



Roj: **STS 8862/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8862**

Id Cendoj: **28079110012012100755**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2012**

Nº de Recurso: **1020/2010**

Nº de Resolución: **707/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2975/2010,**  
**STS 8862/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona.

El recurso fue interpuesto por el Col.legi D'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Barcelona, representado por el procurador D. Victorio Venturini Medina.

Es parte recurrida la entidad Delforca 2008 S.V., S.A. (anteriormente Gaesco Bolsa, S.V., S.A.), representada por la procuradora Dª. Mercedes Caro Bonilla.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El procurador D. Angel Joaniquet Tamburini, en nombre y representación del Col.legi D'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Barcelona, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona, contra la entidad Gaesco Bolsa Sociedad de Valores, S.A., para que se dictase sentencia:

*"en la que dando lugar a la demanda:*

*A) Se declaren nulas de pleno derecho por falta de consentimiento de la actora y por haber sido realizadas con ausencia absoluta de apoderamiento para realizar las mismas las siguientes operaciones realizadas por Gaesco por cuenta y riesgo de Col.legi D'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Catalunya:*

*- Venta de Put Otc -France Telecom/Abn Amro Wo 20/11/2007.*

*- Venta de Put Otc - Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Wo 19/07/2007.*

*-Venta de Put Otc - Deutsche Telecom Ag Reg/ Banco Popular Wo 09/05/2008.*

*Obligando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a las partes a restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (de acuerdo con lo expuesto en el apartado fáctico de la presente demanda).*

*B) Se condene a la demandada Gaesco Bolsa Sociedad de Valores, S.A., tras detraer por compensación las cantidades que la actora debe restituírle de acuerdo con el petitum anterior, a pagar a mi mandante la cantidad resultante de un millón quinientos ochenta y nueve mil ciento ochenta y cinco euros con sesenta y nueve céntimos*



(1.589.185,69.- ?) en concepto de daños y perjuicios causados a mi principal, según es de ver en el relato fáctico precedente, con los intereses legales de dicha cantidad, todo ello con expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada."

2. El procurador D. Antonio María de Anzizu Furest, en representación de la entidad Gaesco Bolsa, S.V., S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"desestimando en su totalidad las pretensiones contenidas en la demanda, con expresa imposición de costas a los actores."*

3. El Juez de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona dictó Sentencia con fecha 25 de noviembre de 2008 , con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Desestimar la demanda formulada por el Procurador Sr. D. Angel Joaniquet Tamburini en representación del Col·legi D'Aparejadors I Arquitectes Tecnis de Barcelona bajo la dirección del letrado Sr. D. Ignacio Marroquin Sagales contra Gaesco representada por el Procurador Sr. Antonio M. de Anzizu Furets bajo la dirección letrada del Sr. D. Javier I Ramos Chillón absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos con costas a la actora."*

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Col·legi D'Aparejadors I Arquitectes Tecnis de Barcelona.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Sentencia de 26 de marzo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación formulado por Col·legi D'Aparejadors I D'Arquitectes Tecnicos de Barcelona contra la sentencia dictada en el juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Barcelona de 25 de noviembre de 2008 que confirmamos, con imposición de costas de esta alzada a la parte apelante."*

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

5. El procurador D. Angel Joaniquet Tamburini, en representación del Col·legi D'Aparelladors I Arquitectes Tecnicos de Barcelona, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) *Infracción por aplicación indebida del art. 218.1, párrafo primero, de la LEC .*

2º) *Infracción por inaplicación del art. 218.2 de la LEC .*

3º) *Infracción por inaplicación de los arts. 316 y 376 de la LEC .*

4º) *Infracción por inaplicación de los arts. 326 y 334 de la LEC sobre el valor probatorio de los documentos privados aportados.*

5º) *[numero como sexto] Infracción del art. 24 de la Constitución Española y el derecho a la tutela efectiva de los tribunales."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) *Infracción de la normativa reguladora del Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio, y las exigencias impuestas a las Entidades de Servicios de Inversión.*

2º) *Infracción por falta de aplicación de los arts. 1091 , 1256 y 1258 del Código Civil .*

3º), 4º) y 5º) *Infracción de los arts. 1259 , 1261 y ss. del Código Civil y jurisprudencia relativa a la apariencia de poder y de la ratificación tácita.*

