



Roj: **SAP ML 17/2019 - ECLI: ES:APML:2019:17**

Id Cendoj: **52001370072019100017**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Melilla**

Sección: **7**

Fecha: **08/01/2019**

Nº de Recurso: **90/2018**

Nº de Resolución: **3/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIANO SANTOS PEÑALVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA, SECCION SEPTIMA, MELILLA**

Modelo: N10250

EDIF. V CENTENARIO TORRE NORTE PLAZA DEL MAR Nº 3, 2ª PLANTA

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**Teléfono:** 952698926/27 **Fax:** 952698932

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MRR

**N.I.G.** 52001 41 1 2015 1017823

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000090 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MELILLA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000210 /2015

Recurrente: Estibaliz , Evangelina

Procurador: CONCEPCION SUAREZ MORAN, CONCEPCION SUAREZ MORAN

Abogado: AMANCIO LOPEZ MOLINO, AMANCIO LOPEZ MOLINO

Recurrido: Gregoria

Procurador: BELEN PUERTO MARTINEZ

Abogado: DOMINGO ZOYO BAILON

**SENTENCIA 3/19**

**ILTMOS. SRES**

**Don FEDERICO MORALES GONZÁLEZ**

**Presidente**

**Don MARIANO SANTOS PEÑALVER**

**Don SALUD DE AGUILAR GUALDA**

**Magistrados**

En MELILLA, a ocho de enero de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de MELILLA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000210/2015, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MELILLA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000090 /2018, en los que aparece como



parte apelante, Estibaliz Y Evangelina , representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. CONCEPCION SUAREZ MORAN, asistidas por el Abogado D. AMANCIO LOPEZ MOLINO, y como parte apelada, Gregoria , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. BELEN PUERTO MARTINEZ, asistido por el Abogado D. DOMINGO ZOYO BAILON, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. **D. MARIANO SANTOS PEÑALVER** .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MELILLA, se dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 2018 , en el procedimiento RECURSO DE APELACION (LECN) 0000090 /2018 del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: **"Se desestima la demanda ejercitada por a instancia de Estibaliz y Evangelina representadas por la procuradora D<sup>a</sup> Concepción Suarez Morán y con la asistencia letrada de D. Amancio López Molino frente a Eusebio representado por la procuradora D<sup>a</sup> Belén Puerto Martínez y con la asistencia letrada de D. Domingo Zoyo Bailón por falta de legitimación activa ad causam y como consecuencia se aprecia una carencia sobrevenida de objeto respecto de la demanda reconvenicional ejercitada.**

**Desestimada íntegramente la demanda principal por falta de legitimación activa se han de imponer las costas a la parte demandante.**

**En relación a las costas generadas por la demanda reconvenicional, no se hace expreso pronunciamiento en cuanto a las costas generadas como consecuencia de la misma.**

**No procede revocar la concesión de justicia gratuita al no apreciarse conforme a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LAJ fraude en la obtención del citado beneficio.", que ha sido recurrido por la parte, habiéndose alegado por la contraria .**

**TERCERO.-** Contra la referida sentencia se interpuso recurso de Apelación por el ya nombrado recurrente y, tras los trámites correspondientes, fueron remitidas las actuaciones a este órgano con emplazamiento de las partes por el término legalmente establecido.

**CUARTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se formó el correspondiente Rollo y personadas las partes en legal forma, se señaló para Deliberación, Votación y Fallo el día 15 de noviembre, la que tuvo lugar efectivamente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** -Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda por falta de legitimación activa, se alza en apelación su representación con fundamento en haber sido reconocida en el propio procedimiento la legitimación por la parte demandada y, en todo caso, por estar legitimados los herederos legitimarios y con ello las viudas ex artículo 807 número 3º del Código Civil para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante. Respecto al fondo solicita la declaración de nulidad por simulación del contrato de compraventa de fecha 20 de octubre de 1976 entre el demandado, actuando como testafiero, y los vendedores, y se declare la titularidad dominical de Alejo , Amadeo , Anselmo y Armando sobre la finca registral NUM000 , con los demás pronunciamientos inherentes. Por último, se oponen a la usucapión invocada por la parte contraria en la demanda reconvenicional.

La sentencia de instancia considera que ante la falta de prueba del derecho marroquí los derechos hereditarios de las actoras como cónyuges sobrevivientes se rigen por el derecho español. Para acto seguido negarles legitimación activa para la impugnación del negocio simulado por no acreditar que la transmisión patrimonial operada haya perjudicado sus derechos legitimarios.

