



Roj: STS 2849/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100260  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 136/2009  
Nº de Resolución: 803/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de extraordinario por infracción procesal que con el n.º 136/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé y D. Diego , aquí representados por la procuradora D.ª Adela Cano Lantero, contra la sentencia de 4 de noviembre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 687/2008, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 657/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valencia . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de Interpol Ltd.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valencia dictó sentencia de 15 de abril de 2008, en el juicio ordinario n.º 657/2007 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»1.º Estimando en parte la demanda interpuesta por Interpol Ltd:

»A) Condono a D. Bartolomé a abonar a la actora la cantidad de trescientos treinta y cinco mil trescientos veintisiete dólares norteamericanos con cuarenta y seis centavos (\$ 335 327,46) más los intereses legales de dicha cantidad desde el 16 de mayo de 2007.

»B) Condono a D. Diego a abonar a la actora la cantidad de sesenta y dos mil ochocientos dos dólares norteamericanos con cuarenta y seis centavos (\$ 62 802,46), más los intereses legales de dicha cantidad desde el 16 de mayo de 2007.

»2.º Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene, en síntesis, las siguientes declaraciones:

1. La entidad demandante entabla una acción de responsabilidad civil por negligencia profesional de los notarios demandados, y reclama la indemnización por lucro cesante consistente en el beneficio dejado de obtener por la falta de disponibilidad de determinados contenedores de su propiedad, que fueron objeto de subastas notariales con intervención de los demandados, posteriormente declaradas nulas en un proceso judicial.

Con cita de los artículos 1902 del Código Civil y 146 y concordantes del Reglamento Notarial , se atribuye a los demandados una actuación negligente generadora del daño sufrido por la actora, en un doble aspecto:

- Por haber aceptado el requerimiento y subastado los contenedores pese a la falta del derecho del requirente, puesto que debieron exigir a este que acreditara la realidad del crédito y su conocimiento por el deudor, porque el crédito del consignatario frente a la naviera no esta protegido mediante el derecho a retener en prenda y porque el derecho a retener no otorga el derecho a realizar la prenda.

- Por haber incurrido en graves defectos formales durante la ejecución de la subasta, en concreto, los siguientes: los notarios debieron requerir de pago previamente al deudor, no se citó al propietario de los contenedores, aquí demandante, para asistir a la subasta y no se dio la suficiente publicidad a la subasta, ni transcurrió un plazo suficiente entre su anuncio y su celebración.

2. Los demandados se oponen a estas pretensiones alegando, en cuanto al fondo de la cuestión, que su actuación fue irreprochable por los siguientes motivos:

- El notario no puede negarse a actuar cuando es requerido para ello por persona con interés legítimo.

- Nos encontramos ante una subasta voluntaria, en la cual el notario no puede entrar a valorar el derecho del acreedor, y puede aplicarse por analogía lo dispuesto en los artículos 2048 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, los cuales establecen unos requisitos mínimos que fueron cumplidos en este caso.

- La entidad requirente nunca afirmó que los contenedores cuya subasta pretendía no eran propiedad del deudor.

- La entidad requirente tenía, a juicio de los notarios, interés legítimo, derecho de prenda y facultad de enajenación de los contenedores, según la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1987.

- Los supuestos defectos formales de las subastas no son tales, siendo inexigibles algunos de los que denuncia la demandante, mientras que otros fueron cumplidos.

3. Se desestiman las alegaciones de la demandante en cuanto a la existencia de negligencia de los demandados derivada de la aceptación del requerimiento y subasta.

4. Se desestiman las alegaciones de la demandante en cuanto a la existencia de negligencia de los demandados derivada de los defectos formales en la autorización de la subasta, consistentes en irregularidades en el requerimiento previo de pago practicado a la deudora y en la publicidad de la subasta.

5. «Existe otra formalidad cuyo incumplimiento debe considerarse inexcusable a los efectos de la realización de las subastas, cual es la ausencia de citación a las mismas de la demandante Interpool Ltd, en cuanto aparente propietaria de una parte de los contenedores subastados, en virtud de la matrícula o siglas de identificación de los mismos.

»Dicho requisito deriva directamente del artículo 1872 del Código Civil, y no de una aplicación analógica de normas reguladoras de otra clase de subastas, pues dicho precepto establece que la enajenación habrá de hacerse "precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso", de donde se sigue la necesidad de efectuar una comunicación o citación expresa al deudor y otra al dueño del bien objeto de la prenda, en caso de tratarse de una persona o entidad distinta, y en los casos que nos ocupan se verificó solamente la primera (mediante la remisión de la mencionada carta a la compañía Cho Yang), pero no la segunda, pues se omitió completamente cualquier comunicación a Interpool Ltd. La condición de esta última como presunta propietaria de una parte de los contenedores que iban a ser subastados resulta de los propios listados que constan en las actas notariales de requerimiento, en los cuales, junto a un numeroso grupo de contenedores identificados como "CYLU", aparecen otros identificados con las letras "INBU" e "INKU", y ha quedado justificado en el procedimiento que las primeras siglas corresponden a la entidad Cho Yang y las otras dos a la demandante Interpool Ltd, en la relación de la Oficina Internacional de Contenedores - *Bureau International des Containers*, BIC- (documentos 9 y 10 de la demanda, consistentes en una publicación de dicha entidad y una impresión de la página web de la misma, incluyendo los códigos de identificación de propietarios por sus siglas, entre las cuales se encuentran las referidas, y asimismo declaración testifical de los Sres. Marcial, Rodrigo y Vidal). Es este un organismo privado, pero de amplia difusión internacional que contribuye, mediante la asignación de dichos códigos, a identificar al propietario de cada contenedor destinado al transporte marítimo. Y si bien es cierto que las siglas también pueden corresponder al operador habitual del contenedor que no sea su propietario (por ejemplo, arrendatario) y que este medio de publicidad no es más que una presunción que admite prueba en contrario, lo cierto es que la presencia en los listados para la subasta que presentaba Ibermarítima de numerosos contenedores con siglas pertenecientes a una compañía que no era la entidad deudora exigía identificar a ese propietario a través de la relación del BIC y dirigir una comunicación al mismo de la subasta, por imposición del citado artículo 1872 del Código Civil. Hay que tener en cuenta que las sentencias dictadas en el procedimiento anterior consideraron no acreditada la propiedad de la demandante sobre los contenedores identificados con las siglas CYLU precisamente en atención a la eficacia presuntiva del código del BIC, mencionando la sentencia de la Audiencia Provincial que el mismo "constituye un registro