6º) *Infracción del art. 1101 y ss del Código Civil , en relación con el art. 1303 del Código Civil .*

7º) *Indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial en relación al principio de seguridad jurídica."*

6. Por Providencia de fecha 28 de mayo de 2010, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, 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.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente el Col·legi D'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Barcelona, representado por el procurador D. Victorio Venturini Medina; y como parte



recurrida la entidad Delforca 2008 S.V., S.A. (anteriormente Gaesco Bolsa, S.V., S.A.), representada por la procuradora D<sup>a</sup>. Mercedes Caro Bonilla.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 22 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) INADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto, por la representación procesal del COL·LEGI D'APARELLADORS I D'ARQUITECTES TECNICS DE BARCELONA, contra la Sentencia dictada, con fecha 26 de mayo de 2010, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 119/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 253/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona. CON PÉRDIDA del depósito constituido.

2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto, por la representación procesal del COL·LEGI D'APARELLADORS I D'ARQUITECTES TECNICS DE BARCELONA, contra la Sentencia dictada, con fecha 26 de mayo de 2010, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 119/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 253/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Delforca 2008, SV, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 31 de octubre de 2012, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

1. La actora, el Col·legi d'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Barcelona (en adelante CAATB), refiere en la demanda que inició el presente pleito que había mantenido relaciones comerciales con Gaesco Bolsa Sociedad de Valores, S.A. (en adelante, Gaesco) desde hacía diez años.

En concreto en los últimos años esta relación se había formalizado a través de dos contratos: uno de depósito y administración de valores e intermediación bursátil en mercados financieros nacionales de 6 de septiembre de 2002; y otro de gestión discrecional de carteras de inversión otorgado el 3 de julio de 2001 y novado el 20 de mayo de 2004.

Según se refería en la demanda, Gaesco había contratado en nombre y representación de CAATB tres operaciones en productos derivados estructurados (venta de opciones OTC "Over the counter" sobre acciones), de alto riesgo, en todas las cuales Gaesco actuaba como compradora de las Puts y el BBVA como agente de cálculo:

i) Venta de Put Otc-France Telecom/Abn Amro Wo 20/11/2007, que fue contratada el 20 de noviembre de 2006 por un importe de 100.000 euros, respecto de la que CAATB cobró una prima de 14.000 euros;

ii) Venta de Put Otc-Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Wo 19/07/2007, contratada el 19 de enero de 2007 por un importe de 285.000 euros, respecto de la que CAATB cobró una prima de 3.000 euros.

iii) Venta de Put Otc-Deutsche Telecom Ag reg/Banco Popular Wo 09/05/2008, contratada el 9 de mayo de 2007 por un importe de 8.750.000 euros, respecto de la que CAATB cobró una prima de 230.125 euros.

Narra la demanda que con ocasión del cambio de la junta directiva del CAATB, en octubre de 2007, se percataron de que Gaesco había contratado estas operaciones de productos derivados estructurados, que estaban expresamente excluidas del ámbito de ejecución del contrato de gestión discrecional de carteras de inversión y sin que hubiese mediado orden alguna por parte de CAATB.

Según alegó Gaesco, y quedó acreditado en la instancia, estas operaciones se realizaron por órdenes efectuadas por Ceferino, que era el director financiero de CAATB.

CAATB entiende que el Sr. Ceferino carecía de poder suficiente para contratar esas operaciones, que tan sólo podía corresponder a la Junta de Gobierno y, en su defecto, al tesorero junto con el presidente o el contador, y al presidente de forma individual. Por ello se dirigió a Gaesco para dejar sin efecto estas tres operaciones. Como las dos primeras ya habían vencido, que además habían concluido con un resultado a favor de CAATB, no era necesario hacer nada, y respecto de la tercera (Venta de Put Otc- Deutsche Telecom Ag reg/Banco Popular Wo 09/05/2008), que estaba todavía vigente, Gaesco comunicó a CAATB que no podía cancelar anticipadamente la operación sin atribuirle las penalizaciones. De hecho, así lo hizo el 22 de enero de 2008, lo que derivó un coste de cancelación para CAATB de 1.844.500 euros.

