



Roj: STS 7529/2012
Id Cendoj: 28079110012012100668
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1917/2009
Nº de Resolución: 714/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de León, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora Dª Carmen Olmos Gilsanz, en nombre y representación de D. Serafin ; siendo partes recurridas la Procuradora Dª Silvia Vázquez Senín, en nombre y representación de "Maexpa Grupo Inmobiliario, S.L." y la Procuradora Dª Myriam Alvarez del Valle Lavesque, en nombre y representación de Dª Martina y D. Antonio .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Fernando Fernández Cieza, en nombre y representación de D. Serafin , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Carina , Dª Mercedes , Dª Martina , D. Antonio y MAEXPA GRUPO INMOBILIARIO, S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que A) *Que las veintiuna (21 fincas) identificadas y descritas en el Hecho TERCERO de la demanda, entre las que figuran las fincas registrales números NUM000 , NUM001 y NUM002 , adquiridas por compras otorgadas a Maximo y que en la actualidad figuran registradas a nombre de sus herederos (entre ellos su hijo Antonio) , según resulta de las 18 escrituras de compraventa relacionadas y también las que figuran en documento privado como a nombre de Maximo , pertenecen en plena propiedad a la comunidad postmatrimonial formada por el cónyuge sobreviviente Carina y los herederos del fallecido Jesús Carlos , indicados en el Hecho TERCERO, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración. B) Haber lugar al ejercicio de acción reivindicatoria en beneficio de la comunidad postmatrimonial, formada por el cónyuge sobreviviente Carina y los herederos del fallecido Jesús Carlos , de los bienes urbanos señalados en el hecho TERCERO de la demanda, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, así como a devolver el pleno dominio y uso de la fincas objeto de litigio, ya reseñadas. C) En cuanto se ha privado del uso de los bienes descritos en el hecho TERCERO, que se condene a los demandados, o a aquel de ellos que se considere responsable a tenor de la prueba, a reintegrar en el uso de la misma a la comunidad postmatrimonial, formada por el cónyuge sobreviviente Carina y los herederos del fallecido Jesús Carlos , condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. D) Se declare la existencia de simulación en todos los contratos de compraventa a que se ha hecho referencia en el hecho TERCERO, declarando la existencia de "fiducia cum amico", utilizándose como testaferro a Maximo E) Se declare la cancelación de todas las inscripciones y asientos registrales efectuada por merítadas escrituras de compraventa relacionadas en el hecho TERCERO, en relación con las fincas registrales, números NUM000 , NUM001 y NUM002 , en cuanto resulten contrarias a las anteriores peticiones, así como la posteriores de aceptación y adjudicación de herencia del fallecido Maximo , afectando pues tal petición a los actos documentados en los contratos que se aportan como documentos números 32, 46 y 47, que realmente han sido efectuados en la figura "fiducia cum amico", en cuanto figura como adquirente Maximo y a la sucesión de éste en favor de sus herederos, según resulta de la información registral aportada como doc n° 29, condenado a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. F) Para el supuesto de que se hubieren enajenado o gravado en alguna forma los bienes inmuebles descritos en el hecho TERCERO de la demanda, por el llamado*

Antonio o cualquier otro de los demandados, y, en cualquier caso, para el caso de que no pudieran recuperarse los bienes o éstos presentaren gravámenes, dado que la reintegración de las propiedades inmuebles a la masa de la comunidad postmatrimonial relatada, se ha de efectuar en forma de libre de cargas, debe ser condenado igualmente la persona de los demandados que efectuare estas gravámenes a liberar las fincas de los mismos y para el supuesto de que no se pudieran recuperar, que el enajenante de éstos deba indemnizar a la comunidad postmatrimonial en el valor actualizado de los mismos a la fecha de la demanda, con condena expresa a tal obligación, en el valor que se determine, bien en período probatorio o en ejecución de sentencia. G) Que se condene a los demandados al pago de las costas del presente procedimiento, y ello con todo lo demás que en derecho proceda.

