autos de incidente concursal número 575/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona."*

10. Dado traslado, la administración concursal de la entidad Cacaolat S.A., y la representación de la sociedad Cacaolat, S.A., presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Resumen de Antecedentes**

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

En el concurso de acreedores de Cacaolat, S.A., Álvarez Camacho, S.L. solicitó el reconocimiento de un crédito a su favor de 403.677,24 euros. Este crédito lo era por el aval que Cacaolat, S.A. había prestado para garantizar el pago de unos pagarés en los que aparecía como deudor principal **Clesa**, S.L.

**Clesa**, S.L. es la sociedad matriz del grupo, pues ostenta la titularidad de la mayoría de las acciones de Cacaolat, S.A. El otorgamiento de los pagarés por **Clesa** y el afianzamiento de Cacaolat fue fruto de un acuerdo de refinanciación de la deuda de **Clesa** frente a Álvarez Camacho, S.L.

El aval fue firmado, en representación de Cacaolat, únicamente por Horacio , que era en ese momento presidente del consejo de administración de la sociedad.

Con anterioridad a la firma del aval cambiario, el consejo de administración de Cacaolat, en su sesión de 1 de diciembre de 2009, había otorgado poderes a dos directivos, a Horacio y a Elvira . Este apoderamiento les atribuía una serie de facultades para actuar en nombre de la sociedad y vincularla, que debían ser ejercitadas de forma mancomunada, y entre estas facultades se encontraba "afianzar, incluso constituyendo hipoteca, toda clase de obligaciones de terceras personas".

No existió un acuerdo expreso del consejo de administración de Cacaolat que encomendara al Sr. Horacio la firma del aval, ni tampoco se pidió la firma mancomunada de Elvira , directora de administración. No obstante, la firma de los avales por parte del Sr. Horacio fue más una consecuencia de una previa decisión adoptada en el interior de la sociedad Cacaolat, antes que un acto adoptado unilateralmente por este directivo, de tal forma que la Sra. Elvira estaba al corriente de esta decisión. Hasta el momento del reconocimiento de créditos en el concurso de Cacaolat, no se había cuestionado la legitimidad del Sr. Horacio para firmar el aval, ni tampoco existió oposición cuando se ejercitó la acción cambiaria.

2. La administración concursal de Cacaolat, S.A. rechazó la solicitud de reconocimiento del reseñado crédito por considerar que aquellos avales habían sido firmados, en representación de Cacaolat, S.A., únicamente por Horacio que, aunque era presidente del consejo de administración, no estaba facultado para prestar garantías por deudas ajenas sin la intervención mancomunada de Elvira , directora comercial de Cacaolat.

Ante esta negativa, Álvarez Camacho, S.L. reiteró esta pretensión mediante un incidente concursal, que fue desestimado en primera instancia. En su sentencia, el juzgado razona que la entidad demandante no había aportado los pagarés, lo que había impedido la acreditación de la existencia del crédito cuyo reconocimiento se solicitaba. Además, tampoco había quedado acreditado que quien firmó el aval en representación de Cacaolat, el Sr. Horacio , tuviera la debida legitimación para obligar a la sociedad, pues no había recabado la firma de la Sra. Elvira .

3. Recurrida la sentencia en apelación, la audiencia provincial desestima el recurso. En primer lugar reconoce que el juzgado había privado a la demandante del derecho a formular alegaciones frente a las vertidas por las demandadas en sus escritos de contestación. En concreto, el juzgado había rechazado un escrito de la demandante de 14 de noviembre de 2011, en el que, a la vista de los escritos de contestación, se formulaban alegaciones complementarias.

Luego, analiza la normativa aplicable, el art. 233.2.e) LSC, que atribuye la representación de la sociedad al consejo de administración. Aunque el consejo había delegado facultades en el presidente, a quien había apoderado expresamente para la realización de determinados actos, en el caso de afianzar obligaciones de terceras personas, se necesitaba la actuación mancomunada de Elvira . La exigencia de esta actuación mancomunada contribuye a apreciar que la sola firma del Sr. Horacio no obligaba a Cacaolat, S.A.

