



Roj: **STS 2783/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2783**

Id Cendoj: **28079119912021100013**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **07/07/2021**

Nº de Recurso: **3735/2018**

Nº de Resolución: **503/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 625/2018,**
STS 2783/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 503/2021

Fecha de sentencia: 07/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3735/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/06/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA. SECCIÓN 3.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3735/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 503/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Juan María Díaz Fraile
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 7 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Bankia S.A., representada por el procurador D. Joaquín Jáñez Ramos y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez, contra la sentencia n.º 124/2018, de 21 de marzo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el recurso de apelación n.º 16/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 247/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Mahón, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida D. Joaquín, representado por la procuradora D.ª M.ª Isabel Muñoz García y bajo la dirección letrada de D. Rafael Sánchez García, y D.ª Isidora, representada por la procuradora D.ª Ana Belén Gómez Murillo y bajo la dirección letrada de D. Joan Farres Gibert.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.ª Isidora interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Mare Nostrum S.A. (Bankia S.A. en la actualidad), D. Joaquín y la mercantil Venecia Seis 2011 S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1. DECLARE:

"1.1. La nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta del requisito esencial del consentimiento, del negocio jurídico de hipoteca sobre la finca registral n.º NUM000 del Registro de la Propiedad de Mahón, constituida en nombre de D. Obdulio, según escritura otorgada el 3 de febrero de 2012, ante el Notario Luis Pareja Cerdo, bajo el número 186 de protocolo.

"1.2. La nulidad radical de la fianza personal en favor de Banco Mare Nostrum prestada en nombre de D. Obdulio según la misma escritura antes indicada.

"2. CONDENE:

"2.1. A los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y ordenando la cancelación en el Registro de la Propiedad de la citada garantía hipotecaria.

"2.2. Al pago de las costas del procedimiento, de todos aquellos demandados que no se allanaren a la demanda antes de su contestación".

Por otrosí se interesó la adopción de medidas cautelares.

2.- La demanda fue presentada el 17 de julio de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Mahón, fue registrada con el n.º 247/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- Banco Mare Nostrum S.A. (Bankia S.A. en la actualidad) contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la misma con expresa condena en costas al demandante.

D. Joaquín y la mercantil Venecia Seis 2011 S.L. contestaron a la demanda allanándose a la totalidad de las pretensiones ejercitadas en la misma

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Mahón dictó sentencia de fecha 17 de noviembre de 2017, con el siguiente fallo:

"QUE DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda presentada por la procuradora Sra. De la Cámara, en nombre y representación de D.ª Isidora contra D. Joaquín, contra Venecia Seis 2011 S.L., así como contra Banco Mare Nostrum S.A., debo absolver y absuelvo a los citados de los pedimentos hechos en su contra sin



expresa condena en costas respecto de los dos primeros y con condena en costas de la actora respecto a la entidad bancaria".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Isidora .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 16/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2018, con el siguiente fallo:

"Se estima el recurso de apelación interpuesto por D.^a Isidora contra la sentencia dictada en fecha 17 de noviembre de 2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Mahón en los autos del juicio ordinario de los que el presente rollo dimana.

"Se revoca la sentencia de instancia y en su lugar:

"1.- Se estima la demanda interpuesta por D.^a Isidora contra la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., D. Victorio y la entidad Venecia Seis 2011, S.L.

"2.- Se declara la nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta del requisito esencial del consentimiento, del negocio jurídico de hipoteca sobre la finca registral n.º NUM000 del Registro de la Propiedad de Mahón, constituida en nombre de D. Obdulio , según escritura otorgada el 3 de febrero de 2012, ante el Notario Luis Pareja Cerdo, bajo el número 186 de protocolo.

"3.- Se declara la nulidad radical de la fianza personal en favor de Banco Mare Nostrum prestada en nombre de D. Obdulio según la misma escritura antes indicada.

"4.- Se condena a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento, y ordenando la cancelación en el Registro de la Propiedad de la citada garantía hipotecaria.

"5.- Se imponen las costas causadas en primera instancia a la parte demandada que se ha opuesto a la demanda.

