

LA USUCAPION DE LA NUDA PROPIEDAD

(Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1986)

1. INTRODUCCION

En el caso resuelto por la citada sentencia, el actor, nudo propietario de los inmuebles integrantes de la herencia en virtud de la disposición *mortis causa* contenida en las capitulaciones matrimoniales de sus padres, solicita del Juzgado declare la nulidad por simulación de las compraventas otorgadas en beneficio de los coherederos usufructuarios para facilitar la gestión de las fincas. Los coherederos demandados alegan la existencia de un testamento ológrafo en virtud del cual corresponde a uno de ellos el pleno dominio de una de las fincas a título de legatario. El Juzgado estima la demanda en cuanto a todas las fincas, excepto aquellas objeto de la reconvencción que también resulta estimada. Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Territorial confirma la sentencia.

El actor interpone recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los siguientes motivos: 1.º Al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando inaplicación de los artículos 1.261, 1.275 y 1.276, todos ellos del Código civil, por afirmar la sentencia recurrida la validez de la compraventa de la finca litigiosa a pesar de declararla simulada. 3.º Con el mismo amparo procesal, por inaplicación del artículo 342 de la Compilación catalana y de los artículos 432, 436, 444 y 1.941, todos ellos del Código civil, al no apreciar, pese al transcurso de más de 30 años, que el actor hubiese usucapido la nuda propiedad.

La sentencia declara no haber lugar al recurso, con base, entre otros, en el siguiente fundamento de derecho, directo fundamento del fallo: 3. «El motivo tercero mantiene que el demandante había adquirido por usucapición la nuda propiedad de la finca, tesis rechazada en las dos instancias y que se mantiene a través de la formulación del presente motivo. El actor, se alega a este propósito de la usucapición, ostentaba la titularidad hereditaria de todas las fincas y, por tanto, de la controvertida, desde la muerte de su padre el 5 de enero de 1940, y en virtud de la escritura de capitulaciones matrimoniales de 29 de octubre de 1916, habiendo otorgado escritura de manifestación de herencia el 6 de noviembre de 1961. Dicha posesión se mantuvo (sigue argumentando el motivo) al menos

hasta que el año 1976 su hermana invierte el concepto posesorio, no reconociéndole la condición de nudo propietario que hasta entonces le había reconocido. Este motivo debe ser desestimado porque: A) Parte del error de afirmar que la madre fue tenedora de la casa y fincas y entre éstas la litigiosa, para conservarlas o disfrutarlas perteneciendo el dominio al demandado (*sic*), ello según el artículo 432 del Código civil, cuando en realidad fue poseedora en concepto de dueño por formarse la categoría de poseedores en tal concepto de dueño con todos aquellos que poseen en el concepto de titulares (lo sean o no) de derechos reales, no sólo del dominio, sino también del usufructo; por tanto, no por efecto de las capitulaciones y de la institución preventiva que contienen, ni por razón de la definitivamente hecha en testamento, en ningún momento derivaría la posesión de la finca discutida del dominio del hijo heredero ni serviría para fundamentar la usucapción de éste. No existió en suma, el “desdoblamiento de posesiones” ni la posesión mediata o a través de otro de que habla el motivo. B) De otra parte, la usucapción reposa sobre la posesión pública, pacífica y no interrumpida (art. 1.941 del Código civil) consistente en que el usucapiente se conduzca como dueño del dominio o del derecho real susceptible de posesión y ello mediante un uso y disfrute continuados y no de otra manera, por lo que no todos los derechos reales, por sólo serlo, son ya idóneos para adquirirse por usucapción, siendo usucapibles únicamente aquellos cuyo peculiar contenido permita ser ostentados *ad extra* y a través de ese ejercicio continuado, mientras que otros derechos escapan a la facticidad propia de la actividad posesoria, de todo lo cual se desprende que, en el caso, no pudo adquirir el heredero recurrente y precisamente a través de la posesión efectiva de la usufructuaria, fallecida en 1978, la nuda propiedad de la finca que es justamente lo que propugna este motivo.»

Como se ve, el fundamento de derecho trata de desvirtuar la usucapción trentenal alegada en el motivo con base en el artículo 342 de la Compilación catalana, atacando la posesión del nudo propietario, lo cual nos permite plantear como problemas de la usucapción de la nuda propiedad, los siguientes aspectos: 1. El problema de la concurrencia de posesiones y su articulación en nuestro Derecho con referencia a la propiedad gravada con usufructo. 2. El problema de la posesión en concepto de dueño, y su diverso significado en los preceptos del Código civil que la mencionan. 3. Y, por último, el significado de la publicidad en la *possessio ad usucapionem* con referencia a la posesión del nudo propietario.