Planteado el recurso en los términos expuestos, procede analizar en primer lugar la falta de legitimación activa que de las actoras predica la sentencia de instancia, por tratarse de un hecho controvertido y de necesario conocimiento previo al resto de las cuestiones planteadas cuya eventual estimación impediría entrar a conocer de éstas.

El argumento de la parte actora recurrente contra el pronunciamiento de la sentencia de instancia es doble, de un lado, considera que la legitimación le fue implícitamente reconocida por la parte demandada al no oponerse a la medida cautelar de la anotación preventiva de la demanda y, en segundo lugar, por infracción por la sentencia de instancia de la doctrina jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo que reconoce la legitimación para el ejercicio de las acciones de nulidad por simulación de todos quienes tengan la cualidad de herederos, sea cual fuere el adjetivo calificativo de su naturaleza (legitimarios, colaterales, testamentarios, abintestato, etc.)



La parte demandada recurrente niega la legitimación de las actoras, alega que la no oposición a la anotación preventiva de la demanda no puede presuponer reconocimiento de la acción o acciones que se ejercitan en el procedimiento principal, ni tampoco la aceptación, sin más, de la legitimación activa ad causam de las demandantes en dicho procedimiento. Y, considera correcto el argumento expuesto por la sentencia de instancia sobre la falta de legitimación de las actoras por entender que carecen de la condición de heredero, de manera que no forman parte de la comunidad hereditaria, sin perjuicio de su derecho a la cuota legal usufructuaria, cuya lesión tampoco se ha alegado, ni probado.

En estos términos, los hechos relevantes que configuran la controversia acerca de la legitimación de las actoras son los siguientes:

1º.- De manera conjunta con la demanda se presentó por la parte actora solicitud de medida cautelar de anotación preventiva de demanda. Formada la correspondiente pieza separada, se citó a las partes a la vista que tuvo lugar con el resultado que consta en la grabación del acto. El 5 de febrero de 2016 se dictó auto por el que se acuerda la adopción de la medida cautelar solicitada.

2º.- Dª Estibaliz y Don Anselmo contrajeron matrimonio en Marruecos el 7 de octubre de 1954. Y, Doña Evangelina y Don Armando , contrajeron matrimonio en Marruecos el 22 de marzo de 1966.

D. Armando falleció el 13 de agosto de 1982 teniendo nacionalidad marroquí. D. Anselmo en el momento de su fallecimiento, 26 de mayo de 2011, tenía nacionalidad española.

Las actoras que a la fecha de celebración de sus respectivos matrimonios eran de de nacionalidad marroquí, adquirieron con posterioridad la nacionalidad española.

3º.-Los hermanos D. Alejo , D. Amadeo , D. Armando y D. Anselmo en de octubre de 1976 carecían de la nacionalidad española.

4º.-Las actoras a través de la demanda pretenden la nulidad por simulación del contrato de compraventa de fecha 20 de octubre de 1976 celebrado por el demandado, en virtud del cual compró la finca registral NUM000 , con los demás pronunciamientos inherentes.

**SEGUNDO** .-Así determinado el cuadro factual, se alega por la parte recurrente, en primer lugar, que la parte demandada no puede impugnar su legitimación como actora, en cuanto le fue reconocida por la demandada en el trámite incidental de la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda.

Según reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial la parte demandada no puede oponer la falta de personalidad o legitimación activa en el proceso a quien sí reconoció procesal o extraprocesalmente la condición de parte de la relación jurídica en base a la que se actúa, doctrina que no es sino trasunto de la de los actos propios que proscribe que alguien pueda ir en contra de sus propios actos.

La construcción jurisprudencial respecto a los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige: a) que los mismos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo; b) para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos; y c) viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto

En definitiva, la aplicación de la doctrina de los actos propios al reconocimiento de la personalidad procesal del que interviene en el litigio, sólo opera cuando el que la impugna haya reconocido anteriormente esa personalidad dentro del ámbito del propio, y aun fuera del mismo, si se hubiere hecho de un modo indubitado.

Atendida la doctrina expuesta, en el caso que nos ocupa, ningún reconocimiento de legitimación de las actoras puede ser atribuido a la no oposición de la parte demandada a la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda solicitada, o a la no impugnación en el procedimiento incidental de la falta de legitimación de la parte solicitante.