La sentencia de la Audiencia deja constancia de que en algunas sentencias del Tribunal Supremo se reconoce la validez del aval otorgado por el administrador de la sociedad, aunque los estatutos le impongan limitaciones que no tienen por qué ser conocidas por terceros, siempre que el administrador actúe en el giro o tráfico de la sociedad. Pero esta jurisprudencia, argumenta la audiencia, no es aplicable al caso porque el Sr. Horacio no era administrador sino presidente del consejo de administración, y porque la prestación de avales para garantizar obligaciones de otra sociedad del grupo no constituye un acto propio del giro o tráfico de la empresa.

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

5. *Formulación de los motivos primero y segundo* . El motivo primero se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC , en la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías procesales que determinan nulidad o indefensión. En concreto, denuncian la infracción del párrafo primero del art. 465.4 LEC , porque la sentencia de apelación, si bien apreció la infracción cometida por el Juzgado de Primera Instancia de una norma esencial del procedimiento que afectaba al derecho de defensa del recurrente, no declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia y de las actuaciones sustanciadas por el juzgado en la primera instancia. El recurso argumenta que la audiencia ha vulnerado el reseñado precepto, al haber abordado estas alegaciones, en lugar de acordar la reposición de actuaciones al momento procesal en que fueron rechazadas en primera instancia.

El recurso también argumenta que, aun en el supuesto en que se entendiera que la cuestión podía ser corregida en segunda instancia, la solución hubiera sido la prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 465 LEC , de oír a las partes y practicar las pruebas propuestas, antes de resolver sobre lo alegado.

El motivo segundo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , es decir, en la "vulneración por la sentencia recurrida de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , concretamente de los derechos a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso haya lugar a indefensión, a la defensa y a la contradicción, consagrados en el citado art. 24. 1 y 2 de la Carta Magna , al no haber declarado la nulidad de actuaciones (incluida la sentencia del juzgado) y la reposición de aquellas al momento de la primera instancia en que el propio juzgado cometió la grave infracción procedimental determinante de la vulneración de los precitados derechos constitucionales...".

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

6. *Desestimación de los motivos primero y segundo* . Estos dos motivos denuncian lo mismo, aunque la justificación del recurso extraordinario por infracción moral se pretenda amparar en dos ordinales distintos del art. 469.1 LEC . La audiencia, en su sentencia, apreció que las alegaciones complementarias realizadas por el demandante, a la vista del contenido de la contestación a la demanda, debían haberse admitido, aunque hubieran sido realizadas por medio de un escrito, ya que no existía vista o juicio oral en que poder manifestarlas. La audiencia, para subsanar este defecto, tuvo en consideración estas alegaciones complementarias, pero confirmó la decisión del juzgado mercantil sobre el fondo del asunto, por entender que el Sr. Horacio carecía de capacidad, por sí sólo, para obligar a la sociedad con la firma del aval cambiario para garantizar una deuda de otra sociedad del grupo.