de códigos para la identificación de propietarios y operadores de contenedores, y aun cuando ciertamente se trate de un registro privado está reconocido por diversas organizaciones internacionales de transporte, tratándose en suma de un efectivo sistema de control respecto de la identidad del propietario u operador". Por otra parte, los demandados argumentan que la entidad requirente nunca afirmó que los contenedores cuya subasta pretendía no eran propiedad del deudor Cho Yang, ocultando tal circunstancia a los demandados, y de hecho aducen (pagina 9 de su contestación) que "el principal modo de comprobación sobre la titularidad de los contenedores destinados al tráfico marítimo es el registro del *Bureau International des Containners* (BIC), en el cual consta que Cho Yang es la propietaria de los contenedores con la identificación CYLU Por ello mis representados no podían suponer que los contenedores no eran propiedad de quien Ibermarítima afirmó que era su titular", pero es que dicha circunstancia concurría solamente respecto a una parte de los contenedores que iban a ser objeto de la subasta, pues otros muchos estaban marcados con las siglas "INBU" e "INKU", lo que implica que, con independencia de la conducta ciertamente interesada de Ibermarítima, que habiendo iniciado con anterioridad la devolución de contenedores a Interpool Ltd, omitió completamente la referencia a esta compañía en su requerimiento para subasta, los notarios demandados tenían a su disposición una relación de unidades que comprendía, junto a las identificadas como propiedad de Cho Yang, otras que en el registro publico están asociadas a Interpool Ltd, dato este que imponía exigir la comunicación a la misma de la subasta, y negar en caso contrario su realización, por incumplimiento de un requisito establecido en la única norma directamente aplicable a esta clase de subastas, el artículo 1872 del Código Civil . Por otra parte, es indiscutible la eficacia que dicha citación habría tenido, al advertir precisamente a la entidad propietaria de los contenedores de la enajenación de los mismos, deduciéndose de su actividad posterior su interés directo en impedir la misma. [...]

»Cabe concluir, por todo lo expuesto, que queda probada la actuación negligente de los demandados por haber aceptado el requerimiento para subastas y autorizado las mismas sobre la totalidad de contenedores en poder de Ibermarítima, pese a que una parte de los mismos estaban identificados a través del código BIC como pertenecientes a Interpool Ltd, y sin embargo dicho requerimiento no incluía la citación a las subastas de dicha entidad, y por tanto dicho trámite no fue verificado».

6. La actora ha probado suficientemente los perjuicios que se reclaman en la demanda.

7. Concorre la relación de causalidad entre la acción negligente de los demandados y el perjuicio ocasionado por la no disponibilidad de los contenedores identificados como INBU y INKU.

8. Se fija la cantidad que debe pagar D. Bartolomé en \$ 335 327,46, y la cantidad que debe pagar D. Diego en \$ 62 802,46

9. Procede la imposición de los intereses legales desde el 16 de mayo de 2007, fecha de la interposición de la demanda.

10. La estimación parcial de la demanda supone que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

**TERCERO.-** La Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, dictó sentencia de 4 de noviembre de 2008, en el rollo de apelación n.º 687/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de D. Diego y D. Bartolomé contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia en fecha 15 de abril de 2008 en autos de juicio ordinario 657/2007 la que confirmamos íntegramente y todo ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta alzada. Y desestimamos la impugnación formulada por Interpool Ltd con expresa imposición a la impugnante de las costas ocasionadas por su recurso».

**CUARTO.-** La sentencia contiene, en lo que interesa para la resolución del recurso, los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. La representación de la parte actora ejerció acción sobre reclamación de cantidad con fundamento en las siguientes consideraciones: la demandante es una sociedad norteamericana que se dedica al arrendamiento financiero de contenedores destinados al transporte marítimo arrendándolos a distintas navieras y recibiendo como contraprestación una cuota periódica de alquiler. Interpool Ltd y la naviera Cho Yang Shipping Ltd firmaron en noviembre de 1991 un convenio de asociación y arrendamiento de equipo por el cual la primera como propietaria arrendaba a largo plazo a la naviera según las necesidades de esta en cada momento, una serie de contenedores. Se efectuaron por la esta última varios pedidos específicos

a Interpool Ltd adquiriendo la demandante de los respectivos fabricantes los contenedores y suscribiendo después con Cho Yang contratos particulares de arrendamiento financiero denominados contratos-cuenta. A principios de 2001 Cho Yang se vio envuelta en una crisis financiera de gran importancia que motivó que cesara de forma generalizada sus pagos e iniciara un procedimiento de insolvencia produciéndose una rescisión de todos los contratos de arrendamiento suscritos debiéndose restituir todos los contenedores a la actora. Puesto que los mismos se encontraban repartidos por los principales puertos del mundo, tanto la naviera como Interpool Ltd se pusieron en contacto con todos y cada uno de los agentes consignatarios de Cho Yang Shipping Ltd reclamando la entrega. Desde el 6 de mayo de 2001 y en sucesivas fechas la demandante se dirigió a la mercantil Ibermarítima, S.A. agente consignatario de la naviera en Valencia solicitando la devolución de los contenedores adscritos a sus contratos procediendo esta inicialmente a devolver un número importante de contenedores. Sin embargo el 13 de septiembre de 2001, cuando quedaban al menos 552 contenedores pendientes de ser entregados a Interpool Ltd, Ibermarítima, S.A., informó que no podía devolver más contenedores porque los había vendido en pública subasta. Se solicitó al Juzgado de Primera Instancia número 14 de Valencia la adopción de medidas cautelares consistentes en el depósito judicial de los contenedores, formulando oposición Ibermarítima, S.A. por lo que se celebró una vista en la que el consignatario aportó en acreditación de su derecho a subastar los contenedores una escritura de adjudicación intervenida por D. Bartolomé y un acta de subasta autorizada por D. Diego . Los notarios demandados subastaron 1 337 contenedores utilizados por Cho Yang en ejecución del derecho de prenda de los artículos 1730 y 1780 del Código Civil y 276 y 303 del Código de Comercio para la satisfacción de diferentes créditos que la consignataria decía ostentar contra la naviera. En fecha 26 de marzo de 2002 Interpool Ltd dirigió sendas comunicaciones a los notarios intervinientes a fin de que manifestaran si los citados instrumentos notariales constituían título de propiedad valido sobre los contenedores. Asimismo en fecha 9 de abril se presentó demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción reivindicatoria contra Ibermarítima, S.A. y Vapores Suardiaz Valencia, S.A. dictándose por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia en fecha 18 de febrero de 2004 sentencia por la que se declaraba entre otros pronunciamientos la nulidad de las subastas y de sus adjudicaciones condenando a Ibermarítima, S.A: al abono de los daños y perjuicios sufridos por la actora por la perdida de ingresos por la explotación de los contenedores, desde el 15 de mayo de 2001 hasta la fecha de su efectiva entrega. Interpool Ltd trasladó la sentencia a los notarios demandados y al Ilustre Colegio Notarial de Valencia haciéndoles responsables de los daños y perjuicios ocasionados y solicitando los datos de su seguro de responsabilidad civil. La Junta Directiva del Colegio rechazó tal solicitud por falta de firmeza de la aludida sentencia. Sin embargo la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia vino a confirmarla aunque pese a ello en ningún momento se llegó a recibir una propuesta de pago clara y definitiva. En cuanto a Ibermarítima, S.A. y Vapores Suardiaz, S.A. se llegó a un acuerdo transaccional en fecha 19 de enero de 2006 reservándose la actora la cantidad correspondiente a daños y perjuicios por falta de explotación de los contenedores para reclamarla a los notarios que autorizaron las subastas. Por tal concepto se reclaman \$ 652 034,59 en función de los días que estuvieron inutilizados y el importe del alquiler diario según el correspondiente contrato de arrendamiento al que estaban adscritos. La fecha inicial será la de las respectivas subastas y la final, la correspondiente a la devolución o la fecha de la transacción para los contenedores que no pudieron ser devueltos. Las subastas autorizadas por los notarios demandados fueron declaradas nulas por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, coincidiendo en que Ibermarítima, S.A. y Vapores Suardiaz, S.A. carecían del derecho a realizar ni tan siquiera a retener los contenedores. Tales irregularidades debieron llevar a los demandados a rechazar su intervención por cuanto el crédito reclamado era arbitrario, no estaba acreditado, y además el crédito de un agente frente a su principal no esta protegido mediante el derecho a retener en prenda y en todo caso el derecho a retener, no otorga el derecho a realizar los bienes. Además concurren graves defectos formales en las subastas: falta de requerimiento de pago previo al deudor, defecto en su citación, falta de citación al propietario de los contenedores, falta de publicidad e insuficiencia de plazo entre la notificación y la celebración de la subasta. Por todo ello concluía interesando se dicte sentencia por la que se condene a D. Bartolomé al pago de la cantidad de 500 373,84 dólares y a D. Diego al pago de la cantidad de 151 660,75 dólares todo ello más intereses y con expresa imposición de las costas del procedimiento.