Baste recordar que finalidad de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo, por lo que no afecta a ésta. Y que, en el incidente procesal de medidas cautelares, la legitimación es referida por el artículo 721 número 1º de la LECiv ., al actor principal o reconvenional, cuestión extraña a la legitimación del actor en el proceso principal.

En segundo lugar, se cuestionó por la parte demandada el derecho por el que se regían los derechos hereditarios de las actoras a los fines de negar su legitimación.



Como indicó la sentencia de instancia la oposición de la parte demandada carece de todo apoyo fáctico y jurídico. De un lado, porque las actoras gozan en la actualidad la nacionalidad española, al igual que el marido ya fallecido de una de ellas. De otro, porque, si bien el marido de la otra ostentó hasta su muerte la nacionalidad marroquí, este hecho no afecta en el caso enjuiciados a la aplicación del derecho material español a la sucesión hereditaria, en cuanto que el derecho **extranjero** como cuestión de hecho debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca, lo que no ha ocurrido.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha afirmado que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho **extranjero** en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Y ha establecido la distinción entre las normas de conflicto, que se limitan a indicar cual es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida, las cuales según el párrafo primero del artículo 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal.

A tenor de esta doctrina, la norma de conflicto de obligada observancia sería la contenida en el artículo 9 número 8 del Código Civil, que somete la sucesión por causa de muerte a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Sin embargo, el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha ley, derecho marroquí respecto del que falleció ostentando tal nacionalidad, no ha sido acreditado por la parte demandada. Por lo que, según esta ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico.

En último lugar, la sentencia de instancia niega la legitimación a las actoras al entender que el cónyuge viudo ostenta la condición de legitimario, pero no de heredero del causante, por lo que su legitimación exige en los supuestos de simulación relativa, como el que nos ocupa, que la transmisión patrimonial operada haya perjudicado sus derechos legitimarios, lo que debe suponer no ha ocurrido.

Acierta la sentencia de instancia en el encuadramiento de la simulación que se predica del negocio objeto de impugnación en el ámbito conceptual de la simulación relativa, por causa de la interposición de las personas intervinientes en el contrato. Como dice el Tribunal Supremo, sentencia núm. 989/2011 de 29 diciembre, la simulación relativa acontece en los supuestos de "*interposición de persona o simulación relativa en los sujetos del contrato, en la que alguien finge contratar con una persona - testafierro- y en realidad lo hace con otra, no interviniendo la persona interpuesta en el contrato, pese a aparentarlo, ni siendo parte contractual, por más que sirva de disfraz a la parte auténtica*".

Ahora bien, el argumento de la sentencia de instancia, que parece reconocer legitimación para la impugnación de los negocios simulados en los casos de objeto de simulación absoluta, pero no en los de simulación relativa, no es aceptable.

Resulta de una evidencia dogmática indiscutible la legitimación para el ejercicio de las acciones de nulidad por simulación de todos quienes tengan la cualidad de herederos, sea cual fuere el adjetivo calificativo de su naturaleza (legitimarios, colaterales, testamentarios, abintestato, etc.).

La jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante. También, desde antiguo, ha admitido al cónyuge viudo ( artículo 807, párrafo primero, del Código Civil ), la posibilidad de ejercitar acciones en beneficio de la masa hereditaria.

Como dice la sentencia núm. 240/2017 de 20 de junio de la Audiencia Provincial de Ourense, "*el Tribunal Supremo, en el ámbito de aplicación del Código Civil, ha venido admitiendo la legitimación de los legitimarios para ejercer acciones de nulidad contra todo evento que incida en la comunidad hereditaria*".

En igual sentido, la sentencia núm. 305/2017 de 19 de octubre de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, "*no es discutido que la posibilidad de ejercitar de la acción de nulidad por simulación la tienen las partes, sus herederos y, en condiciones especiales, incluso los terceros ajenos al negocio jurídico. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2016, recogiendo la doctrina del T.S. sobre la materia, indica que "Para el ejercicio de este tipo de acciones, la jurisprudencia reconoce "la legitimación de un tercero, que no haya sido parte en el contrato, (...) siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado de alguna manera por el referido contrato" ( Sentencia 4/2013, de 16 de enero, con cita de muchas anteriores, entre otras la 145/2004, de 28 de febrero de 2004, 621/2001, de 23 de junio de 2001, y 14 de diciembre de 1993*".

