

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 7 DE JULIO DE 2021 (503/2021)**

**Nulidad de negocio representativo
por nulidad del poder por falta del requisito esencial
del consentimiento válido y eficaz**

Comentario a cargo de:
M^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2021

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

ID CENDOJ: 28079119912021100013

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: Nueva sentencia de la acerca nulidad absoluta y de pleno derecho del préstamo hipotecario, lo que significa que su ineficacia es intrínseca, y, por ello, carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de su previa impugnación. Y lo es por la nulidad del poder ya que se cuestiona la prestación del consentimiento del poderdante, en su realización por su propia incapacitación posterior. El negocio de préstamo hipotecario sería inválido por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, ya que la intervención de éste sólo se requiere para destruir la apariencia creada o para vencer la eventual resistencia de terceros. No hay protección de terceros cuando se prueba inexistencia de buena fe y de diligencia media.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del

Tribunal Supremo. 5.1. Otorgamiento de poder. Hipoteca de finca. 5.2. Acta de rectificación. Sentencia de incapacitación. 5.3. Ejecución hipotecaria. Demanda de nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta del requisito esencial del consentimiento, del negocio jurídico de hipoteca. 5.4. La prueba de los hechos: desvirtuado la presunción *iuris tantum* sobre el juicio suficiente de capacidad otorgado por el notario. 5.5. Nulidad del negocio de hipoteca inmobiliaria en garantía de deuda ajena y de la fianza personal, ambas otorgadas por medio de apoderado con poder notarial, y en favor de una entidad de crédito, como garantías de un préstamo dinerario concedido por el Banco a una entidad mercantil (distinta del apoderado). 5.6. Tercero civil. Tercero hipotecario. 5.7. Nulidad del negocio representativo efectos frente a tercero. 5.8. Apariencia de la existencia de poder. 5.9. El carácter gratuito de la fianza. 5.10 Extinción legal del poder. Doctrina jurisprudencial. 5.11. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

El 2 de enero de 2012, D. Obdulio (nacido en 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.

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, cuya garantía era la finca Binidalinet. 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.

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.

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*, y, además, 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*.

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.

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.

D.^a Isidora interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Mare Nostrum S.A. (Bankia S.A. en la actualidad), contra D. Joaquín y, contra la mercantil Venecia Seis 2011 S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia y se declarase 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. También se solicitaba la nulidad radical de la fianza personal en favor de Banco Mare Nostrum prestada en nombre de D. Obdulio según la misma escritura.

Así mismo, solicitaba la condena a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y *ordenando la cancelación en el Registro de la Propiedad* la citada garantía hipotecaria; y al *pago de las costas del procedimiento*, de todos aquellos demandados que no se allanaren a la demanda antes de su contestación. También se interesó la adopción de medidas cautelares.

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.

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.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda.

La sentencia concluía 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.

Así pues, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Mahón dictó sentencia de fecha 17 de noviembre de 2017, en la que se desestimaba íntegramente la demanda de D.ª Isidora contra D. Joaquín, contra Venecia Seis 2011 S.L., así como contra Banco Mare Nostrum S.A., absolviendo 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.

La sentencia razonó que, *aunque el juicio de capacidad notarial constituye una presunción iuris 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”.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la presentación de D.ª Isidora, correspondiendo la resolución de este recurso a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 16/2018.

En el recurso de apelación se *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.

La Audiencia Provincial dictó sentencia el 21 de marzo de 2018, estimando 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.

Por consiguiente, revoca la sentencia de instancia y 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.

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, generó 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.

En definitiva, 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.

También declara la nulidad radical de la fianza personal en favor de Banco Mare Nostrum prestada en nombre de D. Obdulio según la misma escritura.

Y, a consecuencia de tales declaraciones, condena a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento, y ordena la cancelación en el Registro de la Propiedad de la citada garantía hipotecaria.

Por último, impone las costas causadas en primera instancia a la parte demandada que se ha opuesto a la demanda. Pero no se hace especial mención a las costas causadas en esta alzada.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

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, fundamentado en un único motivo por infracción del artículo 1738, en relación con el artículo 1259, del Código Civil.

La Sala acordó 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, dando traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, haciéndolo únicamente D.^a Isidora.

El recuso tiene como base que la sentencia de la AP resuelve 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.