»La parte demandada compareció y formuló oposición a la demanda que en síntesis basaba en las siguientes argumentaciones: no se acepta que los contenedores identificados con las letras CYLU sean propiedad de la demandante. Por otra parte, en el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 y confirmado por la Audiencia se excluyó el lucro cesante de los contenedores identificados con tales siglas debiendo tener dicho pronunciamiento la consideración de cosa juzgada para la actora. No es cierto que la demandante ignorara hasta septiembre la celebración de las subastas notariales. Se impugnaba asimismo la relación de daños y perjuicios que reclama la contraparte y especialmente el lucro cesante por

falta de arrendamiento de los contenedores y ello por cuanto la actuación de los notarios demandados no ha causado a la actora el daño cuya indemnización se reclama, ni existe relación de causalidad entre el perjuicio supuestamente sufrido y la actuación notarial. Además, la actuación dolosa de Ibermarítima, S.A. rompe el necesario nexo de causalidad entre la actuación notarial y el daño padecido, que por otra parte, pudo ser evitado. Por otra parte, y en cuanto a la actuación notarial, ponía la demandada de manifiesto que el notario no puede negarse a actuar cuando es requerido para ello por persona con interés legítimo pues en el caso de subastas voluntarias debe limitarse a dar fe del cumplimiento de las formalidades legales, pero sin entrar a valorar o interpretar normas respecto de la validez del derecho del acreedor. Así, la entidad requirente nunca afirmó que los contenedores cuya subasta pretendía no eran propiedad del deudor Cho Yang, y por tanto tenía a juicio de los demandados interés legítimo, derecho de prenda y facultad de enajenación de los contenedores. Por último, las formalidades exigidas para la realización de las subastas se ajustaron a las exigencias de la *lex artis* de la actividad notarial, no siéndole imputable a los demandados negligencia alguna. Por todo ello concluía la representación de los Sres. Bartolomé y Diego interesando que se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones deducidas en su contra.

»Agotados los trámites pertinentes y practicadas las pruebas admitidas, por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia se dictó en fecha 15 de abril de 2008, sentencia por la que estimaba parcialmente la demanda sin hacer expresa imposición de las costas del procedimiento.

»Segundo. Contra la referida sentencia se alzan las representaciones de las partes actora y demandada interponiendo sendos recursos de apelación que pasan a analizarse seguidamente:

»A) Recurso de apelación formulado por la representación de D. Bartolomé y D. Diego que se basa en los siguientes motivos de impugnación.

»1. Negligencia de los demandados: un notario español, aunque se le debe exigir un estándar de diligencia superior al de un buen padre de familia o un diligente empresario, no tiene porqué conocer ni siquiera la existencia y mucho menos las normas de registro del BIC, por cuanto este es un organismo extranjero. Además, se trata de un registro privado y no de la propiedad sino de la posesión, que carece por tanto de fiabilidad.

»2. Relación de causalidad: no existe relación causa-efecto entre las subastas realizadas por los notarios demandados y el daño supuestamente causado a la actora. Y ello por cuanto si hipotéticamente se suprime la intervención de los Notarios demandados resulta que el otorgamiento de las actas no resulta trascendente ni decisivo ni para que Ibermarítima adquiera la posesión de los contenedores, puesto que ya la tenía, ni para que la mantuviera después. Por otra parte, los notarios no tenían disponibilidad alguna respecto a los contenedores y por lo tanto mal podían entregarlos a la actora.

»3. El computo del periodo del lucro cesante: resulta improcedente el *dies ad quem* del computo del periodo durante el que se produjo el lucro cesante pues a partir de febrero de 2002 Interpool Ltd tenía un mandato judicial para obligar a Ibermarítima, S.A. a depositar los contenedores y esta no lo hizo no solo entonces, sino cuando recayó sentencia en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 14. En ningún caso es imputable a los recurrentes el daño que pudiera sufrir Interpool Ltd a partir del 8 de febrero de 2002 fecha en la que el juzgado dio la orden de devolver los contenedores a Ibermarítima, S.A. por lo que no es de recibo sostener que los demandados han de responder hasta que los contenedores se recuperaron o en su caso hasta el 19 de enero de 2006 en que Interpool Ltd e Ibermarítima, S.A. llegaron a un acuerdo. En ultimo caso, el *dies ad quem* habría de terminar el día en que se dictó sentencia en primera instancia.

»Dichos motivos serán objeto de análisis seguidamente:

»En lo atinente al primero y tercero de los invocados debe decirse que las cuestiones en los mismos suscitadas no fueron objeto de alegación en el escrito de contestación a la demanda y ello conlleva que tales extemporáneas y novedosas argumentaciones se vean abocadas al fracaso en esta alzada en aplicación del principio de preclusión recogido en el artículo 456 de la LEC, que viene a establecer la prohibición de la *mutatio libelli*, pues la apelación no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho *pendente appellatione nihil innovetur* ( STS, entre otras, de 28 de noviembre de 1983, 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984 y 20 de mayo de 1986 ). Y es que en virtud del recurso de apelación solo puede perseguirse la revocación de la sentencia con arreglo a idénticos fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia y así, de acuerdo con esta terminante dicción las partes no pueden alterar las posiciones procesales que hubieran mantenido tal y como quedaron definitivamente fijadas

tras las distintas oportunidades alegatorias reconocidas según la clase de procedimiento seguido pues de accederse a entrar en el conocimiento de este asunto, se causaría indefensión a la adversa, con infracción del artículo 24 CE , en cuanto no pudieron ser rebatidas por esta sus argumentaciones en el momento oportuno ( SSTS 15 de abril de 1991 , 14 de octubre de 1991 , 28 de enero de 1995 , 28 de noviembre de 1995 ) y no se le dio posibilidad de alegar y probar lo conveniente a su derecho (STSS 3 de abril de 1993 que cita las de 5 de noviembre de 1991, 20 de diciembre de 1991, 18 de junio de 1990, 20 de noviembre de 1990 e igualmente STS 25 de febrero de 1995 ). Se infiere de lo expuesto, que dichos motivos de impugnación son improsperables.