Y, la sentencia núm. 144/2018 de 12 de abril de la Audiencia Provincial de Sevilla sección 6 del 12 de abril de 2018, nos dice que "*mientras que los herederos legitimarios o forzosos están legitimados para*



*ejercitar las acciones de nulidad, tanto por simulación absoluta o inexistencia del negocio, como por simulación relativa, cuando el negocio aparente inexistente encubre otro verdadero y válido, pues ostentan unos derechos económicos en la herencia del causante que nacen de la Ley y limitan las facultades de disposición del "de cuius", no ocurre lo mismo con los herederos voluntarios, lo sean por testamento o abintestato".*

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a estimar que las actoras están legitimadas en su condición de cónyuges supervivientes en el ejercicio de la acción en beneficio de la comunidad hereditaria.

**TERCERO.-** La revocación de la sentencia de instancia y el reconocimiento de la legitimación activa de las actoras conlleva entrar a conocer en esta alzada de las cuestiones de derecho material planteadas por las partes litigantes que la sentencia apelada dejó imperejuzgadas.

La parte demandada opuso en primer lugar la caducidad de la acción por entender de aplicación el plazo de 4 años previsto en el artículo 1301 del Código Civil.

El argumento de la parte demandada no es aceptable.

Como indica la sentencia núm. 236/2008 de 18 marzo del Tribunal Supremo: "*es constante la jurisprudencia de esta Sala al proclamar que la simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1.261-3º del Código Civil; nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, que resulta predicable tanto en los supuestos de simulación absoluta como en los de simulación relativa, si bien en este último caso referida al contrato simulado bajo cuya apariencia pudiera encubrirse otro fundado en una causa verdadera y lícita ( artículo 1.276 Código Civil )".*

**CUARTO.-** Superadas las excepciones que impedían un pronunciamiento sobre el fondo, entrando a conocer de éste, la acción ejercitada por las actoras en el presente proceso es la acción reivindicatoria, con otros pronunciamientos, basada en la petición de declaración de simulación subjetiva en favor de la comunidad hereditaria de sus respectivos maridos.

En el escrito de demanda se afirma:

1.- Que el precio de la compraventa de la finca litigiosa no fue pagado por el comprador sino por la sociedad irregular integrada por los esposos, ya fallecidos de las actoras, y sus otros dos hermanos. Esto es, por D. Alejo , D. Amadeo , D. Armando , esposo de D<sup>a</sup> Evangelina , y D. Anselmo , esposo de D<sup>a</sup> Estibaliz .

2.- Que en fecha 20 de octubre de 1976, los hermanos Alejo , Amadeo , Anselmo y Armando adquirieron por compra a Don Leopoldo , la finca registral NUM000 , inscrita al folio NUM001 del tomo NUM002 del libro NUM003 , conocida por DIRECCION000 , por el precio de 3.000.000 de pesetas, que procedieron a explotar directamente desde su adquisición.

3.- El hecho de que ninguno de los hermanos ostentara la nacionalidad española al tiempo de la adquisición de la finca determinó que la misma que en la escritura pública de compraventa apareciera como comprador el demandado, Eusebio , hijo de Alejo , que era el único miembro familiar que poseía la nacionalidad española, para el día en que Alejo , Amadeo , Anselmo y Armando no tuvieran las limitaciones expuestas para adquirir inmuebles en España, revertir la propiedad de la finca a aquéllos, sus legítimos propietarios.

4.- Que tanto el precio de la compraventa como el de las obras de mejora realizadas en la finca a nombre y por cuenta de la sociedad Ali Hermanos, fueron abonados mediante letras de cambio, libradas a cargo de la cuenta bancaria que la sociedad "Ali Hermanos" poseía en la entidad Banco de Bilbao, cuenta corriente n° NUM004 , cuyos titulares eran Alejo , Amadeo , Anselmo y Armando .

5.- Que a fecha de la escritura de compraventa de la finca litigiosa Eusebio se hallaba cumpliendo el servicio militar obligatorio y que carecía de ingresos.

6.- Que en los años 2001 y 2006 los causahabientes de las actoras dirigieron al Director del Área de Fomento en Melilla escritos poniendo en conocimiento que el hoy demandado y beneficiario por aquel entonces del pago del justiprecio no era propietario, sino que los propietarios eran los hermanos, Alejo , Amadeo , Anselmo y Armando , solicitando la paralización del pago del justiprecio al hoy demandado hasta tanto no se aclarara la situación.

7.- Que en fecha 29 de octubre de 2008, tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Melilla demanda de conciliación.