A los efectos del presente recurso, resulta muy relevante que se reconozca que las alegaciones complementarias fueron tenidas en cuenta por la sentencia de apelación, aunque no contribuyeran a cambiar la decisión judicial sobre la cuestión controvertida, y también que ninguno de los hechos alegados en aquellas alegaciones complementarias fueran contradictorios y necesitaran su acreditación mediante la práctica de la prueba. En un caso como este, la subsanación del defecto procesal en que incurrió el juzgado mercantil de no permitir alegaciones complementarias directamente vinculadas con la contestación a la demanda, siempre en el marco de lo que el art. 426 LEC permite en el audiencia previa del juicio ordinario, en la medida en que no consta que estas alegaciones precisaran de la práctica de una prueba específica sobre alguno de los hechos contenidas en dichas alegaciones complementarias, no exigía la declaración de nulidad de todo lo actuado en primera instancia desde que fueron rechazadas aquellas alegaciones, sino que bastaba con admitirlas en segunda instancia y tenerlas en consideración a la hora de dictar sentencia, previa audiencia de la otra parte, para cumplir con lo prescrito en el art. 465.3 LEC . El que la audiencia no hubiera dado oportunidad a los demandados para manifestar lo que estimaran oportuno en relación con aquellas alegaciones complementarias no afecta para nada al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante que quedó satisfecho al admitirse las alegaciones y tomarlas en consideración, al tiempo de juzgar, sin perjuicio de que no se atendiera a lo pretendido por el demandante respecto del fondo del asunto. Por ello, como la forma en que la audiencia subsanó el defecto procesal no ha infringido el derecho a la tutela judicial del demandante, ahora recurrente, ni le ha ocasionado indefensión, resulta irrelevante para justificar la nulidad pretendida con el recurso extraordinario por infracción procesal.

7. *Formulación del motivo tercero* . El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por la "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en cuanto la sentencia recurrida incurren una manifiesta infracción por violación del art. 217.3º y 6º y del art. 385.1 LEC , en relación con los arts. 9 y 96 LCCh ". Al formular el motivo, se añade que la sentencia recurrida, "al haber confirmado la sentencia de primera instancia a pesar de que la misma había incurrido en flagrante infracción de las citadas normas

procesales, reguladoras de la distribución de la carga de la prueba, al hacer recaer sobre mi representada las consecuencias de la falta de acreditación de la existencia de un acuerdo formal del consejo de administración de la entidad concursada, Cacaolat, S.A., por el que se autoriza expresamente a su presidente, Sr. Horacio , para firmar en nombre de dicha sociedad los avales plasmados en los pagarés entregados por Clesa, S.A. a mi representada Álvarez Camacho, S.L., cuando, en realidad, y en virtud de la correcta distribución del onus probandi, esas consecuencias sólo podrían recaer sobre las partes demandadas en este procedimiento incidental concursal, es decir, la administración concursal y la propia sociedad concursada Cacaolat, en el sentido de que la falta de acreditación de la existencia del acuerdo formal de consejo de administración autorizando expresamente la firma de los avales por su presidente no podía perjudicar a mi representada, no obligada a tal prueba y favorecida además por la presunción legal de existencia de dicha autorización".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**8. Desestimación del motivo tercero .** El motivo debe desestimarse porque en este caso no se han aplicado las reglas de la carga de la prueba que se denuncian infringidas. Esto es, no ha existido ninguna infracción de las reglas de la carga de la prueba, porque no se ha cumplido el presupuesto legal para su aplicación, ya que el tribunal no ha considerado respecto de alguno de los hechos relevantes alegados por las partes que tuviera duda sobre su acreditación. Como recuerda la Sentencia 333/2012, de 18 de mayo , "las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria".

En realidad, el motivo denuncia que la sentencia de primera instancia ha incurrido en este defecto procesal y, por ende, la audiencia al desestimar el recurso de apelación. Pero que el juzgado, por alguna de las afirmaciones contenidas en su demanda, pudiera haber dado a entender que aplicaba las reglas de la carga de la prueba, no justifica que la audiencia haya hecho lo mismo. Propiamente, la sentencia recurrida no ha infringido las reglas de la carga de la prueba, porque no ha acudido a ellas para declarar los hechos probados, sino que las conclusiones fácticas sobre las que se basa su enjuiciamiento se apoyan en la valoración de la prueba practicada. La sentencia de apelación concluye que el Sr. Horacio no estaba facultado para obligar a la sociedad al firmar el aval, a la vista de la prueba practicada, en la que consta el contenido de la delegación de facultades y su alcance.