»En cuanto al segundo de los invocados, igual suerte desestimatoria ha de correr, [...].

»B) Impugnación de la sentencia que formula Interpool LTD. [...].

»Procede concluir de cuanto se ha expuesto en la desestimación del recurso de apelación formulado, resolviendo conforme se dirá en el fallo de la presente sentencia.

»Tercero. Establece el artículo 398 de la LEC . Que cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394 LEC .

»En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes».

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Bartolomé y D. Diego se formula el siguiente motivo único de impugnación:

«El [motivo] previsto en el artículo 469.1.2.º LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al haberse vulnerado el artículo 456 LEC en relación con el artículo 218 LEC ».

Se basa este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

Según reiterada y conocida doctrina constitucional y jurisprudencia, el recurso de apelación constituye en nuestro sistema una revisión del proceso de primera instancia, por lo que el Tribunal, en uso de su potestad jurisdiccional, se encuentra facultado para realizar un total y nuevo enjuiciamiento de los hechos, en su triple vertiente de fijar los hechos, valorar las pruebas e interpretar las normas aplicables.

Cita las SSTS de 15 de enero de 1996 [RJ 1996\243 ] y 4 de noviembre de 1996 [RJ 1996\8420].

Cita y transcribe los artículos 456.1 LEC y 218.1 LEC .

Los márgenes del recurso de apelación no permiten la mutación del objeto del proceso, o la extralimitación en la causa de pedir, ni la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos.

Cita las SSTS de 8 de junio de 1993 , 7 de octubre de 1994 [RJ 1994\7715 ], 24 de octubre de 1995 [RJ 1995\7846 ] y 3 de noviembre de 1998 [RJ 1998\8258].

En el caso que nos ocupa, no se ha producido una mutación del objeto del proceso, ni se ha variado la causa de pedir, ni se han planteado problemas distintos a los que se discutieron en la demanda y su contestación sino los mismos. Así en el apartado A) del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida se recogen en resumen los tres motivos de impugnación que esta parte artículo contra la sentencia dictada en primera instancia y que se titulaban: 1) negligencia de los demandados, 2) relación de causalidad, y 3) cómputo del periodo de lucro cesante.

Tras el resumen de los tres motivos de impugnación citados, la sentencia impugnada considera que, en lo atinente a los motivos primero y tercero del recurso de apelación, se trata de introducir cuestiones «extemporáneas y novedosas», por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 456 LEC , se rechazan sin entrar en su análisis.

No se ajusta a la realidad la afirmación contenida en la sentencia recurrida según la cual las cuestiones referidas fueron extemporáneas y novedosas, ya que derivan de la aplicación a la conducta de los demandados de lo dispuesto en el artículo 1872 del Código Civil .

En el escrito de contestación a la demanda se planteó la cuestión de la citación del propietario de los contenedores y la posibilidad, o no, de conocer su identidad a través del BIC, en los siguientes términos:

«b) Falta de citación al propietario de los contenedores.

»Debe señalarse que, como ya hemos expuesto, Ibermarítima, S.A. nunca indicó a mis mandantes que el propietario de los contenedores fuera una entidad diferente de Cho Yang, la cual constaba como propietaria

en el Registro del *Bureau International des Containers* , por cuyo motivo no se les puede exigir que notificaran la celebración de la subasta a quien no sabían de su existencia. Además el artículo 1872 del Código Civil , emplea la expresión "del dueño de la prenda en su caso", de lo que debemos deducir que no es imprescindible la identificación del propietario».

Ante dicha alegación, en la sentencia de primera instancia se imputa a los recurrentes la infracción de lo dispuesto en el artículo 1872 del Código Civil , por no haber notificado a Interpool Ltd., argumentando al respecto que mis representados deberían saber que dicha entidad era la propietaria por cuanto, según el BIC, los identificadores INBU e INKU corresponden a dicha mercantil.

En consecuencia, no se ajusta en modo alguno a la realidad que las alegaciones que formulamos al recurrir en apelación, respecto de la negligencia de los demandados supongan una *mutatio libelli* , sobre todo teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia, después de analizar y rechazar los restantes argumentos mediante los cuales pretendía la parte actora imputar negligencia a mis patrocinados, acaba estimando parcialmente la demanda precisamente por el hecho de que los notarios demandados podían haber conocido la identidad del propietario de los contenedores a través del BIC.

Esta parte esta perfectamente legitimada, sin infringir lo dispuesto en el artículo 456.1 LEC , para impugnar el fundamento con base al cual se ha estimado la demanda y que fue la posibilidad de los notarios de conocer la identidad del propietario de los contenedores.

Debe tenerse en cuenta que la parte actora, en su escrito de oposición al recurso de apelación formulado por esta parte, no consideró que se hubiera producido una *mutatio libelli* y se limitó a indicar que, en su criterio, los recurrentes no habían cumplido las exigencias del artículo 1872 del Código Civil .

La sentencia recurrida ha rechazado, sin analizar dos de los tres motivos del recurso de apelación interpuesto, declarando injustificadamente, que no se habían alegado en la demanda y en su contestación, cuando no solo no ocurrió así, sino que la sentencia de primera instancia fundamenta la supuesta negligencia de los demandados en la falta de notificación al propietario de los contenedores, que es precisamente lo que se trató de impugnar en el primero de los motivos del recurso de apelación.

Procede la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y, declarando la nulidad de la sentencia recurrida, remitir los autos a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, a fin de que, por la misma, se dicte nueva sentencia analizando la totalidad de los motivos alegados en el escrito de recurso de apelación.

Termina la parte recurrente solicitando a la Sala que «en su día, previos los tramites reglamentarios, se dicte sentencia por la que estimando el recurso extraordinario por infracción procesal, declare la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia y acuerde que se devuelvan los autos a la misma a fin de que dicte nueva sentencia entrando a analizar todos y cada uno de los motivos alegados en nuestro recurso de apelación».

**SEXTO.-** Por auto de 9 de febrero de 2010 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

**SÉPTIMO.-** En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de Interpool Ltd, se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Para decidir si los motivos primero y tercero del recurso de apelación suponen una modificación de los términos del debate deben compararse las alegaciones efectuadas por los demandados en la contestación a la demanda con las efectuadas por los demandados en el escrito de interposición del recurso de apelación.

1. Sobre el motivo de apelación relativo a la fijación del día final para el cálculo del lucro cesante.

Al contestar a la demanda, los demandados solo impugnaron el nexo causal entre la conducta de los notarios demandados y el daño exigido, sin impugnar la fijación del día inicial o del día final de su cálculo.