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.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

El representado, D. Joaquín, fue quien creó la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder. No 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. D. Joaquín, hijo de D. Obdulio *no puede ser considerado como un representante con poder*. Y ello porque los efectos de la declaración de nulidad se extienden retroactivamente al momento en que se otorgó la escritura de apoderamiento. Declaración de nulidad que es diferente del supuesto de extinción de un poder válido otorgado por el poderdante. Esto significa que no es que el mandato haya cesado por extinción del poder, sino que el poder es inexistente, al ser nulo, no hay mandato (efectos ex nunc de la nulidad), y, en consecuencia, no es aplicable el art. 1738 CC, que se refiere a las causas que hacen cesar el mandato.

El banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder posteriormente declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia.

5.1. Otorgamiento de poder. Hipoteca de finca

Antes de iniciar el comentario de la sentencia, debemos señalar que esta Sentencia se ha tomado unánimemente por toda la Sala Primera, no hay ningún voto disidente, o en contra de la mayoría.

El problema objeto de análisis se inicia con el contrato de apoderamiento de Obdulio (mandante) en favor de su hijo Joaquín (apoderado o mandatario) el 2 de enero de 2012. Ambas partes firman un poder especial de dispo-

sición y de administración sobre la finca Binidalet. En este caso el mandato pactado es un contrato en que Obdulio, que en este caso es el padre, confía la gestión de uno o más de negocios a su hijo, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo del padre.

El mandatario, Joaquín, puede obrar de dos maneras: lo puede hacer en representación del mandante, asumiendo el mandato como si fuera el padre el que celebra con terceros el acto o contrato, en cuyo caso se producen efectos frente a las partes y frente a terceros; o lo puede hacer en su propio nombre, sin representar al mandante, no dando noticia a terceros de la calidad con la que obra, y en ese caso los efectos se limitan a los contratantes.

Resulta sabido que el elemento esencial del mandato es la representación, donde el mandatario procede en nombre del mandante. En cuanto al poder pactado entre ambos es un poder muy amplio, pues se otorga para todo tipo de gestiones de administración, y también para las más importantes de disposición. A consecuencia de las características del poder otorgado, un poder general es para la realización de todo tipo de actos, que es conferido para que D. Joaquín tenga todas las facultades de un dueño, es decir: enajenar, hipotecar, donar o ejercer cualquier otro acto de dominio relacionado con la finca Binidale de la propiedad del poderdante.

Pues bien, al mes siguiente, ya se hace uso del poder, pues Venecia seis 2011, se convierte en deudora de un crédito hipotecario obtenido de la entidad Bankia, por la cantidad de 500.000 euros, siendo la finca la garantía del préstamo hipotecario.

Resulta interesante detenerse en que, en dicho contrato de préstamo hipotecario, además, había una cláusula, en la que se decía que intervenía D. Obdulio en su propio nombre como fiador personal solidario y, como hipotecante no deudor. Al incluirse la cláusula citada, D. Obdulio se obliga “a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste” (artículo 1.822). Y al ser solidario, el prestamista puede reclamar la deuda al deudor y al fiador, o a más fiadores, si hubiere. La condición de fiador en un préstamo, es tan comprometida como la de deudor principal o codeudor.

La cuestión es que también indica que interviene como hipotecante no deudor, como es sabido, esto significa que incluso sin intervenir (pues lo hace su hijo por él) y sin ser capaz (pues meses después se le considera incapacitado por sentencia) “utilizaría la finca, de la que es propietario, para garantizar la deuda que realmente ha contraído Joaquín en su nombre con el acreedor, Bankia”. Es decir, es D. Obdulio –a través del poder que posteriormente se va a considerar nulo– quien en realidad pone como garantía su inmueble, pero no es deudor, dado que ni recibe dinero ni tiene obligación de devolverlo.

5.2. Acta de rectificación. Sentencia de incapacitación

Un año después, 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*. ¿Por qué

esta rectificación, un año después? O, ¿por qué, sin más, en la escritura de préstamo hipotecario y fianza se hizo constar inicialmente, de un modo erróneo, que el poderdante (Obdulio) intervenía en la misma en nombre propio (cuando no lo hizo), hipotecando y prestando fianza, cuando, en realidad, quien intervino en la misma fue el apoderado (Joaquín)?

Y/o, porque en el acta se hace 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* (aunque en realidad siempre estuvo al margen). Pues, precisamente porque meses antes se había instado el procedimiento para obtener la incapacitación de D. Obdulio, siendo al día siguiente de la rectificación del acta, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Mahón el que declaró la incapacidad total y absoluta de D. Obdulio y nombró tutora a su hija D.^a Isidora.