### Recurso de casación

**9. Formulación del motivo primero .** El motivo denuncia la infracción, por interpretación errónea y por no aplicación, del párrafo segundo del art. 9 LCCh , en relación con el art. 96 LCCh y del art. 385.1 y 3 LEC . La sentencia recurrida contraría la jurisprudencia, según la cual el párrafo segundo del art. 9 LCCh contiene una presunción, que admite prueba en contrario, conforme a la cual, cuando la firma puesta en una letra de cambio o un pagaré lo hubiere sido en nombre de una sociedad, expresándolo así en el título, por quien ostentare la condición de administrador de la compañía, el mero hecho de su nombramiento como tal, sin necesidad de ninguna otra condición, será bastante para presumir que al plasmar la firma contaba con autorización suficiente para tal acto.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**10. Desestimación del motivo primero .** Resultan de aplicación al pagaré, en virtud de la remisión prevista en el art. 96 LCCh , las disposiciones relativas a las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en el art. 9 LCCh . Este precepto, en su párrafo primero, prevé que " *todos los que pusieren firmas a nombre de otro en letras de cambio deberán hallarse autorizados para ello con poder de las personas en cuya representación obraren, expresándolo claramente en la ante firma* ". Y en el párrafo segundo, especifica que "(s) e presumirá que los administradores de compañías están autorizados por el sólo hecho de su nombramiento".

Esta presunción alcanza a las declaraciones cambiarias emitidas, en nombre de la sociedad, por los administradores titulares del poder de representación (orgánica). En un supuesto como el presente, en que el órgano de administración de la sociedad (Cacaolat) adopta la forma de consejo de administración, la atribución del poder de representación se rige por la regla prevista en la letra d) del art. 233.2 LSC: " *el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente* ". No obstante, la propia norma también permite que los estatutos puedan " *atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto* ". No es este el caso de Cacaolat, S.A., pues el art. 15 de sus estatutos

sociales dispone que " *el poder de representación corresponde al consejo de administración, que lo ejercerá colegiadamente* ".

Es cierto que el propio art. 233 LSC prevé que pueda haber una delegación de facultades por parte del consejo a uno o varios miembros: " *cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación* ". Pero el Sr. Horacio no había recibido el poder de representación mediante una delegación de facultades por parte del consejo.

De tal forma que, en nuestro caso, la titularidad del poder de representación venía atribuida al consejo, que debía ejercerlo colegiadamente. Propiamente, el Sr. Horacio , aunque era presidente del consejo de administración, no tenía atribuido ni legal, ni estatutariamente, ni por acuerdo de delegación de facultades del consejo, el poder de representación de la sociedad, razón por la cual no podía operar la previsión que se denuncia infringida del art. 9 LCCh .

Lo anterior no impide que el consejo pudiera, como de hecho hizo en su sesión de 1 de diciembre de 2009, otorgar poderes a dos directivos, a Horacio y a Elvira . Pero este apoderamiento, que consta en escritura pública y tuvo acceso al registro mercantil, atribuía una serie de facultades a los dos directivos mencionados, para que pudieran ser ejercitadas de forma mancomunada. Entre estas facultades se encontraba "afianzar, incluso constituyendo hipoteca, toda clase de obligaciones de terceras personas". No existe duda que el aval cambiario prestado por Horacio , que es objeto de litigio, constituye un afianzamiento de una obligación de otra entidad, aunque fuera en este caso la sociedad dominante. Por eso, el Sr. Horacio carecía de poder suficiente para obligar a la sociedad mediante la firma del aval cambiario.

**11. Formulación de los motivos segundo y tercero .** El motivo segundo se funda en la infracción del párrafo segundo del art. 1259 CC , en relación con el art. 1727 CC . La sentencia contraría la jurisprudencia que entiende que conforme al párrafo segundo del art. 1259 CC , el contrato o negocio jurídico celebrado a nombre de otro, sin autorización o representación suficiente para ello queda saneado y adquiere toda su eficacia con efectos desde la propia celebración cuando tenga lugar su ratificación por aquel en cuyo nombre se celebró, tanto expresa como tácita, derivándose ésta última de hechos o comportamientos de significado inequívocos en orden a su voluntad de ratificar o aceptar.