2. Sobre el motivo de apelación relativo a la negligencia de los demandados.

De la contestación a la demanda se deduce que los demandados admitían la existencia del BIC, no lo cuestionaban e incluso admitían su validez como fuente de información para conocer la identidad de los bienes subastados.

En el recurso de apelación es cuando se pone en tela de juicio la validez del BIC y su fiabilidad. Es en ese punto en el que radica la modificación de los términos del debate.

No hay modificación del debate en la alegación del recurso de apelación relativa a la inexistencia de negligencia de los demandados, pero sí hay modificación del debate cuando, en contra de lo afirmado en la contestación a la demanda, cuestionan la validez y eficacia del BIC.

Procede, en todo lo anterior, rechazar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Termina la parte recurrida solicitando a la Sala que «dicte sentencia rechazando el recurso extraordinario por infracción procesal, estando a lo establecido en el artículo 476 LEC, con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, y con expresa imposición de las costas devengadas por este recurso a la parte contraria».

**OCTAVO.-** En el juicio ordinario 657/2007, del que dimana el recurso extraordinario por infracción procesal, constan las siguientes actuaciones, de interés para la resolución del recurso:

1. En la contestación a la demanda presentada por la representación procesal de D. Bartolomé y D. Diego, se efectuaron las siguientes manifestaciones:

«Nos encontramos ante una subasta voluntaria.

»[...] si aplicamos por analogía lo dispuesto en los artículos 2048 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 (todavía en vigor) respecto de las subastas voluntarias judiciales, comprobaremos que los únicos requisitos que se exigen al que la solicite, son:

»Que tenga capacidad leal para ello y que pueda disponer de la cosa objeto de subasta. Además se le exige que presente el pliego de condiciones que debe reunir la subasta. Indica que los edictos se publicarán en los diarios "que hubiese designado el peticionario".

»Como veremos, en este caso los Sres. notarios consideraron que el requirente reunía los referidos requisitos. No existe razón alguna para que en una subasta voluntaria notarial se exija la concurrencia de más requisitos que para la subasta voluntaria judicial.

» [...] Tal como se expresa en la demanda, el principal modo de comprobación sobre la titularidad de los contenedores destinados al tráfico marítimo es el Registro del Bureau International des Containers (BIC), en el cual consta que Cho Yang es la propietaria de los contenedores con la identificación CYLU. Por ello mis representados no podían suponer que los contenedores no eran propiedad de quien Ibermarítima afirmó que era su titular. Como antes hemos dicho esa ocultación dolosa de dicha entidad rompe el nexo de causalidad con la intervención notarial [...].

»Debe señalarse que, como ya hemos expuesto, Ibermarítima nunca indicó a mis mandantes que el propietario de los contenedores fuera una entidad diferente de Cho Yang, la cual constaba como propietaria en el Registro del Bureau International des Containers, por cuyo motivo no se les puede exigir que notificaran la celebración de la subasta a quien no sabían de su existencia. Además el artículo 1872 del Código Civil, emplea la expresión "del dueño de la prenda en su caso", de lo que debemos deducir que no es imprescindible la identificación del propietario [...].».

2. Escrito de interposición del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, presentado por la representación procesal de D. Bartolomé y D. Diego, en el que constan, en lo que ahora interesa, las siguientes alegaciones:

«[...] Que de conformidad con lo establecido en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dentro del plazo concedido por la providencia de 28 de abril de 2008, formalizo recurso de apelación contra la sentencia dictada en el procedimiento, formulando al respecto las siguientes:

»Alegaciones.

»Primera. La negligencia de los demandados.

»Tal y como se recuerda en la sentencia recurrida, el artículo 146 del Reglamento Notarial establece que: "el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable", por lo que debemos analizar si la conducta de mis representados incurrió en culpa o ignorancia inexcusable.

»Pues bien, la negligencia que se imputa a los demandados estriba en haber contravenido lo dispuesto en el artículo 1872 CC, cuando dispone que la subasta se deberá convocar: "con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso", al no haber citado a Interpool. Se argumenta al respecto que los Sres. notarios

deberían saber que dicha entidad era la propietaria por cuanto, según el "Bureau International des Containers", los identificadores INBU e INKU corresponden a dicha mercantil.

»Ahora bien se obvia en la sentencia el hecho de que un notario español, aunque se le debe de exigir un estándar de diligencia superior al de un buen padre de familia o un diligente empresario, no tiene porqué conocer, ni siquiera la existencia, y mucho menos las normas de registro del *Bureau International des Containers*, por cuanto este es un organismo extranjero de carácter privado.

»De hecho, mis mandantes, en el año 2001, ni conocían ni tenían porqué conocer la existencia del *Bureau International des Containers*, y no puede argumentarse en su contra como se hace en la sentencia recurrida, citando un párrafo de nuestro escrito de contestación, por cuanto lo que saben en la actualidad, ha sido a causa de la presente reclamación.

»Por otra parte, se considera erróneamente en la sentencia recurrida, que el *Bureau International des Containers* es una suerte de Registro de la Propiedad público, mediante el cual se puede saber quién es el propietario de un contenedor. Pues bien, como se admite en la propia sentencia, el código que aparece en los contenedores no es necesariamente un elemento de identificación del dueño, pues las cuatro letras del mismo pueden corresponder tanto al *owner* (propietario), como al *operator* (quien lo explota, por ejemplo un arrendatario). Al respecto recordaremos que la actora pretende ser la propietaria no solo de los contenedores INBU e INKU sino también de los CYLU, pese a que estos últimos aparecían en el *Bureau International des Containers*, como propiedad u operados por Cho Yang. Es por tanto un registro privado, y, no de la propiedad, sino de la posesión.

»Por otra parte debemos señalar que no es un registro fiable por cuanto si consultamos el *Bureau International des Containers* (vease el documento n.º 9 de la demanda) resulta que aparece que Interpool Ltd., tiene su sede en Princeton - New Jersey - USA), pero donde no consta su domicilio. Sin embargo, según aparece en el poder acompañado a la demanda, se hace constar que la sociedad actora "fue constituida en Barbados el 28 de noviembre de 1968 y continuada en Barbados el 7 de mayo de 1990, y permanece en total vigencia". Por lo tanto, ¿cómo podían localizar los demandados en Princeton (New Jersey) a una sociedad que siempre ha tenido su domicilio en Barbados?

»Pero es que, además si solicitamos a información a la Division of Corporations del Departamento de Estado de Estados Unidos, aparecen ocho empresas que tienen como nombre Interpool, y la que tiene su domicilio en Princeton (New Jersey), no es Interpool Ltd, sino Interpool Inc, entidad esta que, según quedó acreditado en el procedimiento precedente es diferente de la aquí actora. Por el contrario, como consta en el poder Interpool Ltd., tiene su domicilio en Stevmar House, Suite 101, Rockley Christ Church, Barbados, West Indies. En definitiva, los Sres. notarios no supieron que los contenedores no eran propiedad de Cho Yang, ni les era exigible conocer ni que existía el BIC, ni cuáles eran los requisitos para aparecer en el mismo como propietario u operador de unos determinados contenedores.

»Segunda. La relación de causalidad [...].