El examen de estos tres aspectos, permite sin duda afrontar la toma de posición sobre la usucapción de la nuda propiedad, prescindiendo de los pormenores del caso resuelto, ciertamente intrincados, y que involucran indirectamente problemas de derecho sucesorio no contemplados en el recurso que resuelve la citada y parcialmente reproducida sentencia.

2. LA CONCURRENCIA DE LAS POSESIONES DEL NUDO PROPIETARIO Y DEL USUFRUCTUARIO

Uno de los problemas que plantea la propiedad gravada con usufructo en nuestra regulación posesoria, es el del modo en que deben articularse las respectivas situaciones posesorias del nudo propietario y del usufructuario. Ciertamente, no se trata de un problema específico de esta relación jurídico-real, ya que se plantea en todo supuesto en que haya posesión efectiva por persona distinta del

titular dominical, pero tal vez, el caso del usufructo sea paradigmático por permitir las más prolongadas y variadas cadenas de posesiones concurrentes sobre un mismo objeto.

La cuestión dista de haber sido resuelta pacíficamente por la doctrina, ya que la interpretación del artículo 432 del Código civil, y de los demás preceptos de este cuerpo legal que afectan al tema ha dado lugar a posturas muy divergentes entre los autores, sin que la jurisprudencia, por su parte, haya contribuido a zanjar la cuestión con una clara orientación (1).

Por una parte, la distinción entre posesión mediata y posesión inmediata consagrada por el § 868 del BGB («si alguien posee una cosa como usufructuario... también el otro es poseedor») ha tenido fuerte influencia en la doctrina española, la cual, si bien con importantes matizaciones considera aplicable la distinción a nuestro ordenamiento, a pesar de no estar recogida expresamente por el Código civil.

Así, G. García Valdecasas (2), con base en el artículo 431 del Código civil, identifica la posesión inmediata con la ejercida directamente y la posesión mediata con la ejercida a través de otro, lo cual tiene el efecto reflejo de reducir el contenido de la posesión de derechos a los supuestos en que no pueda hablarse de posesión mediata. En el mismo sentido, se pronuncia J. L. de los Mozos en orden a la tutela interdictal (3), defendiendo la idea de la posesión mediata del poseedor en concepto de dueño a través de otro, concretamente en el caso del usufructo.

Más recientemente, A. Martín Pérez (4), entiende que la idea del desdoblamiento posesorio no está totalmente resuelta ni por el artículo 432 del Código civil, según la opinión más extendida, ni por el artículo 431 del Código civil de acuerdo con la expresada opinión de G. García Valdecasas, porque ninguno de estos dos preceptos aisladamente considerados llega a consagrar la distinción entre posesión mediata e inmediata, sino que esta distinción deriva conjuntamente de ambos preceptos, por reconocer el artículo 431 la posesión mediata o espiritualizada, y el artículo 432 del Código civil, la posesión inmediata, ya que este último precepto, al plantearse en forma disyuntiva, no denota precisamente concurrencia.

Esta tesis que fundamenta el desdoblamiento de posesiones y su concurrencia en los citados preceptos del Código civil contemplados conjuntamente, es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1925, precisamente con referencia al nudo propietario a título de heredero: «con arreglo a los artículos 431 y 432, la posesión de los bienes de la herencia la tiene la heredera, aunque por mediación de la usufructuaria en su nombre».

La acogida de esta distinción no es, sin embargo, unánime, porque ya D. De Buen (5), escribió que «la posesión de un arrendatario o de un comodatario no excluye la posesión del derecho de propiedad por el propietario», sosteniendo así la concurrencia de posesiones, no con base en la distinción entre posesión me-

(1) Cfr. A. MARTÍN PÉREZ: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo, tomo VI, p. 72, Madrid, 1980.

(2) Cfr. G. GARCÍA VALDECASAS: *La posesión*, p. 23, Granada, 1953.

(3) Cfr. J. DE LOS MOZOS: *Tutela interdictal de la posesión*, p. 222, Madrid, 1962.

(4) Cfr. A. MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 65.

(5) Cfr. D. DE BUEN: *Notas al curso de Colin y Capitant*, II, 2.º, pp. 991 y ss., Madrid, 1923.

diata y posesión inmediata, sino con base en la distinción entre posesión de cosas y posesión de derechos, lo cual en rigor, es tanto como negar la concurrencia de posesiones, pues no recaerían ya sobre un mismo objeto.