"No se hace especial mención a las costas causadas en esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Bankia S.A. interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"ÚNICO.- Por el cauce del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 1738, en relación con el artículo 1259, del Código Civil, por resolver la sentencia que la hipoteca y la fianza constituidas el 3 de febrero de 2012 a favor de Banco Mare Nostrum, S.A. por D. Joaquín , actuando en nombre y representación de D. Obdulio en virtud de un poder notarial otorgado por aquél el 2 de enero de 2012, son nulas de pleno derecho por efecto necesario de la posterior declaración de nulidad del poder, por falta de consentimiento válido y eficaz del poderdante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1259 del Código Civil y con independencia de que Banco Mare Nostrum, S.A. fuese un tercero de buena fe, por no resultar de aplicación el artículo 1738 del Código Civil a los supuestos de nulidad del poder".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 7 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bankia, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 21 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, en el recurso de apelación n.º 16/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 247/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Mahón".

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, haciéndolo únicamente D.^a Isidora mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 21 de abril de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 4 de mayo de 2021, en que fue suspendido y se acordó su pase a conocimiento del pleno de esta sala el próximo día 23 de junio de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

El presente recurso plantea como cuestión jurídica los efectos de la declaración judicial de nulidad absoluta de un poder por falta de consentimiento válido y eficaz del poderdante sobre los negocios concluidos en representación por el apoderado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 2 de enero de 2012, D. Obdulio (nacido el NUM001 de 1924) otorgó una "escritura de poder especial" por la que apoderaba a su hijo D. Joaquín para realizar actos de administración y disposición sobre la finca denominada Binidalinet, inscrita en el Registro de la Propiedad de Mahón, finca registral número NUM000, caserío de San Clemente, término municipal de Mahón.

2. El 3 de febrero de 2012, la entidad banco Mare Nostrum S.A. (BMN S.A., Bankia S.A. en la actualidad) concedió a la entidad Venecia Seis 2011 S.L. un crédito hipotecario de hasta 500.000 euros. En la escritura de "préstamo hipotecario" se hizo constar que intervenía D. Obdulio en su propio nombre como fiador personal solidario y, además, como hipotecante no deudor, hipotecando la finca Binidalinet.

El 11 de junio de 2013, el notario que había autorizado la escritura de 3 de febrero de 2013 otorgó acta de rectificación de error haciendo constar que había omitido consignar el poder especial por el que D. Joaquín comparecía como apoderado en nombre y representación de su padre D. Obdulio.

3. El 12 de junio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Mahón declaró la incapacidad total y absoluta de D. Obdulio y nombró tutora a su hija D.ª Isidora. En su fallo, la sentencia, instaba a la tutora a promover las acciones legales oportunas respecto de las operaciones realizadas por su hermano en relación con la finca rústica de D. Obdulio.

4. D. Obdulio falleció el 18 de julio de 2013 bajo testamento otorgado el 24 de noviembre de 1990 por el que instituía herederos a sus dos hijos, D. Joaquín y D.ª Isidora.

Tras la formación de inventario, D.ª Isidora aceptó la herencia a beneficio de inventario mediante escritura notarial de fecha 17 de junio de 2014.

5. En enero de 2015, ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de 3 de febrero de 2012, BMN S.A. interpuso demanda de ejecución hipotecaria, que dio lugar al procedimiento 80/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mahón.

D.ª Isidora compareció en el procedimiento de ejecución hipotecaria e intentó dejarlo sin efecto alegando la irregular constitución de la hipoteca. El Juzgado desestimó su pretensión por auto de 10 de febrero de 2016 y la remitió a un procedimiento ordinario en el que pudiera plantear la declaración de nulidad del poder.

6. El 25 de junio de 2016, D.ª Isidora presentó demanda contra D. Joaquín, Venecia Seis 2011 S.L. y BMN S.A., por la que solicitó la nulidad del poder otorgado por D. Obdulio en fecha 2 de enero de 2012.

La sentencia de 8 de noviembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Mahón estimó la demanda y declaró "la nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta de consentimiento válido y eficaz, de la escritura de poder otorgada por D. Obdulio en fecha 2 de enero de 2012".

La sentencia razonó que aunque el juicio de capacidad notarial constituye una presunción *ius tantum* de capacidad, puede quedar desvirtuado mediante prueba en contrario porque puede pasar inadvertido al notario el alcance real del estado de salud mental del sujeto. En el caso, a la vista de toda la prueba practicada (también en el procedimiento de modificación de la capacidad, seguido ante el mismo juzgado: informes psiquiátricos, declaración del médico de cabecera durante treinta años de D. Obdulio, entrevistas a parientes y allegados) concluyó que D. Obdulio, en el momento del otorgamiento del poder, carecía de las facultades volitivas e intelectivas necesarias y mínimas para contratar y para otorgar el poder de contratación amplísimo a favor de su hijo. Descartó que la escritura se hubiera podido otorgar en un intervalo lúcido y tuvo en cuenta que no hubo ratificación del poder.