»Tercera. El cómputo del periodo de lucro cesante [...].».

3. Como prueba documental aportada con la demanda, documentos n.º 18 y n.º 19 A), constan las actas notariales de las subastas, de cuyo contenido resulta de interés para la presente sentencia, el siguiente:

a) Documento n.º 18 de la demanda.

«Acta de requerimiento sobre subasta de bienes muebles. La compañía mercantil Ibermarítima.

»[...].

»Ante mí, Bartolomé, notario del Ilustre Colegio de Valencia, con residencia en esa ciudad.

»Comparece:

»D. Rodrigo [...].

»Interviene en nombre y representación y en su carácter de Consejero Delegado de la entidad Mercantil Ibermarítima [...].

»Manifiesta:

»1.º Que [...] su representada Ibermarítima, S.A. es consignataria de los buques integrados en la línea de transporte marítimo Cho Yang Line, de la compañía Cho Yang Shipping Co. Ltd [...].

»3.º En este momento han quedado en el puerto o en los lugares que se indica en cada listado, los contenedores que aparecen en las relaciones que también me entrega [...].

»4.º Ibermarítima, S.A., como mandataria y depositaria de los referidos contenedores [...] ha retenido en prenda los contenedores descritos en la relación a que se refiere el párrafo anterior.

»5.º Como titular del derecho de prenda Ibermarítima, S.A., haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 1872 del Código Civil, procederá a la enajenación de la prenda en pública subasta [...].

»Me requiere a mi el notario para que:

»[Diligencias de notificación al deudor, protocolización de los anuncios de la subasta y celebración de la subasta]».

Consta unida a esta acta la carta de notificación de la subasta, enviada a la deudora Cho Yang Shipping Co. Ltd., en la que se hace referencia a los contenedores «adscritos» a Cho Yang Line.

Consta unida a esta acta, el pliego de condiciones de celebración de la subasta en el que obra lo siguiente:

«El producto que se obtenga de la subasta, una vez deducidos los gastos a que se refiere el párrafo anterior -cuya procedencia y cuantía será decidida de plano por Ibermarítima, S.A.- será recibido por esta, que lo destinará al pago total o parcial de su crédito, según proceda, y el exceso, si lo hubiere, a disposición de quien acredite ser su legítimo titular».

b) Documento n.º 19 A) de la demanda.

«Acta de requerimiento sobre subasta de bienes muebles. D. Rodrigo en nombre e interés de la entidad Ibermarítima.

»[...].

»Ante mí, Diego, notario del Ilustre Colegio de Valencia, con residencia en esta capital.

»Comparece:

»D. Rodrigo [...].

»Interviene como Consejero Delegado, en nombre y representación de la entidad Mercantil Ibermarítima [...].

»Manifiesta:

»1.º Que [...] su representada Ibermarítima, S.A. es consignataria de los buques integrados en la línea de transporte marítimo Cho Yang Line, de la compañía Cho Yang Shipping Co. Ltd [...].

»3.º En este momento han quedado en el puerto o en los lugares que se indica en cada listado, los contenedores que aparecen en las relaciones que también me entrega [...].

»4.º Ibermarítima, S.A., como mandataria y depositaria de los referidos contenedores [...] ha retenido en prenda los contenedores descritos en la relación a que se refiere el párrafo anterior.

»5.º Como titular del derecho de prenda, Ibermarítima, S.A., haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 1872 del Código Civil procederá a la enajenación de la prenda en pública subasta [...].

»Me requiere a mi el notario para que:

»[Diligencias de notificación al deudor, protocolización de los anuncios de la subasta y celebración de la subasta]».

Consta unida a esta acta la carta de notificación de la subasta, enviada a la deudora Cho Yang Shipping Co. Ltd., en la que se hace referencia a los contenedores «adscritos» a Cho Yang Line.

Consta unida a esta acta, el pliego de condiciones de celebración de la subasta en el que obra lo siguiente:

«El producto que se obtenga de la subasta, una vez deducidos los gastos a que se refiere el párrafo anterior -cuya procedencia y cuantía será decidida de plano por Ibermarítima, S.A.- será recibido por esta, que lo destinará al pago total o parcial de su crédito, según proceda, y el exceso, si lo hubiere, a disposición de quien acredite ser su legítimo titular».

**NOVENO.-** Esta Sala ha visionado el soporte videográfico del acto del juicio del procedimiento ordinario del que dimana este recurso.

**DÉCIMO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 4 de octubre de 2011, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

**UNDECIMO** .- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

BIC, Bureau International des Containers [Registro Internacional de Contenedores].

CC, Código Civil.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LN, Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

RC, recurso de casación.

RIP, recurso extraordinario por infracción procesal.

RIPC, recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

RN, Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de julio de 1944.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Resumen de antecedentes.*

1. La entidad demandante interpuso demanda en la que ejerció una acción de responsabilidad civil profesional contra los notarios demandados, a quienes atribuyó una actuación negligente que causó perjuicios a la demandante, por haber autorizado la subasta de unos contenedores propiedad de la demandante, posteriormente declarada nula en un proceso judicial. Las subastas notariales se celebraron en el año 2001.

2. Los notarios demandados se opusieron a la demanda. Negaron la existencia de negligencia y la relación de causalidad entre su actuación en la subasta y los daños reclamados.

3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Declaró determinante de la negligencia de los notarios el incumplimiento inexcusable por parte de los notarios de uno de los requisitos de la subasta, el consistente en la comunicación de la subasta a la propietaria de los contenedores [la demandante], dado que los notarios tenían a su disposición una relación de los contenedores con la identificación que en el BIC les asocia a la demandante, y este dato obligaba a los notarios demandados a efectuar la comunicación de la subasta a la propietaria, y declaró la existencia de relación de causalidad entre la actuación negligente de los notarios y los perjuicios reclamados, fijando la indemnización debida a la demandante.

4. La sentencia de primera instancia fue apelada por los notarios demandados y se impugnó por la demandante.

En lo que interesa para el recurso, los notarios demandados plantearon en el recurso de apelación tres motivos: 1.º sobre la inexistencia de negligencia de los demandados, 2.º sobre la inexistencia de relación de causalidad entre la actuación de los demandados en las subastas de los contenedores y los perjuicios reclamados, y 3.º sobre la improcedente fijación del día final del cómputo del lucro cesante.

5. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la estimación parcial de la demanda. Declaró que: (i) las cuestiones planteadas en el recurso de apelación como motivos 1.º y 3.º no fueron alegadas en el escrito de contestación a la demanda, por lo que son argumentaciones novedosas y extemporáneas que no deben examinarse en virtud del principio de preclusión de alegaciones y por aplicación del principio *pendente appellatione, nihil innovetur* [nada puede renovarse mientras está pendiente la apelación], y (ii) se examina el motivo 2.º planteado en la apelación, que se desestima.

Esta sentencia desestimó la impugnación de la sentencia de primera instancia formulada por la demandante inicialmente parte apelada.

6. La representación procesal de los demandados ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de segunda instancia, que ha sido admitido.