El motivo tercero se funda en la infracción de los arts. 281 , 283 y 286 CCom , y la jurisprudencia sobre la protección de los terceros de buena fe que contratan confiados en la apariencia jurídica de estar haciéndolo con un verdadero apoderado o autorizado por la otra parte.

Procede estimar estos dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**12. Estimación de los dos motivos .** De los hechos probados se desprende que, si bien el poder del Sr. Horacio para comprometer a la sociedad con la firma del aval cambiario y garantizar una deuda refinanciada de **Clesa**, era insuficiente, actuó bajo un mandato aparente. Esta figura se da cuando el mandante aparente, con su comportamiento, genera en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado por la actitud del mandatario que actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación.

Como ya expusimos en nuestra anterior sentencia 707/2012, de 27 de noviembre , "la jurisprudencia hace tiempo que se hizo eco de la doctrina que entendía que debía ser mantenido en su contrato quien lo realizó de buena fe con un representante aparente ( SSTS 24 de noviembre de 1989 , 27 de septiembre de 1995 , 31 de mayo de 1998 , 18 de marzo de 1999 y, más recientemente, la Sentencia 266/2008 , de 14 de abril). Para su apreciación, se exige que el tercero de buena fe haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora. En este sentido, en la sentencia 266/2008, de 14 de abril , nos referíamos a que la confianza del tercero en la existencia del poder fuera razonable y no debida a su negligencia".

La vinculación entre **Clesa** y Cacaolat, y la condición de presidente del consejo de administración de Cacaolat del Sr. Horacio , propiciaron la apariencia de apoderamiento frente a Álvarez Camacho. Esta apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicado por la ausencia de poder de representación. Sin perjuicio de que los actos posteriores, en concreto el que el órgano de administración de la sociedad Cacaolat no hubiera manifestado nada en contra de este aval, pese a conocerlo, ni se hubiera opuesto cuando se interpuso en el juicio cambiario, puedan considerarse concluyentes de una ratificación tácita.

13. De este modo, procede estimar el recurso de casación, dejar sin efecto la sentencia de apelación, y como tribunal de instancia, de acuerdo con lo ya argumentado, reconocer el crédito de Álvarez Camacho, S.L. por el importe de 403.677,24 euros, correspondiente al aval cambiario, como crédito ordinario.

#### Costas

14. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal procede imponer a la parte recurrente las costas generadas con su recurso ( art. 398.1 LEC ).

Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas a la parte recurrente ( art. 398.2 LEC ).

Del mismo modo, la estimación del recurso de apelación, conlleva que tampoco impongamos las costas a la parte apelante ( art. 398.2 LEC ).

Pero la estimación del recurso de apelación ha supuesto la estimación íntegra de la demanda de incidente concursal, razón por la cual procede imponer a la parte demandada las costas generadas en primera instancia, en aplicación del criterio del vencimiento objetivo ( art. 394 LEC ).

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

#### FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Álvarez Camacho, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 19 de octubre de 2012 (rollo núm. 277/2012 ), que resolvió el recurso de apelación formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 19 de diciembre de 2011 , con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Álvarez Camacho, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 19 de octubre de 2012 (rollo núm. 277/2012 ), que dejamos sin efecto. En su lugar estimamos el recurso de apelación que la representación de Álvarez Camacho, S.L. había formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 19 de diciembre de 2011 , y acordamos la procedencia de reconocer como crédito concursal ordinario el comunicado por la demandante por importe de 403.677,24 euros. No procede imponer las costas de la apelación a ninguna de las partes y las de primera instancia se imponen a la parte demandada que se opuso a la demanda de incidente concursal.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.