Sentencia en la que, además, se instaba a su hija tutora a promover las acciones legales oportunas respecto de las operaciones realizadas por su hermano en relación con la finca rústica de D. Obdulio.

Un mes después de la sentencia de incapacitación D. Obdulio falleció, instituyendo herederos a sus dos hijos, D. Joaquín y D.^a Isidora, quien aceptó la herencia a beneficio de inventario mediante escritura notarial de fecha 17 de junio de 2014 tras realizar el inventario de bienes.

5.3. Ejecución hipotecaria. Demanda de nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta del requisito esencial del consentimiento, del negocio jurídico de hipoteca

Ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de préstamo hipotecario, el 3 de febrero de 2012, BMN S.A. (actual Bankia) 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.

D.^a Isidora interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Mare Nostrum S.A. (Bankia S.A. en la actualidad), contra D. Joaquín y, contra la mercantil Venecia Seis 2011 S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia y se declarase la nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta del requisito esencial del consentimiento, del negocio jurídico de hipoteca sobre la finca registral, constituida en nombre de D. Obdulio, ante el Notario Luis Pareja Cerdo, bajo el número 186 de protocolo. También se solicitaba la nulidad radical de la fianza personal en favor de Banco Mare Nostrum prestada en nombre de D. Obdulio según la misma escritura.

Dña. Isadora alega la nulidad absoluta del negocio jurídico de hipoteca sobre la finca registral. Y lo hace porque entiende que el negocio representati-

vo, esto es el contrato realizado de préstamo por la entidad Venecia seis 2011, convirtiéndose en deudora de un crédito hipotecario obtenido de la entidad Bankia, siendo la finca la garantía del préstamo hipotecario, se realiza interviniendo D. Obdulio en su propio nombre como fiador personal solidario y, además, como hipotecante no deudor. D. Obdulio que fue un año después declarado judicialmente incapacitado, pero previamente había otorgado un poder general a su hijo.

Recordemos que un negocio es nulo con nulidad absoluta o de pleno derecho cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de su previa impugnación. Y ello porque se cuestiona la prestación del consentimiento de D. Obdulio en la realización del negocio por su propia incapacitación posterior. De declararse la nulidad, que es lo que persigue su hija, comportaría como consecuencias:

1º la ineficacia inmediata *ipso iure* del contrato de préstamo hipotecario, es decir, que el negocio sería inválido por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, ya que su intervención sólo se requiere para destruir la apariencia creada o vencer la eventual resistencia de terceros.

2º la nulidad también comporta que es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta en contra y a favor de cualquiera.

3º la nulidad no puede sanarse por confirmación.

4º y, finalmente, esa invalidez inicial comporta la nulidad de los actos posteriores que traigan causa del acto nulo, sin otra limitación que la relativa a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del acto.

5.4. *La prueba de los hechos: desvirtuado la presunción iuris tantum sobre el juicio suficiente de capacidad otorgado por el notario*

La solicitud de la nulidad se remonta a la nulidad del poder notarial por falta de válido consentimiento del poderdante y la protección del tercero de buena fe.

Resulta interesante destacar que a la vista de toda la prueba practicada, tanto en el procedimiento de modificación de la capacidad, como en el de solicitud de nulidad radical del poder seguido ante el mismo juzgado de primera instancia (informes psiquiátricos, declaración del médico de cabecera durante treinta años de D. Obdulio, entrevistas a parientes y allegados) se 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. Y, se descartó, además, que la escritura se hubiera podido otorgar en un intervalo lúcido, ni hubo ratificación del poder.

Queda desvirtuada, por consiguiente, la presunción *iuris tantum* del juicio de capacidad notarial por la prueba en contrario al poder pasar inadvertido al notario el alcance real del estado de salud mental del sujeto.

5.5. *Nulidad del negocio de hipoteca inmobiliaria en garantía de deuda ajena y de la fianza personal, ambas otorgadas por medio de apoderado con poder notarial, y en favor de una entidad de crédito, como garantías de un préstamo dinerario concedido por el Banco a una entidad mercantil (distinta del apoderado)*

Tras reconocerse en primera instancia y en apelación la nulidad del poder e impugnado por la hija Isidora el negocio representativo, se asume que la nulidad del poder se traslada al negocio representativo, esto es, el otorgado en ejercicio del poder (la hipoteca en garantía de deuda ajena y la fianza personal).