**SEGUNDO.-** *Enunciación del motivo único.*

El motivo único de impugnación se introduce con la siguiente fórmula:

«El [motivo] previsto en el artículo 469.1.2.º LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al haberse vulnerado el artículo 456 LEC en relación con el artículo 218 LEC ».

Se alega, en síntesis, que: (i) la sentencia recurrida ha rechazado, sin examinar, dos de los tres motivos de apelación de la sentencia de primera instancia -las alegaciones primera y tercera del escrito de interposición del recurso de apelación formulado por los demandados-, por considerar que las cuestiones planteadas en esos dos motivos de apelación no se habían suscitado en la demanda y en la contestación, lo que no se ajusta a la realidad y es improcedente, (ii) la sentencia de primera instancia basa la supuesta negligencia de los demandados en la falta de comunicación a la demandante -como propietaria de los contenedores- de la subasta de los contenedores, que es lo que se trató de impugnar en el primero de los motivos del recurso de apelación que no ha sido examinado por la sentencia recurrida, y (iii) los demandados, en la interposición del recurso de apelación, no modificaron los términos del debate, por lo que procedía que en la sentencia recurrida se examinaran todos los motivos de apelación.

El motivo debe ser estimado en parte.

**TERCERO.-** *El principio pendente appellatione, nihil innovetur [nada puede renovarse mientras está pendiente la apelación].*

A) El principio *pendente appellatione, nihil innovetur* [nada puede renovarse mientras está pendiente la apelación] -cuyo significado es aplicable también a la primera instancia, artículo 412 LEC - prohíbe tomar en consideración las innovaciones efectuadas por las partes durante la tramitación del procedimiento, que afecten a los términos en que quedó planteada la controversia en la fase alegatoria inicial del proceso ( SSTS de 28 de julio de 2006 , RC n.º 4648 / 1999, 29 de noviembre de 2010 , RIP n.º 361 / 2007). De acuerdo con este principio, lo relevante es que no se produzca una modificación sustancial de los términos del debate, pues es en este caso cuando se produce la indefensión de las partes, que no han podido prever el alcance y sentido de la controversia y se ven en la imposibilidad de alegar o actuar en apoyo de sus derechos e intereses ( SSTC 34/1985, de 7 de marzo , 29/1987, de 6 de marzo , SSTS de 13 de mayo de 2008 , RC n.º 752 / 2001, 14 de mayo de 2008, RC n.º 799/2001 , 15 de noviembre de 2010 , RIPC n.º 1205/2007 , 29 de noviembre de 2010 , RIP n.º 361/2007 ).

B) El motivo primero de impugnación de la sentencia de primera instancia, alegado por los demandados, hoy recurrentes, en el escrito de interposición del recurso de apelación -transcrito en el hecho octavo de esta sentencia- plantea dos cuestiones: 1.ª no es exigible a un notario español un grado de diligencia profesional que abarque el conocimiento de la existencia y normas de registro del BIC, dado que es un organismo extranjero de carácter privado, y 2.ª el BIC no permite con seguridad saber quién es el propietario de los contenedores, ni es fiable en cuanto a los datos que permiten identificar a las empresas y sus domicilios.

1. Respecto a la primera de estas cuestiones, ha de concluirse que no modifica los términos del debate, por los siguientes razonamientos:

a) En la demanda se expuso, como uno de los hechos alegados, la forma en la que los contendores eran identificados en el BIC y se alegó -en lo que ahora interesa- para fundamentar la negligencia de los demandados, la existencia de defectos en la celebración de la subasta de los contendores, entre otros, por falta de notificación de la subasta a la demandante como propietaria de los contenedores.

En la contestación, los demandados alegaron la imposibilidad de imputar los demandados la falta de notificación de la subasta de los contenedores a la demandante, y adujeron que la promotora de la subasta no les hizo saber que los contendores no pertenecían al deudor, sino a una sociedad que constaba en el BIC.

En la sentencia de primera instancia, la *ratio decidendi* [razón decisoria] de la declaración de negligencia profesional de los demandados se encuentra en que los demandados -al margen de la posible actuación de la entidad requirente de la subasta, ocultadora de la propiedad de los contenedores- debieron conocer la

existencia y función del BIC y comprobar en este registro los datos identificadores de los contenedores, lo que les hubiera permitido conocer el verdadero titular de los mismos, para proceder a notificarle las subastas.

En consecuencia, este aspecto del motivo de impugnación no modifica sustancialmente los términos del debate, pues no introduce hechos nuevos, no constituye el planteamiento de una nueva excepción y está directamente relacionada con la *ratio decidendi* [razón decisoria] de la sentencia de primera instancia que se impugna.

b) No les era exigible a los demandados que argumentaran de forma expresa en la contestación a la demanda sobre la inexistencia de su obligación profesional de conocer el BIC, pues el demandante no planteó en estos términos la falta de diligencia de los demandados, sino desde la perspectiva del incumplimiento del deber de los demandados de constatar la identidad del propietario de los contenedores.

c) Una vez que la sentencia de primera instancia, con fundamento en los hechos alegados y declarados probados, ha resuelto en el sentido de que era diligencia exigible a los demandados el conocimiento y comprobación de BIC, la alegación en apelación que se viene examinando no quiebra los términos del debate. Esta Sala al examinar la prohibición de la *mutatio libelli* [modificación de la petición], ha venido declarando que puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal ( SSTS de 9 de febrero de 2010 , RIPC n.º 175/2006 , 5 de julio de 2010 , RIPC n.º 212/2007), y, del mismo modo , debe aceptarse el planteamiento de una cuestión que -sin afectar a la esencia de una excepción alegada en la contestación a la demanda- se desarrolla en consonancia con la forma en que la excepción ha sido resuelta en la sentencia recurrida.

d) La aplicación de este criterio no causa indefensión a la parte recurrida, que en la impugnación del recurso extraordinario por infracción procesal ha admitido que no hay modificación de los términos del debate en la alegación de los apelantes relativa a la inexistencia de negligencia profesional.

2. Respecto a la segunda de estas cuestiones -la fiabilidad de los datos del BIC para acreditar la propiedad de los contenedores-, no se alegó en la contestación a la demanda, de la que -según ha quedado transcrito en el hecho octavo de esta sentencia- se podría deducir que los demandados, en contra de lo que alegaron en el motivo de apelación, reconocieron al BIC la función que le ha atribuido la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, las alegaciones del motivo que cuestionan la fiabilidad del BIC introducen un elemento de controversia que no formó parte de la primera instancia, por lo que respecto a estas alegaciones debe confirmarse el criterio sostenido por la sentencia impugnada.

C) Sobre el motivo tercero de impugnación de la sentencia de primera instancia, alegado en el recurso de apelación formulado por los demandados, esta Sala no se pronuncia, dado que -aunque se dice por los recurrentes que la sentencia recurrida debió examinar todos los motivos de apelación- en el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal no se ha argumentado sobre el mismo, por lo que se confirma el criterio sostenido por la sentencia impugnada.

#### **CUARTO.- Estimación del motivo.**

La estimación del motivo dará lugar a las consecuencias que se dirán.