A la vista de lo anterior, CAATB interpuso la demanda contra Gaesco que pedía la declaración de nulidad de pleno derecho de las tres operaciones, por haber sido realizadas sin consentimiento de la actora y sin que Gaesco hubiera sido apoderado para ello, con el consiguiente efecto de restitución recíproca de "las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses". También pedía que se condenara a Gaesco a indemnizar a la actora en 1.589.185,69 euros, que es el resultado de descontar al coste de cancelación (1.844.500 euros), la cantidad que CAATB recibió como prima por las operaciones de referencia (248.825 euros), más los intereses (6.489,31 euros).

**2.** Estas pretensiones fueron totalmente desestimadas en primera y segunda instancia.

La sentencia de primera instancia analiza con detalle el contenido de los dos contratos, el de intermediación y el de gestión y administración de carteras de valores mobiliarios.

Respecto del contrato de intermediación, de 6 de septiembre de 2002, advierte que no existía ninguna delimitación de operaciones que Gaesco podía realizar a instancia de la actora, mediante las correspondientes órdenes. Estas órdenes debían cursarse por escrito, por el titular y, en su nombre, por cualquiera que estuviera apoderado, debiendo constar el apoderamiento por escrito. También podían realizarse de forma verbal, y en ese caso el propio contrato preveía que pudiera entenderse confirmada una orden si, practicada la comunicación de la operación por Gaesco al cliente, éste no manifestaba su disconformidad por escrito en el plazo de quince días.

Todas las operaciones se reflejaban en la cuenta cliente 103GBIT073658 y Gaesco asumía la obligación de remitir al titular de la cuenta, con una periodicidad trimestral si existían movimientos, y en todo caso anual, información sobre la situación de la cuenta de valores, con detalle de los valores nominales y efectivos en ella integrados y la cuenta de efectivo asociada.

Luego, analiza la prueba practicada y considera probados los siguientes hechos:

i) En el extracto de la cuenta cliente aparecían registradas frecuentes operaciones, entre las que se contemplan otras operaciones OTC -se entiende que distintas de las que son objeto de enjuiciamiento-.

ii) En el año 2007, la actora hacía más de diez años que tenía concertados los servicios de Gaesco.

iii) En el año 2001, el Colegio de Aparejadores contrató al Sr. Ceferino como responsable del departamento de finanzas, y le encomendó, entre otras funciones, la gestión de los fondos de inversión. Con esta finalidad, el Sr. Ceferino fue presentado por el Gerente del Colegio a Gaesco, como la persona del Colegio de Aparejadores que se encargaría de las inversiones y que cursaría las órdenes.

iv) A partir de entonces, fue el Sr. Ceferino quien se hizo cargo de cursar las correspondientes órdenes de las operaciones financieras encargadas a Gaesco. Estas órdenes, que fueron muchas, a parte de las tres objeto de litigio, se cursaban ordinariamente de forma verbal, por teléfono, o por e-mail, sin que luego fueran ratificadas. Las únicas ratificaciones que se hacían a posteriori eran los movimientos de saldo y, excepcionalmente, las últimas cancelaciones, al haberlo exigido expresamente Gaesco.

v) El Sr. Ceferino, como responsable del departamento de finanzas, pasaba información contable a la Junta, que incluía los estados de la inversión financiera. A pesar de ello, no consta que este tema fuera expresamente abordado en ninguna reunión de la Junta de gobierno.

vi) La junta de gobierno tenía conocimiento de que se habían realizado operaciones financieras con OTC.

vii) Gaesco advirtió al Colegio de Aparejadores del perjuicio que supondría la cancelación anticipada.

A la vista de los anteriores hechos, la sentencia de primera instancia concluye que Gaesco, con respecto a las tres operaciones controvertidas, se limitó a cursar las órdenes recibidas por el Sr. Ceferino, que llevaba actuando frente a ella bajo la apariencia de estar expresamente facultado para ello. Y, en todo caso, habría existido una ratificación tácita, pues el Colegio, sin hacer uso de la facultad de impugnación después de haber recibido la notificación de la ejecución de la operación, aceptó en su provecho los efectos de lo ejecutado.