8.- Y, que en fecha 18 de septiembre de 2014, Amadeo , hijo del fallecido y miembro de la sociedad Ali Hermanos, Amadeo , y Anselmo , hijo de la hoy actora, Doña Estibaliz y de otro de los miembros de la sociedad, Anselmo , efectuaron requerimiento notarial al hoy demandado a fin de reconocer los derechos de propiedad de los requirentes sobre la finca litigiosa.





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 requiere unos presupuestos ineludibles cuya consecuencia es precisa y cuya prueba es indispensable.

El primero de ellos, como punto de partida es el título de dominio.

En el caso de autos las actoras no han probado el título de dominio de la finca litigiosa.

Valorada la prueba es manifiestamente insuficiente. A tal efecto solo se ha ofrecido por la parte actora la testifical de personas con manifiesto interés en el procedimiento, en especial, los hijos de un partícipe en la sociedad, Amadeo en la actualidad fallecido, a los que la estimación de la demanda les beneficiaría de modo reflejo, y, en todo caso, testigos meramente referenciales.

Tampoco la prueba documental aportada con el escrito de demanda y de contestación a la reconvenición acredita extremo relevante alguno. Incluso la parte se vale de manera interesada de un documento, el 12/13, aportado con el escrito de demanda, de modo que le otorga validez en aquello que le aprovecha y se la niega en lo que le perjudica. Además, no es reconocido por uno de los testigos. En todo caso, se trata de meras fotocopias, no firmadas.

Lo mismo acontece con las obras que se dice fueron ejecutadas en la finca litigiosa a costa de la sociedad irregular. Con independencia que de ser cierto el hecho, ninguna consecuencia podría extraerse a los fines del presente litigio.

En definitiva, la parte actora no ha probado el hecho básico de la demanda, cual es la prueba del dominio, por lo que 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.

**QUINTO.** -La parte actora sostiene que la compraventa de la finca por el demandado se procedió a la interposición de persona en los sujetos del contrato, en la que los vendedores fingieron contratar con una persona, el demandado-que actuaba como testaferro de los actores-, cuando en realidad celebraba el contrato con éstos.

Nuestra doctrina jurisprudencial ha destacado las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, lo que obliga, en la práctica totalidad de los casos, a inferir su existencia de la prueba indirecta de las presunciones.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, el examen de los autos y la valoración en conjunto de la prueba practicada, aboca a la conclusión de la inexistencia de pretendida simulación.

El único dato fáctico que ha resultado acreditado al tiempo de adquisición de la finca litigiosa es la carencia de la nacionalidad española de los cuatro hermanos Armando Alejo Amadeo Anselmo y el disfrute de la misma por el demandado. Elemento que operaría como razón última de la interposición de éste como titular registral de la finca litigiosa a efectos de salvar las restricciones de los **extranjeros** para adquirir bienes inmuebles en Melilla. Sin embargo, si esto es así, no se explica porque no procedieron del mismo modo respecto de otros bienes que aparecen en la documental integrados en el patrimonio social de la sociedad irregular.

En cuanto a la pretendida falta de capacidad económica del demandado, por razón de su edad, para la adquisición de la finca al tiempo de la celebración del contrato de compraventa, su fuerza indiciaria carece de la necesaria solidez. El demandado nació en 1953, tenía por aquel entonces 20 años de edad y los testigos que han depuesto en el acto del juicio han manifestado todos ellos trabajar desde edades muy tempranas. En todo caso, no excluiría que el demandado actuara como testaferro de terceros, como su padre, en la misma situación que sus hermanos, causahabientes de las actoras, y no en beneficio de éstos.

Por último, el documento 12/13 de los acompañantes al escrito de demanda, obrante al folio 78, reproduce el mismo documento que la copia aportada por la parte demandada como documento 3, folios 193 y 194. Estas copias ponen de manifiesto la participación en la sociedad irregular Ali alimentación de varios socios además de los hermanos Armando Alejo Amadeo Anselmo, entre ellos el demandado. En las mismas figura la participación de cada uno de ellos en los bienes enumerados en el documento, entre ellos la finca litigiosa, al tiempo que otros de posterior explotación exclusiva por los causahabientes de las actoras o de los que son titulares registrales. Por lo que la hipótesis de que el documento responda a una partición de los bienes de la sociedad en los términos sostenidos por la parte demandada se representa como una posibilidad aceptable.

**SEXTO.** - La usucapión es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales, tal y como indica el artículo 609 del Código civil .