2.- El Procurador D. Francisco Sarmiento Ramos, en nombre y representación de D. Antonio y D^a Martina, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *desestimando íntegramente la demanda interpuesta con imposición de costas a la parte actora.*

3.- La Procuradora D^a Marta Vicente Sanjuan, en nombre y representación de "MAEXPA GRUPO INMOBILIARIO, S.L.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *desestimando íntegramente la demanda formulada en lo que respecta a mi representada, con expresa imposición de las costas al accionante.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Fernández Cieza, en nombre y representación de D. Serafin, contra D^a Carina, D^a Mercedes, Martina, D. Antonio y MAEXPA GRUPO INMOBILIARIO, S.L., debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a dichos demandados de las pretensiones formuladas en su contra. No se hace especial declaración en materia de costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Serafin, la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de León, dictó sentencia con fecha 29 de julio de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación planteado por el Procurador D. Fernando Fernández Cieza en nombre y representación de D. Serafin, contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León en el juicio ordinario seguido con el nº 1.006/05, debemos de confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa condena de las costas derivadas de esta alzada a la parte apelante.

TERCERO .- 1 .- El Procurador D. Fernando Fernández Cieza, en nombre y representación de D. Serafin, interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO:** Al amparo del artículo **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 469.1 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, en relación con los artículos 2, párrafo 3. apartado a) y 14, párrafo 5, PIDCP con el artículo 6. párrafo 1 CEDH y con el artículo 2 de su protocolo adicional nº 7 de 22 de noviembre de 1984. **TERCERO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **CUARTO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **QUINTO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **SEXTO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con del 376 de la misma ley. **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de los artículos 348, 1261 y 1266, 1255, 1275, 1859 y 1884 del Código civil. **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. **TERCERO** .- Al amparo del artículo 477.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de los artículos 334, 358 a 365 del Código civil.

2 .- Por Auto de fecha 29 de junio de 2010, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL y EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrente para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a Silvia Vázquez Senín, en nombre y representación de "Maexpa Grupo Inmobiliario, S.L." y la Procuradora D^a Myriam Alvarez del Valle Lavesque, en nombre y

representación de D^a Martina y D. Antonio presentaron sendos escritos de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de noviembre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- Se ha ejercitado en el presente proceso, partiendo de la demanda formulada por el actual recurrente D. Serafin , acción reivindicatoria, con otros pronunciamientos, basada en la petición de declaración de simulación (que a veces confunde con la *fiducia*), en favor de la comunidad postganancial de sus padres, uno de ellos fallecido. Son tres, pues, los conceptos jurídicos: acción reivindicatoria (como en todas, la prueba es esencial), simulación relativa de carácter subjetivo (no hubo, según se afirma en la demanda, precio pagado por el comprador sino por sus padres) y comunidad postganancial (entre la madre y los herederos del padre fallecido, sin haberse practicado la liquidación de gananciales).

El matrimonio formado por doña Carina y D. Jesús Carlos , fue contraído el 22 de julio de 1941, este último falleció, sobreviviéndole su esposa, viuda, y se formó la comunidad postganancial ya que no se practicó la liquidación de gananciales. Tuvieron tres hijos: Serafin , Mercedes y Maximo , este último, casado con Doña Martina , falleció el 3 de junio de 1977, siendo heredero *ab intestato* su único hijo, en aquel momento de dos años de edad, Antonio , quedando como titular de la patria potestad su madre, viuda, doña Martina (que en la sentencia de instancia se la denomina erróneamente "tutora", siendo así que sólo se constituye tutela a falta de patria potestad).

La familia adquirió una serie de fincas. Tal como precisa la sentencia de instancia, "*los herederos de don Maximo han ostentado la titularidad dominical de las tres fincas que se reivindican por la parte demandante (apelante, en el recurso), así como de las dos fincas de las que era propietario pro indiviso con su hermano Serafin* ", las cuales, añade dicha sentencia, que "*han vendido, en su condición de propietarios, a la entidad MAEXPA, GRUPO INMOBILIARIO, S.L. en el año 2004, a nombre de quien figuran en la actualidad inscritas en el Registro de la Propiedad*" y, como afirma al final de dicha sentencia, se halla protegido por el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria .

2 .- A lo largo de la vida de todos los anteriores, como se ha dicho, fueron adquiridas una serie de fincas, objeto de la acción reivindicatoria, que lo fueron por los miembros de la familia y que son objeto de la acción de nulidad por simulación porque no hubo precio, pagado por el comprador, sino que fueron adquiridas realmente por los padres y ahora pertenecen a la comunidad postganancial; la sentencia de instancia declara probado lo contrario, es decir, la propiedad en quien la ostenta por escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad; dice textualmente, en este sentido: "*no hay ninguna prueba de que la compraventa de las fincas no se llevara a cabo con la finalidad de que el comprador se hiciera con la propiedad de las fincas*". Estas pasaron por aportaciones, no en propiedad, a distintas agrupaciones agrarias, lo que no tiene interés en este momento, aunque sí la tuvo en la instancia a efectos de prueba, examinada con sumo detalle por ambas sentencias, del Juzgado y de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO .- 1.- Desestimada la acción reivindicatoria, rechazada la alegación de simulación y sin haber sido declarada la propiedad de las fincas por la comunidad postganancial, el demandante D. Serafin ha formulado los presentes recursos por infracción procesal y de casación. El primero alcanza constantemente al fondo del asunto, pretendiendo la revisión de la sentencia, como si de una tercera instancia se tratase. El de casación, en tres motivos se refiere, el primero, al verdadero tema esencial, de la acción reivindicatoria enlazada con la simulación; el segundo, al tercero adquirente, que depende de la estimación del anterior; el tercero, a la usucapión, que han sido rechazados sus presupuestos básicos por las sentencias de instancia.

2.- Empezando por la acción básica en este proceso, la *reivindicatoria* son de recordar sus presupuestos en relación con el caso de autos y los hechos declarados probados.

La acción reivindicatoria, como acción de quien se presenta como propietario y que tiene derecho a poseer la cosa, para que le sea restituida por el poseedor que carece de tal derecho (así, sentencias de 25 junio 1998 , 28 septiembre 1999) requiere unos presupuestos ineludibles cuya consecuencia es precisa y cuya prueba es indispensable (así, sentencia de 5 noviembre 2009 que los enumera con detalle).

El primero de ellos, como punto de partida es la prueba del título de dominio ("*presupuesto esencial de aquella acción*" , como dice la sentencia de 27 septiembre 2002 , reiterando la doctrina de las anteriores de

19 febrero de 1996 , 29 junio 1996 , 13 marzo 2002). La sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, declara claramente y sin dudas, que no se ha probado el título de dominio en la comunidad postganancial, sino lo contrario: que se ha probado que la titularidad dominical pertenece a los demandados; habiendo examinado y valorado detallada y minuciosamente la prueba, concluye que la parte actora no ha probado el hecho básico de la demanda, cual es dicho título de dominio de las fincas que reivindica. La prueba del dominio es esencial (lo destaca la sentencia de 13 marzo 2002) y no habiéndose producido ésta, no tiene interés el análisis de los restantes presupuestos: la posesión de la cosa reivindicada por el demandado y la identificación e identidad de ésta (presupuesto, éste, frecuentemente el más discutido, pero que la jurisprudencia ha exigido que "*no ofrezca duda alguna*", como dicen las sentencias de 17 marzo 2005 , 14 noviembre 2006 , 5 noviembre 2009).

3.- El *negocio jurídico simulado* , como negocio jurídico aparente, sin causa la simulación absoluta en cuyo caso es inexistente por falta de este elemento esencial o bien con causa distinta a la declarada, en la simulación relativa, con validez del negocio oculto si es lícito. Es también simulación relativa cuando afecta a los sujetos, en que es la adquisición que se produce la que alcanza a la falta de causa, siendo válida -siempre que no caiga en la ilicitud- la que oculta bajo la simulación. Sin embargo, como en el caso del presupuesto anterior, es precisa la prueba de los hechos que la justifican. Y en este caso, la sentencia lo ha negado; ha hecho referencia a la *fiducia* que en la propia demanda mezcla con el concepto de simulación, pero en el caso de autos lo que se planteó no es *fiducia*, sino simulación y esta Sala ha tenido ocasión de afirmar, en reiterados casos, que la aparente *fiducia* es realmente una simulación relativa, con validez del negocio jurídico disimulado: así, las sentencias de 15 junio 1999 , con referencia a sentencias anteriores, lo mantiene claramente, cuya doctrina ha sido mantenida en sentencias de 26 julio 2004 y 2 julio 2009 .

Lo que es indiscutible es que las sentencias de instancia declaran no probada la simulación.