**3.** La sentencia de apelación, ahora recurrida en casación, ratifica los hechos declarados probados y los razonamientos de la sentencia apelada, y funda la desestimación de la apelación en las siguientes consideraciones:

i) La ley especial y el contrato que mediaba entre las partes permiten que las órdenes de compra de estos productos financieros estructurados puedan hacerse no sólo por escrito sino también de forma verbal, aunque en este caso precisan de una ratificación, que en el caso enjuiciado se produjo como consecuencia no haber hecho CAATB ninguna manifestación en contra dentro de los quince días siguientes desde su comunicación.



ii) Frente a la objeción formulada por la actora de que la comunicación se hizo al Sr Ceferino que había realizado las órdenes verbales y carecía de poder para ello y para la ratificación, la Audiencia argumenta que el Sr. Ceferino actuó bajo una apariencia de poder, como venía haciéndolo durante los seis años anteriores, sin que pueda imponerse a Gaesco la responsabilidad de comprobar la existencia del poder y el mecanismo de funcionamiento del Colegio Profesional en estos asuntos.

iii) En realidad, estamos ante un apoderamiento tácito, que resulta de la necesidad de proteger la confianza del tercero en la apariencia jurídica creada. Y la ratificación también puede ser, además de expresa, tácita, lo que ocurre cuando se realizan actos concluyentes, que se entienden inequívocamente de la aceptación de lo hecho por el representante. Manifestación de esto último es el que la actora se hubiera aprovechado de la prima proporcionada por la tercera operación, que es la de mayor envergadura y la única que ha ocasionado perjuicio a la actora al ser cancelada anticipadamente.

iv) No puede atribuirse a Gaesco la falta de control de la actuación de CAATB respecto de quienes operan por ella.

v) La petición de nulidad de las dos primeras operaciones es muy forzada, pues ya habían concluido y, además, habían producido beneficios para el Colegio.

**4.** Aunque CAATB interpuso sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, tan sólo se admitió este último.

El recurso de casación se articula sobre la base de siete motivos:

i) El primero se basa en que "la sentencia -recurrida- no aplica debidamente las normativa especial reguladora del Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio, y las exigencias impuestas en dicha Ley y en lo reglamentos que la desarrollan a las Entidades de Servicios de Inversión".

ii) El segundo motivo se basa en "la ausencia en la sentencia objeto de recurso, y en la dictada en primera instancia, de reproche jurídico a Gaesco por su flagrante incumplimiento del contrato de intermediación en los mercados financieros vulnera, por falta de aplicación, los arts. 1091 , 1256 y 1258 CC , en la medida que dichos preceptos legales preceptúan que los contratos son obligatorios entre las partes y deben cumplirse en sus exactos términos.

iii) Los motivos tercero, cuarto y quinto, se apoyan en que la denegada nulidad de los contratos por falta de consentimiento válido, vulnera los arts. art. 1259 y 1261 CC , y supone una aplicación indebida de la doctrina de la apariencia de poder y de la ratificación tácita.

iv) El sexto motivo guarda relación con la petición de indemnización de daños y perjuicios, respecto de la que no entró a resolver la sentencia de instancia, como consecuencia de haber denegado la petición de nulidad, pues el recurso considera que con ello la Audiencia ha vulnerado los arts. 1101 y ss CC , en relación con el art. 1303 del mismo cuerpo legal .

v) y el séptimo motivo denuncia que "la sentencia -recurrida- aplica indebidamente el principio de seguridad jurídica a favor de la demandada y apelada Gaesco Sociedad de valores, S.A., sin tener en consideración que el principio de seguridad jurídica descansa, en primer lugar, en el cumplimiento del contrato y la ley de aplicación".

**Sobre la denunciada infracción de la normativa aplicable a la actividad desarrollada por las Entidades de Servicios de Inversión**

**5.** El primer motivo de casación entiende que la sentencia de instancia, al admitir la validez de la contratación de las tres operaciones controvertidas, en productos derivados estructurados (venta de opciones OTC " *Over the counter* " sobre acciones), no ha apreciado la falta de cumplimiento por parte de Gaesco de la normativa aplicable a las Entidades de Servicios de Inversión (en adelante ESI).

El recurso, si bien al principio hace una mención genérica de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en el desarrollo del motivo no especifica qué precepto de la Ley habría resultado vulnerado.