La sentencia impuso la condena en costas a D. Joaquín y Venecia Seis 2011 S.L., pero no se las impuso a la entidad BMN S.A., también demandada, porque en el procedimiento "se ha limitado a señalar que no ha tenido intervención alguna en el poder y que es ajena a lo aquí debatido".

El 24 de abril de 2017, la sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia por la que desestimó los recursos de apelación interpuestos por D. Joaquín y Venecia Seis 2011 S.L. contra la sentencia de 8 de noviembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Mahón, que quedó firme.



7. El 17 de julio de 2017, D.^a Isidora interpuso demanda contra D. Joaquín , Venecia Seis 2011 S.L. y BMN S.A., por la que solicitó la declaración de nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta del requisito esencial del consentimiento, del negocio jurídico de hipoteca sobre la finca registral n.º NUM000 del Registro de la Propiedad de Mahón, constituida en nombre de D. Obdulio , según escritura otorgada el 3 de febrero de 2012, ante el Notario Luis Pareja Cerdó, bajo el número 186 de protocolo; igualmente solicitó la declaración de nulidad radical de la fianza personal en favor de BMN prestada en nombre de D. Obdulio según la misma escritura.

8. D. Joaquín y Venecia Seis 2011 S.L. se allanaron a la demanda.

La entidad BMN S.A. se opuso a la demanda, alegando que su actuación estaba amparada por la confianza en la legalidad del poder notarial, a cuyo otorgamiento era ajena y cuya nulidad fue declarada cuatro años después del otorgamiento de la escritura; que desconocía el estado de salud y los antecedentes médicos de D. Obdulio hasta que fue emplazada en 2016 en los autos que dieron lugar a la declaración de nulidad de poder; que igualmente ignoraba su fallecimiento hasta que la ahora demandante se personó en el procedimiento de ejecución; que era tercero de buena fe protegido por el art. 34 LH habida cuenta de que registralmente el Sr. Obdulio tenía facultades para llevar a cabo el negocio y lo hacía válidamente representado, por lo que la nulidad del poder no determinaba la de la hipoteca.

9. El Juzgado dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda. Basó su decisión, en síntesis, en que para estimar la demanda sería preciso acreditar que la entidad bancaria era conocedora de las maniobras del hijo en el otorgamiento a su favor del poder notarial, porque solo de esa forma se puede destruir la presunción de buena fe y apariencia de legalidad en la actuación del notario que confirió aquel otorgamiento y en el que la entidad crediticia no tuvo intervención alguna. Añadió que quedaba descartada cualquier extralimitación del uso del poder porque en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario, el notario rectificó el error de expresar como interviniente al padre, cuando realmente quien concurrió al acto fue el hijo, y apreció "que se le daban facultades suficientes para el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y que D. Joaquín constituyera hipoteca sobre la finca antes descrita a favor de BMN, S.A.". Finalmente, con cita de la STS 503/2014, de 7 de octubre (que a su vez cita las anteriores 707/2012, de 27 de noviembre, y 266/2008, de 14 de abril), concluyó que no se le podía exigir a BMN que investigara acerca de la legalidad del poder con que concurrió al acto el hijo.

10. D.^a Isidora interpuso recurso de apelación por el que denunció la inaplicación del art. 1261 CC acerca de la necesaria concurrencia de los elementos esenciales del contrato. También razonó que en el caso no era aplicable la doctrina de la protección del representante aparente porque: declarado nulo el poder por falta de capacidad del poderdante, el poder era inexistente y resultaba aplicable el art. 1259 CC y no el art. 1738 CC; la entidad demandada no agotó la diligencia exigible ante una operación escandalosamente perjudicial para el Sr. Joaquín y que consistía en gravar a título gratuito su vivienda en garantía de una deuda ajena. Igualmente negó que la demandada quedara protegida por el art. 34 LH.