Al ser originaria la nulidad del poder, por falta de consentimiento (elemento esencial del contrato, art. 1261 CC), y ser declarada judicialmente, aunque en un momento posterior al otorgamiento de la escritura que documenta el negocio representativo, no se presenta ninguna dificultad respecto a la protección del tercero. Y, ¿qué ocurre en el caso de la modificación judicial de la capacidad posterior al negocio, la cual, en principio, no tendría eficacia respecto de actos anteriores a la misma? ¿En qué situación queda el tercero?

D. Joaquín no puede considerarse 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.

Y esto es lo que el propio TS en esta Sentencia establece con acierto. El Alto Tribunal nos aclara aquí que no estamos ante un caso de extinción legal del poder, y, por consiguiente, no es de aplicación el artículo 1738 CC, (precepto que establece que sólo afectará a terceros de buena fe, cuando contratan con el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, siendo por consiguiente lo realizado válido). Y no es de aplicación porque la cuestión a estudiar, en el presente supuesto, se cierne sobre la nulidad del negocio realizado por el mandatario o apoderado, y, lo que es más importante, sobre su oponibilidad frente a tercero. Y parece que el Banco, como tercero, no se vería afectado por la declaración de nulidad si cumpliera ciertos requisitos.

5.6. *Tercero civil. Tercero hipotecario*

Misión importante es la de determinar, por la importancia de sus efectos jurídicos, ~~es~~ qué clase de tercero es el Banco. La entidad bancaria, o la contraparte, realmente es el tercero civil del negocio representativo (esto es, del crédito hipotecario). Y, lo es porque al no concurrir en la formación del negocio representativo no tiene por qué soportar las consecuencias jurídicas derivadas de dicho negocio ajeno, (ni cuando son favorables, ni cuando no lo son). La

doctrina denomina a esta situación el efecto relativo (o principio de la relatividad) de los contratos donde el tercero, extraño a la relación jurídica entre poderdante y apoderado, se halla protegido debido al principio de protección a los terceros a través de la inoponibilidad, es decir, la ineficacia de hacer valer un acto o contrato respecto de terceros, de ahí que le sea “inoponible”.

En Primera Instancia y en apelación se analizó la posibilidad de que este tercero en el negocio representativo fuera un tercero hipotecario (esto es, aquella tercera persona que tendría una titularidad jurídico real que no puede ser despojado de dicho derecho).

El Banco, en su oposición al recurso de apelación, alega que se encuentra en dicha posición por su buena fe, y ello porque 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. Completa su argumento insistiendo en su buena fe (por su desconocimiento de los problemas de salud del poderdante, la existencia de su proceso de incapacitación, y su posterior fallecimiento), e incluso la existencia de diligencia en la concesión del préstamo, al haber realizado un estudio previo de las circunstancias económicas, jurídicas y valoración de la finca para determinar la viabilidad del negocio jurídico. Argumentos que el TS destruye.

Pero la Audiencia es tajante al afirmar que 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 no habiendo consentimiento ni posterior ratificación (arts. 1261 y 1259 CC) y además, 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.

El TS no estudia esta cuestión, pero recordemos que para ser tercero hipotecario se exige que la adquisición del derecho fuese onerosa y que además no fuera parte civil en el negocio que se anula, pues en otro caso el artículo aplicable sería el artículo 33 de la Ley Hipotecaria y no el 34.

En resumen, para que ese tercero, al menos civil, se vea protegido se entiende que debe cumplir ciertos requisitos, siendo los comúnmente enunciados que sea de buena fe y a título oneroso.

5.7. Nulidad del negocio representativo efectos frente a tercero

En este caso de nulidad de un negocio representativo derivada de la nulidad del poder, el Tribunal Supremo va a resolver la cuestión de sus efectos frente a tercero diferenciándolo de *la doctrina general del mandato o poder aparente*.

Y, para ello, la STS analiza, si hubo buena o mala fe por parte de la entidad de crédito prestamista, que además “sería” el potencial tercero protegido. El planteamiento de la entidad bancaria es que en todo momento había confiado

en la apariencia de poder, y, además, arguye que en ningún caso podía haber conocido la situación que dio lugar a la nulidad del poder, pues la declaración judicial de nulidad del mismo fue posterior al otorgamiento del negocio representativo.