En realidad, la normativa que se denuncia infringida sería la Circular 3/1993, de 29 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes, que desarrolla a su vez el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Según la reseñada circular, las ESI deben mantener un "archivo de justificantes de órdenes" que estará formado por "el ejemplar original de la orden firmada por el cliente o por persona habilitada de forma fehaciente cuando se realice por escrito". En aquellos casos en que la orden se realice por medio no escrito, "necesitarán la confirmación escrita de la orden por parte del ordenante u otra persona habilitada de forma fehaciente por ella", y las "Entidades dispuestas a aceptar órdenes recibidas por vía



telefónica no escrita deberán establecer los medios necesarios para la identificación de sus ordenantes", que deberán ser el cliente o las personas fehacientemente apoderadas por éste.

El recurso prosigue que, aunque es cierto que la propia circular, en la norma 2.4, admite que las órdenes recibidas de viva voz o por vía telefónica no escrita, se puedan entender "confirmadas cuando el receptor de la misma comunique a su ordenante por cualquier medio escrito, incluidos la ejecución y, en su caso, la liquidación de la misma según sus instrucciones y este no manifieste disconformidad en el plazo que al efecto le indique la entidad, que no podrá ser inferior a quince días desde la recepción de dicha información por el ordenante", para que esta previsión resulte de aplicación, era necesario que Gaesco hubiera cumplido con las obligaciones establecidas en el apartado anterior, esto es, confirmar que la capacidad del ordenante es suficiente.

**6.** El motivo debe desestimarse por las siguientes razones.

En primer lugar, debe desestimarse porque la normativa que se denuncia infringida, conforme al art. 477.1 LEC, debe ser aquella que resulte aplicable para resolver el objeto del proceso, y en este caso no lo es directamente, y sólo de forma incidental.

El motivo se funda en la supuesta infracción de una circular de la CNMV sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes, que tiene repercusiones administrativas y, sólo indirectamente, civiles, en la medida que sirve para acreditar el consentimiento. En nuestro caso, lo relevante no es si se infringió la operativa administrativa sobre registro y archivo de justificantes de órdenes, sino si respecto de las tres operaciones controvertidas existió consentimiento por parte de la actora.

Cuando el tribunal de instancia aprecia que la orden fue cursada de forma verbal por quien era director financiero de CAATB, y en calidad de tal se relacionaba con la demandada, y por ello gozaba de un apoderamiento tácito, y que se produjo una confirmación de la operación después que fuera comunicada la ejecución de la orden recibida y no se realizara ninguna manifestación en contrario dentro de los quince días siguientes, el nudo gordiano de la cuestión no se halla en la denunciada vulneración de la reseñada circular, sino en el valor y efectos que el tribunal confiere al apoderamiento tácito de quien era director financiero de CAATB, lo cual es el objeto de revisión de los motivos de casación tercero, cuarto y quinto.

#### **Sobre la denunciada vulneración, por falta de aplicación, de los arts. 1091 , 1256 y 1258 CC**

**7.** El segundo motivo de casación argumenta que se ha ocasionado esta vulneración por inaplicación de los arts. 1091 , 1256 y 1258 CC , que preceptúan que los contratos son obligatorios entre las partes y deben cumplirse en sus exactos términos, porque la sentencia de instancia no ha apreciado un incumplimiento del contrato de intermediación.

El motivo debe desestimarse porque la normativa que se afirma infringida no es la aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso y porque, además, el motivo hace supuesto de la cuestión.

Tal y como se formula este segundo motivo, la infracción de aquella normativa (sobre el efecto vinculante de los contratos entre las partes y que deben cumplirse en sus exactos términos) presupone la infracción del contrato de intermediación que no ha sido apreciada en la instancia. La infracción contractual, en lo que se refiere a la forma en que debían formalizarse las órdenes de operaciones financieras, requería que se negara eficacia al apoderamiento tácito con que actuó el director financiero del Colegio de Arquitectos Técnicos, lo que guarda directa relación con los arts. 1091 , 1256 y 1258 CC , que ni son los aplicables al caso para resolver el objeto del proceso ni podrían entenderse directamente vulnerados por aquella apreciación judicial.

#### **Sobre la validez y eficacia del apoderamiento tácito**

**8.** Más relevantes son los motivos tercero, cuarto y quinto, que el propio recurso agrupa a la hora de formalizar la casación, pues afectan a la nulidad de los contratos por falta de válido consentimiento y a la vulneración de los arts. 1259 y 1261 CC , y de la jurisprudencia sobre la apariencia del poder y la ratificación tácita.