#### **QUINTO.- Responsabilidad de los notarios.**

A) La cuestión planteada en el recurso de apelación sobre la que debe pronunciarse esta Sala ha quedado concretada en determinar la existencia o no de negligencia de los notarios demandados, derivada del incumplimiento del requisito establecido en el artículo 1872 LEC , consistente en la notificación a la entidad demandante de la celebración de las subastas.

Las subastas se celebraron en el 2001, por lo que, por razones de vigencia, no es de aplicación al caso el artículo 220 del RN, en su redacción dada por la reforma efectuada por el RD 45/2007, de 19 de enero , que regula la autorización de las subastas efectuadas ante los notarios.

La ausencia, en el momento de celebración de las subastas, de normas específicas se vino integrando por la jurisprudencia en el sentido de que, para llenar el vacío legal, ha de estarse a las normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos, judiciales o extrajudiciales, que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso y permitan integrar las disposiciones contenidas en artículo 1872 CC ( STS de 21 de noviembre de 2000, RC n.º 693/1997 ), si bien, en el presente caso, dada la cuestión examinada, no

es necesario acudir a una integración del artículo 1872 CC , dado que es en esta norma en la que se establece el requisito en cuya inobservancia se fundamenta la responsabilidad de los demandados.

B) Los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas, según el artículo 1 LN. Su actuación presenta así una doble vertiente, funcionarial y profesional (artículo 1 II RN). Son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho. La naturaleza pública de sus funciones se manifiesta de manera plena en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del Derecho, mediante la extensión o autorización de instrumentos públicos ( STS de 28 de noviembre de 2007 , RC n.º 4821 / 2000).

La autorización de la subasta a que se refiere el artículo 1872 CC se encuadra en esta función pública, por lo que es exigible a los notarios la función de control de la legalidad que impone el artículo 147 RN.

La intervención notarial que impone al artículo 1872 CC va dirigida a garantizar la regularidad formal de la enajenación de la prenda, pues es lo que genera la seguridad de los interesados, sea el acreedor, los terceros que intervienen en la subasta, el deudor o el dueño de la prenda. El acta de subasta no es una mera acta de presencia, dado que concluye con la adjudicación de los bienes, por lo que el notario, iniciada su actuación por la rogación del acreedor, ha de controlar la legalidad del proceso. Como declaraba la STS de 3 de julio de 1965 , el notario debe controlar la forma exterior del acto que autoriza para procurar que en él concurren todas las precauciones necesarias a fin de que se considere «digno de fe».

C) El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas ( STS 5 de febrero de 2000 , RC n.º 1425 / 1995) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba ( SSTS 26 de octubre de 2005, RC n.º 889/1999 ).

En el caso, debe concluirse que los demandados, al autorizar las subastas no actuaron con la diligencia exigible, por los siguientes razonamientos:

1. El artículo 1872, I CC impone la notificación de la enajenación de la prenda al dueño de la prenda «en su caso». La locución «en su caso» significa que este requisito deberá cumplirse cuando la prenda sea de la propiedad de persona distinta a la del deudor. El cumplimiento de este requisito no es disponible para el acreedor pignoraticio, por lo que, razonablemente considerado, debía ser controlado por los notarios actuantes, a través de la comprobación de la documentación aportada por el requirente de la subasta o recabando de este los datos necesarios para su control. De otra forma, los notarios actuantes no podían asegurar la regularidad formal de la enajenación.

2. De examen de las actas de las subastas -aportadas como documentos de la demanda, que han quedado transcritas en lo necesario en el antecedente de hecho octavo de esta sentencia- resulta que: (i) no consta que los demandados recabaran del requirente de las subastas información sobre la titularidad dominical de los contendores, y (ii) no consta que el requirente de las subastas manifestara que los contendores eran propiedad del deudor.

3. De los documentos presentados ante las notarías por el requirente de las subastas, para solicitar su celebración, incorporados a las actas notariales, resulta que: (i) consta la carta, redactada y suscrita por el requirente de las subastas y remitida desde las notarías a la deudora para la comunicación de la enajenación, en la que se alude a los contendores «adscritos» a la línea marítima propiedad de la deudora, y (ii) en el pliego de condiciones de la subasta, redactado por el requirente de las subastas con arreglo al cual los notarios debían autorizar las subastas, consta, como una de las condiciones de la misma, que el remanente del precio de la subasta -después del cobro del acreedor y del pago de los gastos- quedaría a disposición del «legítimo titular» de los contendores. Estos elementos permitían deducir -o generar la duda suficiente- que el dueño de los contendores no era la compañía deudora.

En consecuencia, la irregularidad que finalmente se produjo era previsible para los notarios actuantes, puesto que está en la diligencia que les es exigible examinar la documentación aportada por el requirente de las subastas, ya que solo de ese modo puede asegurarse la regularidad formal de las mismas, especialmente cuando -como es el caso- el requerimiento para las subastas no tenía su fundamento en la existencia de una prenda debidamente constituida, sino en la retención de los contendores efectuada por el requirente de las subastas, lo que supone una situación que exige extremar las cautelas propias de su función, como

lo demuestra la circunstancia de que las subastas fueron finalmente declaradas nulas por inexistencia del derecho del requirente a retener y a enajenar los contenedores.

Desde esta perspectiva, que fue la alegada en la demanda, no es necesario examinar si los demandados tenían o no la obligación profesional de conocer la existencia del BIC y de comprender los listados de siglas que podían identificar al dueño de los contenedores, pues su diligencia se concretaba en exigir al requirente la justificación sobre la propiedad de los bienes subastados que hubiera permitido dar pleno cumplimiento al artículo 1872 CC .

No obsta a la declaración de responsabilidad el hecho de que las actas de las subastas se hicieran sobre la minuta aportada por el requirente de las subastas -según ha declarado uno de los testigos de los demandados- pues esta circunstancia no excluye el deber de comprobación del cumplimiento de todos los requisitos que exige la regularidad de la subasta.

Procede desestimar el motivo primero del recurso de apelación, en el aspecto examinado, y confirmar la declaración de responsabilidad de los demandados efectuada por la sentencia de primera instancia.

**SEXTO.-** *Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y costas.*

A la vista de lo razonado la estimación del motivo alegado en el recurso extraordinario por infracción procesal, no obsta a que la sentencia recurrida deba ser confirmada por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil del recurso ( SSTS de 7 de septiembre de 2006 , RC n.º 4442 / 1999, 14 de mayo de 2007 , RC n.º 2141 / 2000, 9 de marzo de 2010, RC n.º 456/2006 ).

No procede imponer a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal.

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

## FALLAMOS

1. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé y D. Diego contra la sentencia de 4 de noviembre de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 687/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de D. Diego y D. Bartolomé contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia en fecha 15 de abril de 2008 en autos de juicio ordinario 657/2007 la que confirmamos íntegramente y todo ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta alzada. Y desestimamos la impugnación formulada por Interpool Ltd con expresa imposición a la impugnante de las costas ocasionadas por su recurso».

2. No obstante, se confirma íntegramente el fallo de la sentencia recurrida.

3. No se hace expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.