Acertadamente el Tribunal Supremo, recuerda la doctrina jurisprudencial sobre mandato aparente, para consolidar su argumentación indicando que en este caso no concurren las circunstancias de un mandato aparente. Y ello por la condición del poderdante, privado de capacidad natural de consentir, que excluiría la imputabilidad al mismo de la apariencia de poder, como por la condición de la entidad bancaria que no cumplió las reglas de exigencia de la diligencia media en el caso de un contrato gratuito, para considerársele de buena fe. Y ello porque “no fue el representado (D. Obdulio, incapacitado) 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).”

Y no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación, porque la fianza y la garantía hipotecaria se prestaron a título gratuito, en garantía de una deuda ajena. Pero, además, como ya adelantábamos anteriormente, en la escritura de préstamo hipotecario y fianza no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, de ahí que surgiese el error y la necesaria rectificación, pues recordemos que se hizo constar como compareciente en su propio nombre al poderdante D. Obdulio, posteriormente incapacitado. De ahí que la rectificación notarial se hiciese con posterioridad.

La doctrina de la apariencia en ningún caso ampara el hecho de que el Banco no interviniera en el otorgamiento del poder que posteriormente fue declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario, y ello, porque en el momento del otorgamiento de dicha escritura, no se hizo referencia ni al poder ni a su suficiencia.

También procede destacar que, al margen de que la apariencia del poder no se considere imputable al poderdante, al valorar la conducta del tercero se tiene en cuenta una circunstancia particular, que es que en la escritura pública que documentó el negocio representativo se expresó por error que el poderdante comparecía en nombre propio ante el notario autorizante, siendo dicha escritura rectificada con posterioridad mediante un acta de rectificación de errores materiales autorizada por el mismo notario autorizante de la rectificada por sí y ante sí con arreglo al artículo 153 del Reglamento Notarial. Lo que parece que el notario autorizante de la misma no emitió el juicio de suficiencia de la representación en presencia del tercero. “En la escritura que otorgaron no se hizo referencia al poder ni por tanto a su suficiencia”, dice la sentencia. Esto es relevante, pues supone conferir un valor particular de protección al tercero a ese juicio de suficiencia notarial, como generador de confianza legítima en el tercero, hasta el punto de que es defendible que la solución pudiera haber sido otra si dicho juicio de suficiencia hubiera existido realmente al

tiempo de otorgarse la escritura pública. Y ello es así, aunque obviamente el notario autorizante de la escritura pública de préstamo hipotecario no podía haber apreciado, al tiempo del otorgamiento de esta, la nulidad de un poder aún no impugnado judicialmente en dicho momento, poder que se había otorgado ante otro notario distinto.

5.8. *Apariencia de la existencia de poder*

En la sentencia objeto de análisis, se citan en su FJ cuarto, los siguientes antecedentes jurisprudenciales, para negar que en el caso que examinamos existe un supuesto de apariencia de la existencia de poder.

Parte el estudio de la propia sentencia, con la alusión a la de 27 de noviembre de 2012, que dirime un pleito entre un Colegio Profesional y una Sociedad de Valores, entre las que existía un contrato de gestión de más de diez años de duración, en relación con ciertas operaciones de venta de productos de inversión realizadas por esta en representación de aquel. El Colegio Profesional alegó que la venta de esos productos no estaba incluida dentro del contrato de gestión celebrado con la Sociedad de Valores, mientras que esta argumentó que había existido una orden verbal en tal sentido del director financiero del Colegio Profesional afectado, lo que se dio por probado.

El Supremo confirma que existía apariencia de representación y para argumentarlo distingue entre el mandato tácito del aparente. Considera que “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”.

En relación con el poder aparente dice la que “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... 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.”

Y ello no ocurre en el supuesto de esta sentencia donde el propio Colegio de Aparejadores propició 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, quien 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...

También nos propone como ejemplo el Tribunal Supremo la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, referida a un contrato de compra entre dos entidades mercantiles, en donde se estima que los empleados de la entidad vendedora vincularon a esta en el contrato, a pesar de la inexistencia de un apoderamiento formal. La sentencia señala que: “Resulta de la interpretación de la primera de las normas del Código Civil invocada por la recurrente en el único motivo de su recurso, 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. Pero también lo es 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.