En el desarrollo del motivo se argumenta que no puede aplicarse al presente caso la jurisprudencia sobre la apariencia de poder, que ampara al tercero de buena fe que contrata con quien cree que tiene facultades suficientes para contratar por otro. Según el recurso, esa doctrina no resulta de aplicación cuando el tercero pueda conocer en profundidad y con detalle las relaciones jurídicas entre mandante y mandatario. En este caso, no existiría buena fe de Gaesco quien tenía la obligación de exigir la documentación fehaciente del presunto o aparente poder.

Además, el recurso entiende que tampoco resulta de aplicación la doctrina de la ratificación tácita, pues "los actos de aprovechamiento por parte del mandante de lo realizado por el mandatario sin su consentimiento deben ser concluyentes, indubitados e inequívocos de la voluntad del representado de tener por bueno, validar



y ratificar lo que inicialmente se hizo sin su consentimiento". En este caso, prosigue el recurso, "la Junta de gobierno del CAATB no realizó, ni consta desde luego en Autos, acto alguno que pudiera calificarse como inequívoco de su voluntad de aceptar lo que se había hecho sin su consentimiento ni conocimiento, lo que, en consecuencia, impide tener aquellas operaciones por consentidas en forma tácita".

Estos tres motivos merecen ser desestimados por las razones que exponemos a continuación.

**9.** Es cierto que la sentencia de la Audiencia acumula argumentos, y al hacerlo mezcla algunas figuras (mandato tácito, apoderamiento aparente y ratificación tácita), que merecen distinción.

El mandato tácito, admitido por el art. 1710 CC , se deduce de hechos concluyentes del mandante, esto es, actitudes o comportamientos que, interpretados en un contexto relacional determinado, revelan inequívocamente la voluntad de dar vida a un contrato de mandato. Por su parte, el mandato aparente ocurre 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. En el primer caso existe un verdadero mandato, en el segundo, aunque no existe, la apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicado por la ausencia de poder de representación.

Y cuestión distinta es que un contrato celebrado en nombre de otro sin ostentar la representación para ello, pueda ser ratificado por aquel a nombre de quien contrató, y que esta ratificación pueda ser, no sólo expresa, sino también tácita, con el consiguiente efecto de validar el negocio ( art. 1259 CC ). Lógicamente, el apoderamiento tácito, por tratarse de un verdadero mandato, no necesita de ratificación alguna, mientras que la ratificación posterior de un apoderamiento aparente subsana el defecto de apoderamiento y el tercero que contrató fiado por esta apariencia de poder no necesita invocar su condición de buena fe para eludir las consecuencias de la falta de representación.

En la lógica de las sentencias de instancia, y a pesar del equívoco originado por la Audiencia al referirse al mandato tácito, se mantiene la validez de las tres operaciones sobre productos estructurados OTC, por la protección que merece el tercero de buena fe que contrata con quien actúa bajo una apariencia de poder. Sin perjuicio de que, además, aprecien que con posterioridad existió una confirmación tácita, al haber recibido el Colegio conocimiento de las operaciones y no haber manifestado nada en contra.

**10.** 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 , 222/1999, de 18 de marzo y, más recientemente, la Sentencia 266/2008 , de 14 de abril). Para su apreciación, se exige que el tercero 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.

En el presente caso los hechos declarados probados en la instancia y que reseñamos en nuestro fundamento jurídico 2, muestran de forma inequívoca que fue el propio Colegio de Aparejadores quien propició y alimentó la confianza de Gaesco en la existencia del poder, sin que pueda imputarse a esta última una actitud negligente por no haberse cerciorado del apoderamiento del Sr. Ceferino . Estos hechos muestran claramente que el Sr. Ceferino actuó frente a Gaesco bajo una apariencia de apoderamiento, cuando realizó las órdenes de las tres operaciones cuya nulidad se pide: tenía la condición de responsable del departamento financiero del Colegio de Aparejadores; había sido presentado por el gerente del Colegio a Gaesco, en el año 2001, como la persona del Colegio que se encargaría de las inversiones y que cursaría las órdenes; desde entonces fue quien realizó las órdenes de las operaciones financieras encargadas a Gaesco; estas órdenes, que fueron muchas, aparte de las tres objeto de litigio, se cursaban ordinariamente de forma verbal, por teléfono, o por e-mail, sin que luego fueran ratificadas; Gaesco, conforme a lo pactado comunicaba al Colegio todas las operaciones realizadas y en ningún caso recibió manifestación en contra dentro del plazo preceptivo de 15 días, ni pasado el plazo; la junta de gobierno tenía conocimiento de que se habían realizado operaciones financieras con OTC y el Sr. Ceferino , como responsable del departamento de finanzas, pasaba información contable a la Junta de gobierno, que incluía los estados de la inversión financiera.