Más recientemente, esta tesis ha sido defendida por J. B. Vallet de Goytisolo (6), para quien nuestro Derecho no constituye la concurrencia de posesiones en sentido vertical sobre una misma cosa, sino por el contrario en sentido horizontal. Pero, esta postura, lejos de negar la concurrencia de posesiones, lo que hace es situar todas las posesiones en el mismo plano, recayendo directamente sobre la cosa, pero con distinta dimensión posesoria y distinta exteriorización del concepto posesorio.

Sin embargo, las distintas formas de enfocar la concurrencia de posesiones sobre una misma cosa, que tienen importantes consecuencias en orden a la protección procesal, carecen de repercusiones igualmente importantes en cuanto a la usucapición, porque tanto la posesión mediata del nudo propietario, como su posesión del derecho de propiedad, podrían tener en principio los mismos efectos en relación con la usucapición de la nuda propiedad, pues ambas construcciones mantienen el relevante papel del *animus* posesorio, a diferencia de lo acontecido en el Derecho alemán (7).

Por todo ello, el fundamento de derecho reproducido de la sentencia de 26 de abril de 1986, a pesar de su frontal ataque a la construcción de la concurrencia de las posesiones del nudo propietario y del usufructuario con base en la distinción entre posesión mediata e inmediata, tampoco parece adherirse a la tesis de la posesión de derechos, aunque algún párrafo pueda apuntar en tal dirección: «que el usucapiente se conduzca como dueño del dominio o del derecho real susceptible de posesión», porque ello no sería obstáculo para la usucapición por el nudo propietario.

Más bien parece que trata de negar todo tipo de posesión al nudo propietario, convirtiendo su situación en una titularidad meramente formal, lo cual sería de todo punto insostenible, por convertir al usufructuario en sustancial propietario, invirtiendo así los términos de la cuestión: el nudo propietario privado de facultades y de posesión, tendría un mero derecho de adquisición, a modo de gravamen formal y claudicante que el usufructuario podría llegar a extinguir a través de una especie de usucapición liberatoria.

Las afirmaciones de la sentencia en examen, así entendidas, serían tan infundadas como para hacer innecesaria su reducción al absurdo, razón por la que hay que interpretarla como una simple negación de la posibilidad de aplicar al caso el artículo 432 del Código civil, que es el único precepto que se cita, y esto, aunque sólo sea indirectamente, habría que entenderlo como opción en favor de la tesis sustentada por Vallet de Goytisolo, porque si el nudo propietario (real o aparente) no puede alegar su posesión mediata mantenida a través de la posesión efectiva del usufructuario a los efectos de probar los requisitos de la usucapición, es porque su posesión tiene distinto objeto, es decir, es posesión de derecho, posesión del derecho de propiedad (7 bis).

(6) Cfr. J. B. VALLET DE GOYTISOLO: *La concurrencia de posesiones sobre una misma cosa inmueble*, en «R.G.L.J.», 1947, pp. 545 y ss., y 679 y ss.; y ahora en *Estudios sobre Derecho de cosas*, pp. 19 y ss., Madrid, 1973.

(7) Cfr. A. MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 69.

(7 bis) Cfr. en tal sentido el comentario sobre esta misma sentencia de M. ALBALADEJO, en *Cuadernos civitas di jurisprudencia civil*, núm. 11 (1986), pp. 3606 y ss.

Esta afirmación en el caso resuelto por la sentencia, permitiría negar la *possessio ad usucapionem* del nudo propietario aparente, precisamente por basarse en un título putativo cual es la disposición *mortis causa* revocada. En efecto, si la posesión del nudo propietario es posesión del derecho de propiedad, y en el caso este derecho no tiene existencia real por dimanar de un título putativo, la situación posesoria realmente existente no conduce a la usucapión ni ordinaria ni extraordinaria del derecho de nuda propiedad.

Pero, este razonamiento, no expreso en la sentencia comentada, además de situarse en la línea propugnada por Vallet de Goytisolo, se constituiría en una de las más radicales afirmaciones de la inadmisibilidad de la *usucapio pro haerede* (8) que alcanzaría, no sólo a la usucapión ordinaria, sino también a la usucapión extraordinaria, en la que por no requerirse título verdadero y válido, sería difícilmente justificable sin el amparo del artículo 1.953 del Código civil.

La cuestión no es baladí en materia de usucapión de la nuda propiedad, ya que es la sucesión *mortis causa* la principal fuente de situaciones de propiedad gravada con usufructo, razón por la que, frecuentemente, el título del nudo propietario será un título *pro haerede*.