Por último, se alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2014, en la que se examinaba la suficiencia de la representación de un apoderado para firmar unos avales de una sociedad (Cacaolat) firmados por el presidente del Consejo de Administración de la sociedad avalista, por unos pagarés emitidos por otra sociedad (Clesa), que era su sociedad matriz. No existía acuerdo del Consejo de Administración para otorgar los avales, ni los consintió el apoderado mancomunado.

La sentencia de casación comienza por considerar que el presidente del consejo no tenía ni la representación orgánica ni la voluntaria de la sociedad para el aval. Planteada la cuestión de si su actuación podía estar amparada por un mandato aparente. El Tribunal Supremo estima que su actuación estaba amparada por un mandato aparente, derivando esta consideración de su condición de presidente del Consejo de Administración y de la relación existente entre la avalada (Clesa) y la avalista (Cacaolat), al ser aquella la sociedad dominante de esta.

5.9. El carácter gratuito de la fianza

Debemos detenernos en analizar la cuestión de la causa en la fianza, que es trasladable a la fianza hipotecaria o hipoteca en garantía de deuda ajena. El Código Civil (artículo 1823) nos dice que la fianza puede ser gratuita u onerosa. Generalmente, la causa de la fianza, personal o hipotecaria, puede derivar de las relaciones entre fiador y deudor, más que las que existen entre fiador y acreedor, bastando para que exista onerosidad en la garantía que el garante tenga un interés económico propio en la operación, el cual puede derivar de

su especial relación con la persona deudora (por ejemplo, es el socio principal de la sociedad deudora). En el caso, el apoderado carecía de interés propio en la operación, pero ni siquiera se analiza en las sentencias.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la onerosidad de la fianza, y sus conclusiones se pueden trasladar al *hipotecante en garantía de deuda ajena*. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014 se planteó la onerosidad de la fianza en el marco de un incidente concursal de reintegración y respecto de una fianza prestada por el concursado, así como la anulación de una hipoteca en garantía de deuda ajena prestada por él también. El concursado, fiador e hipotecante no deudor, era una sociedad mercantil, que prestaba las garantías a favor de otra sociedad de su mismo grupo, la cual no atendió a pago alguno de los préstamos garantizados. La sentencia declara, en cuanto a la gratuidad u onerosidad de las garantías que “La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero”.

Reproduce la misma doctrina de la anterior la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, en un supuesto donde los concursados-fiadores eran personas físicas y el deudor garantizado una sociedad mercantil, siendo los fiadores los fundadores de esa sociedad mercantil y perteneciendo en la actualidad a una hija y su esposo. Al haberse constituido la fianza simultáneamente al préstamo, esto solo sirve para rechazar su carácter gratuito indicando, además, el beneficio económico indirecto que el fiador obtuvo de la fianza. El hecho de que la fianza se preste simultáneamente al préstamo implica una presunción de onerosidad. Pero tampoco se exige simultaneidad, pues bastaría para llegar a la misma conclusión la “contextualidad”, esto es, vinculación con la concesión del préstamo. Pero la propia jurisprudencia citada considera que esta simultaneidad o contextualidad de la garantía con la deuda solo implica una presunción *iuris tantum* de onerosidad, que admitiría prueba en contra.

Precisamente, en el caso de la sentencia que analizamos, la constitución de las garantías fue simultánea al préstamo y a pesar de eso la sentencia califica los actos de garantía de “gratuitos”. Esto se explica considerando, lo señalado de la simultaneidad o contextualidad, que solo implica una presunción *iuris tantum* de onerosidad, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Y en el caso lo que parece pesar es la ausencia total de interés del poderdante en la operación.

5.10. Extinción legal del poder. Doctrina jurisprudencial

El artículo 1732 del Código Civil recoge los supuestos de extinción del poder tales como la muerte del poderdante, la revocación del poder... pues bien la doctrina del Tribunal Supremo se centraba en que en supuestos donde el apoderado conocía en el momento de su utilización la causa de extinción del poder, aun cuando hubiese exhibido al notario autorizante la copia autorizada de dicho poder y el tercero no conociese la extinción se relativizaba la protección del tercero. Y ello, frente al criterio general de proteger al tercero de buena fe al margen de la buena o mala fe del apoderado.