BMN S.A. se opuso al recurso de apelación con fundamento en que gozaba de la protección legal que se reconoce al tercero de buena fe, puesto que otorgó el préstamo hipotecario con base en una representación que constaba en escritura pública y que fue calificada como suficiente por el notario interviniente, sin que la declaración de nulidad posterior del poder le fuera imputable. Añadió que no se había destruido la presunción de buena fe, pues no se había acreditado que conociera los problemas de salud de D. Obdulio , ni su proceso de incapacitación, ni su fallecimiento. Por el contrario, consideró haber desplegado toda la diligencia exigible, mediante la realización de un estudio previo de las circunstancias económicas, jurídicas y valoración de la finca para determinar la viabilidad del negocio jurídico.

11. La Audiencia estima el recurso de apelación, revoca la sentencia del juzgado, estima la demanda interpuesta por D.^a Isidora y declara la nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta del requisito esencial del consentimiento, del negocio jurídico de hipoteca y de la fianza personal en favor de BMN (ahora Bankia) prestada en nombre de D. Obdulio .

La Audiencia basa su decisión en las siguientes consideraciones: la constitución de la hipoteca y la fianza se otorgaron en virtud de un poder nulo por falta de sus requisitos esenciales, por lo que se trata de un supuesto de representación sin poder en el que no hubo consentimiento ni posterior ratificación (arts. 1261 y 1259 CC); la doctrina de la sentencia 503/2014, de 7 de octubre, no es aplicable al caso porque se basa en un mandato aparente en el que el mandante, con su comportamiento, genera en el tercero la apariencia de representación, lo que no es el caso porque el poder, al ser declarado nulo, debe tenerse como inexistente; descarta que se trate de un caso de insuficiencia de poder que pueda quedar cubierto por la apariencia; considera inaplicable el art. 1738 CC porque este precepto presupone un poder válido que se extingue, mientras que el poder declarado nulo ningún efecto pudo producir; finalmente, excluye la consideración del banco como tercero hipotecario del



art. 34 LH porque, conforme al art. 33 LH, la inscripción no convalida los actos nulos y la cualidad de tercero hipotecario no la origina el acto o negocio determinante de la adquisición.

12. Bankia, como sociedad absorbente de BMN S.A., interpone recurso de casación por la vía del art. 477.2.2.º LEC, al haber quedado la cuantía fijada en 815.000 euros.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso de casación

1. El recurso de casación se funda en un único motivo en el que Bankia denuncia la infracción del art. 1738 CC, en relación con el art. 1259 CC.

2. En su desarrollo razona que la existencia de un poder notarial genera una apariencia que no puede ignorarse por el hecho de que luego se declare su nulidad. Entiende que ello determina la protección de los terceros de buena fe, fundada sobre el hecho objetivo de dicha apariencia sin que, contrariamente a la conclusión de la sentencia recurrida, la única apariencia generadora de confianza sea la que tiene su origen en una actuación deliberada del mandante aparente. Considera que el tratamiento que debe darse al supuesto enjuiciado es el previsto en el art. 1738 CC, como excepción al art. 1259 CC, sea por aplicación analógica de aquel, bien por aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica. Añade que los efectos retroactivos de la declaración de nulidad deben atemperarse en atención a las circunstancias concurrentes, concretamente, si el tercero conocía o debería haber conocido, empleando una diligencia media, la causa de la ineficacia del poder.

3. El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

TERCERO. Decisión de la sala. Desestimación del recurso

1. A la vista de los hechos acreditados en la instancia debemos partir de que, por sentencia firme, se declaró "la nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta de consentimiento válido y eficaz, de la escritura de poder otorgada por D. Obdulio ", en la que constaba el apoderamiento de D. Obdulio a su hijo D. Joaquín para realizar actos de administración y disposición respecto de la finca Binidalinet.

Esta sentencia se dictó después de que D. Joaquín hipotecara la finca (y, además, prestara fianza personal y solidaria en representación de su padre, a lo que las sentencias de instancia no han dedicado especial atención), en garantía del crédito concedido por BMN S.A. (ahora Bankia) a Venecia Seis 2011 S.L. No se ha discutido que D. Obdulio no mantenía ninguna relación ni ostentaba interés patrimonial alguno con la citada sociedad.