4.- Por último, una referencia a la *comunidad postganancial* que, aunque no se plantea en casación, no deja de ser esencial en el caso. Entre la disolución del matrimonio, bajo régimen de gananciales, por muerte de uno de los cónyuges en este caso, y la liquidación del mismo, se produce una comunidad de tipo romano, *pro indiviso*, que es la cotitularidad ordinaria de los artículos 392 y siguientes del Código civil . (Sentencias 23 diciembre 1993 , 11 mayo 2000 , 23 enero 2003 , 13 diciembre 2006)

El demandante, uno de los hijos del matrimonio Jesús Carlos - Carina , ha ejercitado las acciones "en beneficio de la comunidad postmatrimonial", como dice literalmente en el suplico de la demanda. Acciones que han sido desestimadas en ambas instancias.

TERCERO .- 1.- El *recurso por infracción procesal* formulado por la parte demandante en la instancia, D. Serafin contiene seis motivos, aunque realmente se pueden analizar en tres partes.

2.- Los dos primeros se fundan en el artículo 469.1 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 24 de la Constitución Española , vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Lo cual carece de sentido tanto más cuanto los relaciona con la valoración de la prueba, la motivación y la *reformatio in pejus* . La prueba no es objeto de este recurso, a no ser en casos límite que ni se alegan en este caso (sentencias de 4 febrero 2011 , 6 mayo 2011 , 27 enero 2012 , 9 febrero 2012 , 20 febrero 2012). La motivación en ambas sentencias de instancia está más que sobrada, ya que analizan con detalle el supuesto de hecho y fundamenta exhaustivamente el derecho, tal como exige esta Sala y el Tribunal Constitucional (sentencias 1 julio de 2011 , 21 septiembre de 2011 , 7 noviembre 2011 , 2 noviembre 2012) y la *reformatio in pejus* (sentencia 29 marzo 2012) no se plantea siquiera ante la sentencia que desestima la pretensión inicial.

3.- Los motivos tercero y cuarto se fundan en el número 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de su artículo 217 sobre la carga de la prueba y del artículo 218 sobre incongruencia, ambos como infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

No hay tales infracciones. La carga de la prueba soluciona la cuestión de la falta de prueba de un hecho constitutivo de la pretensión o impeditivo de la misma: "el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba" (sentencias 24 septiembre de 1010 , 5 mayo 2011 , 13 febrero 2012 , 4 abril 2012). En este motivo se alega que el causante de unos codemandados (Maximo) no ha probado como pagó unas fincas hace más de 40 años, habiendo fallecido hace años; no es así: el demandante es el que no ha probado la simulación y sufre la carga de la prueba; no es la parte demandada la que sufre las consecuencias de una prueba, si no imposible, sí extraordinariamente difícil de obtener, pasados tantos años.

En cuanto a la incongruencia, tampoco se ha producido, considerándola como la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (en este sentido, sentencias de 10 febrero 2012 ,

10 octubre de 2012) sin alcanzar a los razonamientos (así , sentencias 12 noviembre 2009 , 23 julio 2010 , 3 noviembre 2010) y, en principio, no cabe incongruencia en una sentencia desestimatoria de la demanda (sentencias de 2 julio de 2009 , 23 julio 2010 , 3 noviembre 2010).

4.- Los motivos quinto y sexto, también fundados en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren directamente a la valoración de la prueba: pericial en el quinto y documental y testifical en el sexto.

Ya se ha apuntado anteriormente que la valoración de la prueba no es objeto de este recurso. No se halla como motivo de casación en el artículo 469, a no ser el caso extremo que se funde en el número 4º de su apartado 1, que ni se plantea aquí.

La jurisprudencia es reiteradísima: sentencia 5 mayo 2011 sobre la prueba pericial y testifical, sentencia 20 febrero 2012 sobre prueba pericial y muchísimas más sobre revisión de prueba, que no es objeto más que de la instancia, sin que la función de esta Sala sea revisar el supuesto fáctico y la valoración de la prueba que ha llevado al mismo. Esta Sala no es una tercera instancia, cuya función no alcanza a la cuestión fáctica, sino que controla la correcta adecuación del ordenamiento jurídico a la misma: sentencias de 25 junio 2010 , 14 abril 2011 , 5 mayo de 2011 , 4 abril 2012 .