La sentencia de 10 de mayo de 2.007 del Tribunal Supremo define la usucapión " como modo de adquirir el dominio contemplada en el artículo 609 y regulada a partir del artículo 1.930 del C.Civil cuyos requisitos esenciales, son la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida por el tiempo fijado en el Código, requisitos únicos para la usucapión extraordinaria que exige el tiempo de treinta años para la de inmuebles y los requisitos de buena fe y justo título para la ordinaria. A su vez, la regla primera del artículo 1.960 proclama la *accessio possessionis* y el artículo 436 la *continuatio possessionis* que comprende la continuación de la posesión y la del concepto posesorio ".

En este caso, se cumplen la totalidad de los requisitos exigidos, tanto para que prospere la usucapión ordinaria como la extraordinaria, puesto que el demandado reconviniendo ha sido poseedor de la finca en concepto de dueño, de forma pública, pacífica e ininterrumpida, además de tener justo título.

Por justo título, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, recogida en sentencia de 20 de diciembre de 2011 , ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles, cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión que de otro modo vendría a ser una institución inútil. En el caso enjuiciado el demandado reconviniendo ostenta la titularidad registral de la finca desde 1976.

La posesión en concepto de dueño no es un concepto puramente subjetivo o intencional, por lo que no basta la pura motivación volitiva representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal consistente en la existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, es decir actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios. Entre ellos, se encuentra el darse de alta como propietario del inmueble ante organismos oficiales. Y, esto ocurre en el caso de autos donde el demandado tiene reconocida la condición de propietario de la finca ante los organismos públicos de expropiación.

El demandado reconviniendo ha venido poseyendo ininterrumpidamente la parcela litigiosa, como dueño único y exclusivo ya que, aparte de que se presume la continuidad en el concepto en que se adquirió la posesión, tal y como indica el artículo 436 del Código civil , de lo actuado no se desprende como debidamente probado que haya existido acto por virtud del cual hubiese reconocido a los causahabientes de las actoras con posterioridad a 1982, fecha de la partición y adjudicación de los bienes de la sociedad, como copropietarios de la finca litigiosa, ni que éstos hayan realizado acto alguno como dueños sobre el fundo. Como se tuvo que decir, la única actuación de los integrantes de la sociedad sobre la finca se reduce al pago de unas obras a la fecha de adquisición por el demandado, desconociéndose el concepto del pago y el alcance concreto de las obras.

Por último, han transcurrido con creces desde 1976 los plazos exigidos para la usucapión ordinaria y extraordinaria, pues el primer acto con eficacia interruptiva está representado por la papeleta de conciliación presentada en los Juzgados de Melilla en octubre de 2008.

**SEPTIMO** °.- La estimación del recurso de apelación con admisión de la legitimación de la parte actora, conlleva el conocimiento de las cuestiones de fondo planteadas en los escritos rectores del procedimiento. Por lo que la desestimación de la demanda y estimación de la reconvencción, determina la imposición a la parte actora de las costas de la instancia sin que proceda a hacer pronunciamiento alguno con relación a las de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 384 y 389 de la LECiv .

Vistos los preceptos y doctrina legales citadas y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

## FALLAMOS

Que con estimación parcial de los Recursos de Apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> CONCEPCION SUAREZ MORAN en nombre y representación de Estibaliz y Evangelina contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 3. de Melilla, en los autos de Juicio Ordinario n<sup>o</sup> 210/15, declaramos:

1<sup>o</sup>.-La revocación de la sentencia de instancia.

2<sup>o</sup>.-La estimación de la legitimación activa de las actoras.

3<sup>o</sup>.-La desestimación de la demanda interpuesta.

4<sup>o</sup>.-La estimación de la demanda reconvenccional formulada por la parte demandada, y en su consecuencia la declaración del dominio del demandado D<sup>o</sup> Eusebio sobre la finca registral NUM000 , inscrita al folio NUM001 del tomo NUM002 del libro NUM003 , del registro de la propiedad de Melilla, conocida por DIRECCION000 ,

5<sup>o</sup>.-La imposición a la parte actora de las costas de la instancia.



6º.-La no imposición a ninguna de las partes de las costas de esta alzada.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que dejando a salvo el supuesto contemplado en el ordinal 3º del artículo 477 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil la presente resolución agota la vía jurisdiccional ordinaria.

Devuélvanse, en su momento, los autos originales al Juzgado de su procedencia junto con testimonio de la presente resolución para ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