2. La declaración judicial de nulidad del poder por falta de consentimiento (art. 1261 CC) comporta que D. Joaquín no pueda ser considerado como un representante con poder, pues los efectos de la declaración de nulidad se extienden retroactivamente al momento en que se otorgó la escritura de apoderamiento. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de extinción de un poder válido otorgado por el poderdante y, en consecuencia, no es aplicable el art. 1738 CC, que se refiere a "las causas que hacen cesar el mandato", por lo que la sentencia recurrida, al no aplicarlo, no infringe este precepto.

3. En el momento en que se otorgaron los negocios que ahora se impugnan, la escritura de poder no había sido declarada nula. Además, la hipoteca y la fianza se otorgaron en escritura pública ante otro notario. En atención a ello, dado que el banco demandado invocó su buena fe y la demandada, en su recurso de apelación negó que concurriera la diligencia básica exigible al banco, la sentencia recurrida debió valorar si, en atención a las circunstancias, el banco cumplía los requisitos establecidos por la jurisprudencia para mantener los negocios celebrados por un tercero con quien carece de poder de representación.

Al no hacerlo así, la sentencia recurrida no procedió de manera correcta, pero, sin embargo, por lo que vamos a decir, no va a ser casada por falta de efecto útil, pues al realizar la valoración procedente conforme a la doctrina de la sala, la solución práctica a la que llegamos va a ser la misma que la que alcanzó la Audiencia.

4. La sentencia 707/2012, de 27 de noviembre, en un caso en el que el propio mandante propició y alimentó la confianza del tercero en la existencia del poder, declaró:

"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".



Posteriormente, la sentencia 695/2013, de 20 de noviembre, con cita de las anteriores, tras recordar que cuando una persona actúa como representante de otra, pero sin poder de representarla, sus actos no vinculan al principal, salvo en el caso de que hubiera ratificación del mismo (art. 1259 CC), añade que "si alguien con sus declaraciones o su conducta induce al tercero de buena fe a creer razonablemente que se le había concedido poder para llevar a cabo el acto representativo, se considera como si dicha persona estuviera apoderada".

La sentencia 503/2014, de 7 de octubre, con cita de la 707/2012, de 27 de noviembre, en un caso de insuficiencia de poder, apreció que el mandatario "actuó bajo mandato aparente", y explicó que "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" (en el caso, los mandatarios de la vendedora estaban integrados en uno de los departamentos legitimados para vender, lo que permite entender razonablemente explicable la confianza en la verdad de la apariencia creada).

5. En el caso que juzgamos, a la vista de los antecedentes recogidos en el primer fundamento de derecho, podemos observar que no fue el representado quien creó la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder (lo que llevaría a la aplicación de los arts. 1259 y 1727 CC). Además, tampoco concurren los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que el banco quede protegido por la confianza que podría generar la apariencia de representación fundada en la intervención notarial y consistente, de una parte, en la existencia de un poder notarial, para cuyo otorgamiento el notario emite un juicio sobre la aptitud para el ejercicio de la capacidad, y, de otra, en el otorgamiento en escritura de los negocios concluidos en representación.

En el presente caso, por el contrario, concurren una serie de circunstancias que permiten concluir que el banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. No solo es que la fianza y la garantía hipotecaria se prestaran a título gratuito, en garantía de una deuda ajena, sino que en la escritura en la que se otorgaron no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, pues por error se hizo constar como compareciente en su propio nombre al padre, y no fue hasta después del inicio del procedimiento de incapacitación -que terminó con sentencia por la que, a requerimiento del Ministerio Fiscal se instaba a la hija a que promoviera las acciones legales respecto de los negocios realizados por su hermano sobre la finca- cuando el notario que había autorizado la escritura la rectificó mediante acta en la que hacía constar que por error se había omitido consignar el poder así como que lo valoraba suficiente para que el apoderado hipotecara la finca. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por Bankia y confirmar el fallo de la sentencia recurrida, dado que si bien la sentencia no entró a valorar si el banco debía quedar protegido por la apariencia generada por la intervención notarial, la solución a la que llega no es contraria a los preceptos que se citan en el recurso tal y como han sido interpretados por la doctrina de la sala.

CUARTO.- Dada la desestimación del recurso, procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas devengadas por el mismo (arts. 398.1 y 394 LEC) y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición (disp. adicional decimoquinta.9 LOPJ).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia dictada con fecha 21 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, en el recurso de apelación n.º 16/2018.

2.º- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas del recurso de casación.

3.º- Acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.