El TS mantenía su criterio incluso cuando el poderdante no destruía la apariencia de poder de un modo imputable al mismo, y lo hacía valiéndose de la interpretación estricta del artículo 1738 del Código Civil (“Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”). Su doctrina se centraba en que bastaba con el apoderado fuese de “mala fe” (por conocimiento de la situación que determina la extinción del poder), para que el negocio representativo fuera ineficaz, y sin concretar en que el tercero era o no de mala fe. La cuestión estriba en la dificultad de probar, en algunos casos, el conocimiento por el apoderado de la situación que determina la extinción del poder y consecuentemente su mala fe.

Esta doctrina es mantenida en varias sentencias, como se indica por el propio Tribunal en la sentencia que comentamos.

La primera de las sentencias que trae a colación el TS, es la de 24 de octubre de 2008 cuyo supuesto se basa en la hipoteca por el esposo de dos chalets propiedad de su mujer, haciendo uso de un poder general, cuando la esposa ya había fallecido. La hipoteca se constituyó en garantía de deuda ajena, siendo la parte deudora una Fundación. Uno de los hijos de la esposa fallecida presenta demanda solicitando la nulidad de la hipoteca y el TS resuelve declarando la nulidad de la hipoteca y de una fianza personal constituida también en nombre de la esposa. Y concreta que la nulidad “no vincula al mandante (artículo 1727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1725 CC). La excepción a la regla general viene dada por el citado artículo 1738 CC...”.

Como anteriormente hemos expuesto para la validez del negocio representativo es necesario que se cumplan las dos condiciones del art. 1738 CC, esto es que el tercero (entidad bancaria) actúe de buena fe, esto es, que desconozca la extinción del mandato que se produce en este caso, pero no la segunda, relativa al hecho de que el apoderado en el momento de constituir la hipoteca desconociese el hecho de la muerte de su esposa, que no se produce y que ni siquiera se discute en la sentencia.

Y, además, la sentencia realiza una afirmación tajante, al señalar que “la tesis sostenida en el recurso en aras a la ultra actividad del mandato por razón

exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incompatible con el propio texto de la norma”.

La otra sentencia es la de 13 de febrero de 2014, en la que el apoderado utiliza un poder otorgado por sus padres para vender en escritura pública una finca de aquéllos a una sociedad mercantil, cuando ambos ya habían fallecido. Al igual que en el supuesto anterior, el fundamento del recurso de casación se basaba en que la buena fe del tercer adquirente debería ser suficiente para mantener la eficacia del negocio. El TS, basándose en la sentencia de 24 de octubre de 2008, señala la diferencia entre los artículos 1734 y 1738: “Del mismo modo, una interpretación “a contrario sensu” de lo dispuesto por el artículo 1734 del Código Civil (cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber) lleva a considerar que, si se trata de un mandato general, la revocación sí puede perjudicar a los terceros, salvo que concurra el supuesto excepcional previsto en el artículo 1738, que requiere la buena fe por parte de mandatario y tercero”.

Por último, la Sentencia de 19 de julio de 2018 que sigue dicha doctrina versa sobre el otorgamiento del poder, realizado para financiar la adquisición de la vivienda mediante un préstamo hipotecario. Aunque fue la propia apoderada quien personalmente concertó el préstamo hipotecario y atendió al pago de las cuotas del mismo. Tras la ruptura de la relación sentimental entre la poderdante y el apoderado, aquélla no revocó el poder y el apoderado, en uso de ese mismo poder, constituyó otra hipoteca, en garantía de un préstamo concedido a su favor, siendo prestamista aparentemente un particular. Tras el impago de esta segunda hipoteca (negocio representativo) se ejecuta la hipoteca de la vivienda habitual de la apoderada, y es en el marco de la ejecución de esta segunda hipoteca cuando se plantea la controversia sobre la vigencia del poder, como determinante de la validez de la propia hipoteca ejecutada.

Los Tribunales de Instancia consideraron revocado el poder, aun admitiendo que la poderdante no otorgó una revocación “formal”, sino que fue “tácita” tras la ruptura, prolongada y definitiva (se hizo uso del poder 17 años después). El actuante no podía razonablemente desconocer que la voluntad de la (en su momento) poderdante era contraria al uso del mismo.

El Tribunal Supremo siguió este planteamiento indicando que la revocación de un poder no tiene que ser necesariamente formal, ya que sería equivalente a la misma el conocimiento, o incluso la simple posibilidad de conocimiento, por el apoderado de la presunta voluntad del poderdante de que el poder quede extinguido, indicando que “En cualquier caso, contra lo que dice el recurrente, el efecto que persigue la revocación es que el representado no siga vinculado por la actuación del representante y se alcanza también cuando se considera probado que el representante la conoció o pudo conocerla con una diligencia... (porque) conocía y sabía que no podía usar el poder pasados diecisiete años desde la pérdida de relación con la apoderada”.