De este modo, la sentencia recurrida, al confirmar la concurrencia de un apoderamiento aparente y no apreciar negligencia en Gaesco por no haber exigido al director financiero del Colegio de Aparejadores que le acreditara si tenía poder suficiente para comprometer al Colegio con las tres órdenes referentes a las operaciones que ahora se pretende invalidar, no ha infringido la reseñada jurisprudencia sobre el apoderamiento aparente, que se basa en la buena fe de quien contrata frente a quien previamente ha generado la apariencia de apoderamiento.



## Ratificación tácita

**11.** Aunque lo anterior podría eludir la necesidad de entrar a analizar si existió, además, una confirmación tácita por parte del Colegio, respecto de las tres operaciones cuestionadas, que eso es lo que pretende el recurso al argumentar que se ha vulnerado el art. 1259 CC y la jurisprudencia que admite la confirmación tácita, no dejaremos de analizar la cuestión.

El párrafo segundo del art. 1727 CC admite que la ratificación pueda hacerse no sólo de forma expresa, sino también tácitamente, sin que, en principio, exista inconveniente para que pueda aplicarse a los supuestos del art. 1259 CC, a los efectos de reconocer validez al negocio realizado por quien no tenía poder suficiente para obligar a un tercero.

En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 919/2011, de 23 de diciembre: "los contratos celebrados por quien no ostenta la representación con la que dice actuar no son radicalmente nulos o inexistentes ya que, el segundo párrafo del artículo 1259 del Código Civil, después de indicar que '[e] / contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo', añade 'a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante'. Se trata, como sostiene la sentencia 774/2010, de 17 de noviembre, de un negocio jurídico incompleto cuya efectividad depende de la ratificación por el dueño del negocio jurídico, que puede o no aceptarlo expresa o tácitamente y en el presente caso, con independencia de que las manifestaciones de una de las partes constituyesen por sí mismas un verdadero reconocimiento de deuda, no se ha negado que la sociedad asumió su contenido".

Por su parte, la Sentencia 774/2010, de 17 de noviembre, después de reiterar que la jurisprudencia ha admitido "la posibilidad de ratificar un contrato en forma tácita, a los efectos previstos en el artículo 1259 del Código Civil (SSTS de 13 de noviembre de 2001, 10 de julio de 2002, 5 de diciembre de 2003, 4 de febrero de 2005, 6 de junio de 2008, RC n.º 1743/2001), añade "que la voluntad de que se ejecute un contrato incluye la de admitirlo (STS 28 de junio de 2004, RC n.º 2268/1998), pues es un comportamiento que objetivamente revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar el negocio jurídico (STS 28 de diciembre de 2007, RC n.º 4905/2000)".

La sentencia 67/2010, de 11 de febrero, apostilla que "la ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero (SSTS 27 de diciembre de 1966; 10 de octubre de 1963; 10 de mayo de 1984; 3 de julio 1987; 18 de diciembre 2006; 10 de mayo 2007)".

**12.** De este modo, para que exista una ratificación tácita debe haber un comportamiento del principal (en este caso el Colegio de Aparejadores, por medio de sus órganos de representación, ordinariamente la junta de gobierno), mediante actos concluyentes, que entrañe una inequívoca aceptación de lo hecho por el mandatario y sea, por ello, contradictorio con un posterior ejercicio de la acción de nulidad. Para que conlleve una ratificación tácita, este comportamiento objetivamente tiene que ser interpretado como aprobación o conformidad con la gestión del representante.

La sentencia de instancia induce la existencia de esta ratificación tácita del comportamiento del Colegio de haber recibido la comunicación escrita de la ejecución de las órdenes realizadas por el Sr. Ceferino de forma verbal, y no haberse realizado manifestación en contra en el plazo de quince días.