CUARTO .- 1.- El recurso de casación contiene tres motivos, exponiendo un preámbulo en el que resume su idea básica. Esta es, como dice literalmente: "como premisa, se señalan los hechos que se han de considerar como probados..." Idea que es errónea, puesto que la casación no es una tercera instancia (sentencias de 25 junio 2010 , 21 julio 2010 , 4 abril de 2012), no entra en el tema de la prueba y su valoración, es decir, no altera la cuestión fáctica declarada en las sentencias de instancia, sino que su función es el control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico (sentencias de 25 junio de 2010 , 14 de abril 2011 , 5 mayo de 2011).

Lo cual implica que a lo largo del recurso de casación no cabe hacer supuesto de la cuestión en el sentido de partir de hechos que no han sido declarados probados o prescindir de los probados (sentencias 15 abril 2011 , 6 octubre de 2011 , 9 febrero 2012 , 4 abril 2012).

2.- El primero de los motivos de este recurso mantiene la infracción de la doctrina de la *fiducia cum amico* y cita una larga serie de normas heterogéneas del Código civil, desde la general sobre el derecho de propiedad hasta una relativa a la anticresis, contraviniendo la reiterada jurisprudencia que no admite la cita heterogénea de preceptos como motivo de casación (sentencias de 14 abril 2011 , 29 diciembre 2011 , 10 octubre 2012).

Además de esta razón formal, el motivo se desestima porque a lo largo del desarrollo del motivo, refiriéndose a la *fiducia*, entra en los hechos de la misma haciendo supuesto de la cuestión, siendo así que la sentencia de instancia, analizando con detalle la doctrina y la prueba practicada sobre ella, concluye que "en el caso presente, no hay ninguna prueba de que la compraventa de las fincas no se llevará a cabo con la finalidad de que el comprador se hiciera con la propiedad de las fincas de un modo definitivo..." Es decir, niega el hecho básico que justificaría la idea de una *fiducia* o, más bien, de una simulación.

3.- El motivo segundo alega la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y añade, literalmente, que "infringe la valoración de la prueba de la existencia de buena fe en la adquisición de las fincas efectuada por MAEXPA GRUPO INMOBILIARIO, S.L", codemandada en la instancia. Este planteamiento del lugar, por sí solo, a la desestimación del motivo, por cuanto pretende introducir la valoración de la prueba en esta casación, como si de una tercera instancia se tratase pero es que, además, en el desarrollo del motivo se limita a citar sentencias de esta Sala sobre la buena fe, para acabar afirmando que dicha sociedad demandada "a tenor del relato de hechos indicados...", carecía de buena fe. La pretendida alteración del supuesto fáctico es evidente.

A mayor abundamiento, este motivo sólo tendría sentido de haberse admitido el anterior, ya que manteniendo la validez de la adquisición del transmitente, carece de interés ver la validez de la adquisición de éste, que es evidente.

4.- El tercero y último de los motivos de casación se refiere a la usucapión. Señala como infringidos el artículo 334 y los artículos 358 a 365 del Código civil . Ya se ha dicho que es inadmisibles la cita heterogénea de preceptos, llegando al extremo cuando se alegan normas en su conjunto, como en este caso. Inadmisión que en este momento procesal es desestimación.

También se desestima el motivo porque la usucapión de las fincas (queda confuso en el motivo del recurso el objeto de la misma) no se ha planteado en la instancia por esta parte recurrente. Lo cual significa

que es una cuestión nueva que se plantea en casación lo cual es inadmisibile. En este sentido es contundente la sentencia de 9 febrero 2012 que, con cita de jurisprudencia anterior, dice:

"defecto que no es admisible en casación, cual es el plantear una cuestión nueva, que la jurisprudencia ha insistido en que, de aceptarse, se produciría atentado al principio de contradicción y a la interdicción de indefensión, pues sería una cuestión que no ha podido ser discutida y contradicha en la instancia; así, sentencias de 18 de febrero de 2010 , 6 de mayo de 2011 , 13 de julio de 2011 , 21 de septiembre de 2011 ; éstas reiteran lo que ya decían las de 21 de abril de 2003 y 9 de febrero de 2006 en estos términos: Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia ."

QUINTO .- Desestimándose los motivos de ambos recursos, por infracción procesal y de casación, se debe declarar no haber lugar a los mismos, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de D. Serafin contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de León, en fecha 29 de julio de 2009 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

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

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