Por su parte, el prestamista alegaba a favor de la validez de la actuación del mandatario, el que no le había sido notificada la revocación, lo que, en unión a la buena fe, del tercero, determinaría la aplicación del artículo 1738 del Código Civil, según la jurisprudencia citada. El TS le achaca la inexistencia de su diligencia o al menos su suficiencia, teniendo en cuenta la posible sospecha de apariencia de subsistencia del poder, precisamente por su antigüedad, añadiendo, además, que “no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, a quien conoció en la notaría.”

5.11. Conclusión

I. El elemento esencial del mandato representativo (en el que el mandatario procede en nombre del mandante) es, obviamente, la representación. El poder se declara nulo con nulidad absoluta o de pleno derecho lo que significa que su ineficacia es intrínseca, y, por ello, carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de su previa impugnación. Y lo es porque se cuestiona la prestación del consentimiento de D. Obdulio, poderdante, en su realización por su propia incapacitación posterior. Nulidad que comporta como consecuencia, la ineficacia inmediata *ipso iure* del contrato de préstamo hipotecario, es decir, que el negocio sería inválido por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, ya que su intervención sólo se requiere para destruir la apariencia creada o para vencer la eventual resistencia de terceros.

La trascendencia de la nulidad, supone, por último, la nulidad de los actos posteriores que traigan causa del acto nulo, sin otra limitación que la relativa a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del acto.

Queda desvirtuada la presunción *iuris tantum* del juicio de capacidad notarial por la prueba en contrario al poder pasar inadvertido al notario el alcance real del estado de salud mental del sujeto.

II. La nulidad del poder se traslada al negocio representativo, esto es, el otorgado en ejercicio del poder (la hipoteca en garantía de deuda ajena y la fianza personal).

Al ser originaria la nulidad del poder por falta de consentimiento (elemento esencial del contrato, art. 1261 CC), y ser declarada judicialmente, aunque en un momento posterior al otorgamiento de la escritura que documenta el negocio representativo, no se presenta ninguna dificultad respecto a la protección del tercero. D. Joaquín no puede considerarse representante con poder, pues los efectos de la declaración de nulidad se extienden retroactivamente al momento en que se otorgó la escritura de apoderamiento.

III. No nos encontramos 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.

Nulidad oponible frente a tercero. Nulidad que no afectaría al tercero (Banco) si cumpliera ciertos requisitos. La entidad Bancaria es el tercero civil del negocio representativo ya que ni concurre en la formación del negocio representativo y por consiguiente no tiene por qué soportar las consecuencias jurídicas derivadas de dicho negocio ajeno, consecuencia del principio de la relatividad de los contratos. El tercero, extraño a la relación jurídica entre poderdante y apoderado, se halla protegido debido al principio de protección a los terceros a través de la inoponibilidad, es decir, la ineficacia de hacer valer un acto o contrato respecto de terceros, de ahí que le sea “inoponible”.

El Banco no es un tercero hipotecario, para ser protegido debe cumplirse ciertos requisitos ser de buena fe y a título oneroso.

IV. Inexistencia de mandato aparente pues la condición del poderdante, privado de capacidad natural de consentir, excluye la imputabilidad al mismo de la apariencia de poder.

Para que hubiera en nuestro supuesto mandato aparente, el mandante D. Obdulio, con su comportamiento, generaría en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado por la actitud del mandatario, D. Joaquín, que actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación. Cosa que en nuestro caso no hubo.

En caso de mandato aparente, para que el tercero pudiera ser mantenido en su contrato, debe demostrarse que el tercero lo realizó de buena fe con un representante aparente... se exige que el tercero haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino en la consistencia de una situación objetiva, sin poder imputársele negligencia.

No hay mandato aparente, sino lo que hay es nulidad del negocio representativo, generado en la nulidad del poder.

V. La constitución de las garantías, fianza solidaria y de hipotecante no deudor, fue simultánea al préstamo y a pesar de eso la sentencia califica los actos de garantía de “gratuitos”, por la ausencia total de interés del poderdante en la operación. Esto se explica considerando, lo señalado de la simultaneidad o contextualidad, que solo implica una presunción iuris tantum de onerosidad, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.