Al respecto, vale la pena distinguir: una cosa es el procedimiento convenido para cursar las órdenes de operaciones, cuando no se hace directamente por escrito sino de forma verbal, que exige la posterior confirmación tácita consiguiente al transcurso de quince días después de la comunicación de la ejecución de la operación, sin que se hubiera realizado manifestación en contra por parte del Colegio de Aparejadores, que presupone el poder del Sr. Ceferino para realizar dichas órdenes verbales; y otra distinta es la confirmación tácita de estas órdenes cursadas por quien carecía de poder para obligar al Colegio.

En principio, la comunicación al Colegio por parte de Gaesco de la ejecución de las órdenes cursadas de forma verbal por su director financiero, cumple la función de cumplir con la forma convenida para que se entienda válidamente concertada la operación financiera, no la de ratificar la posible falta de apoderamiento de quien cursó la orden verbal. Si, como apunta el recurrente, la comunicación de la ejecución de la orden era recibida por el mismo que emitió la orden verbal, en este caso el departamento financiero del Colegio, frente a Gaesco, y al margen del curso que diera a esta comunicación el responsable de este departamento, el mero transcurso de quince días sin recibir indicación en contra, servía para cumplir con la forma convenida y ratificar la operación.

Pero si no consta que de estas tres comunicaciones hubiera tenido conocimiento la Junta de gobierno, que era, en principio, la que podría ratificar la actuación del director financiero al cursar las tres órdenes, difícilmente puede atribuirse a estas tres comunicaciones y al transcurso de los quince días siguientes a cada comunicación el efecto de constituir un acto concluyente de la junta de gobierno que ratifica tácitamente lo





actuado por el Sr. Ceferino . Lo que no impide que pueda apreciarse la ratificación tácita de otros hechos inequívocos, declarados probados por la sentencia de instancia, como es que la Junta de Gobierno conociera de las tres operaciones, aunque fuera a posteriori, al dar cuenta el departamento financiero del estado de las inversiones realizadas por el Colegio, y que no hubiera formulado ninguna objeción.

#### **Desestimación de los motivos sexto y séptimo de casación**

**13.** El sexto motivo, como veíamos, guarda relación con la indemnización de daños y perjuicios, que se solicitó como una petición consiguiente a la declaración de nulidad, y denuncia la vulneración de los arts. 1101 y ss. CC , en relación con el art. 1303 CC . Este motivo esta condicionado a que, por la estimación de alguno de los anteriores motivos, se hubiera declarado la nulidad de las tres operaciones, razón por la cual, la desestimación de los anteriores motivos de casación conlleva la desestimación de este sexto motivo.

**14.** El séptimo motivo, que denuncia la aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial del principio seguridad jurídica, debe ser desestimado por su vaguedad e intrascendencia. Según el recurso, "la sentencia aplica indebidamente el principio de seguridad jurídica a favor de la demandada y apelada Gaesco, para dar por válidas operaciones irregularmente contraídas, sin tener en consideración que el principio de seguridad jurídica descansa, en primer lugar, en el cumplimiento del contrato y de la Ley de aplicación. Con ello, el recurrente, en realidad, vuelve a cuestionar la buena fe de Gaesco, a quien acusa de haber actuado con falta de diligencia profesional al haber aceptado las tres órdenes del Sr. Ceferino .

La referencia de la sentencia recurrida a la seguridad jurídica no es más que un razonamiento a mayor abundamiento o explicativo de la verdadera *ratio decidendi* , que es la protección que merece Gaesco, respecto de la validez de las tres operaciones impugnadas, por haber actuado de buena fe frente a la apariencia de apoderamiento de quien curso las tres órdenes en nombre del Colegio de Aparejadores. Desde el momento en que, por la desestimación de los motivos tercero, cuarto y quinto, hemos confirmado la existencia de un apoderamiento aparente, que presupone la buena fe de Gaesco, la denunciada infracción del principio de seguridad jurídica resulta inconsistente e irrelevante.

#### **Costas**

**15.** Desestimado el recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas generadas por su recurso ( art. 398.1 LEC ).

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

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Col.legi d'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Barcelona contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19ª) de 26 de marzo de 2010 (rollo de apelación 119/2009 ), que desestimó a su vez el recurso de apelación formulado frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona (juicio ordinario 253/2008) de 25 de noviembre de 2008. Imponemos las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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 Gimeno-Bayon Cobos.- 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.