A mi juicio, la falta de apoyo textual de semejante solución, es un argumento que milita en favor de la construcción de la concurrencia de posesiones con base en el artículo 432 del Código civil en conjunto con el artículo 431, de modo que el nudo propietario, será un poseedor mediato, a menudo *pro haerede*, y que en el caso de tratarse de un heredero aparente tropezará con el artículo 1.953 del Código civil, a la hora de acogerse a la usucapión ordinaria (9), pero no tendrá obstáculo para alcanzar la usucapión trentenal por ser poseedor mediato de la cosa y no simple poseedor de un derecho inexistente.

3. EL CONCEPTO POSESORIO DEL NUDO PROPIETARIO Y DEL USUFRUCTUARIO

Admitido el desdoblamiento posesorio, y sea cual sea la construcción de la concurrencia de posesiones que se postule, será problema común en la propiedad gravada con usufructo la delimitación del concepto de cada una de las posesiones en juego, en orden a la usucapión.

Como señala A. Morales Moreno (10), los actos posesorios deben referirse a un concepto posesorio, es decir, a un derecho subjetivo susceptible de ser adquirido por usucapión, pero hay situaciones «en que la valoración del comportamiento posesorio no evoca unívocamente un derecho subjetivo».

Ejemplo de posesión inexpressiva respecto del derecho que se ejercita, es sin duda la del usufructuario, por la amplia gama de posibilidades de exteriorización que no tiene por qué denotar el concepto posesorio, ya que tanto puede asemejar-

(8) Más radical todavía que la negación de la *usucapio pro haerede* en la sentencia del T.S. de 12 de abril de 1951, citada por A. M. MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, pp. 268 y ss., y nota 191, Madrid, 1972.

(9) Incluso la *usucapio pro haerede* ordinaria con base en título putativo parece admitida por algún autor, como F. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo III, p. 452, Madrid, 1959.

(10) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 13.

se al pleno dominio, como a la nuda propiedad, como sobre determinados objetos puede parecer el ejercicio de derechos reales de contenido menos amplio, como el uso o la habitación, e incluso confundirse con el ejercicio de derechos personales como el arrendamiento de cosas.

Por ello, para reconducir las posesiones del nudo propietario y del usufructuario a estos precisos conceptos posesorios, será imprescindible acudir al *animus* posesorio, a ese elemento en principio subjetivo que siempre habrá de ser expresivo de una relación jurídico real de las integradas por derechos subjetivos susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

Este *animus* posesorio entendido de modo estrictamente subjetivado, no sería otra cosa que la *opinio* o creencia del propio posidente, lo cual a efectos de usucapión encontraría una primera concreción en la necesaria referencia a este *animus* a los tipos de derechos subjetivos susceptibles de usucapión (11). Sin embargo, el concepto posesorio al que se refiere el artículo 1.941 del Código civil a efectos de usucapión, no es equivalente al *animus* posesorio subjetivamente considerado, sino al *animus* posesorio objetivado de acuerdo con la *causa possessionis* con la que ha de ser coincidente (12), como lo expresa con toda claridad el artículo 447 del Código civil: «sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio».

Cierto es que las expresiones del Código civil no son del todo exactas, puesto que la posesión en concepto de dueño, del artículo 1.941 es más bien la posesión en concepto de dueño o de titular de cualquier otro derecho real usucapible, pero no se puede decir lo mismo de la expresión «posesión en concepto de dueño» de los artículos 432 y 447 del Código civil, porque en el primero de estos preceptos se contraponen a la posesión de quienes no son titulares dominicales, y por tanto se refiere al dominio en sentido estricto, al igual que el artículo 447 que nos habla de título para adquirir el dominio.

Por ello no es lícito ampararse en esa imprecisión terminológica para afirmar que el usufructuario es poseedor en concepto de dueño, ni mucho menos negarle al nudo propietario tal cualidad, porque tal situación sólo podría sobrevenir por intervención posterior del concepto posesorio por parte del usufructuario.

Así, en la hipótesis de un origen *mortis causa* del gravamen usufructuario, el concepto posesorio vendrá dado a los herederos en virtud del artículo 440 del Código civil en primer lugar por el concepto posesorio de su causante, y en segundo lugar por las disposiciones testamentarias o por la sucesión legítima, pero siempre con independencia de la voluntad de los herederos. En suma, el concepto en que se adquiere la posesión estará objetivado en el título de atribución de esa posesión, que no requiere especial cualificación jurídica y no se identifica con el justo título verdadero y válido que exigen los artículos 1.952 y 1.953 del Código civil para la usucapión ordinaria (13).

En consecuencia, aunque resulte un título putativo, inicialmente y hasta que se conozca su calidad de título no verdadero o inválido (14) o se intervenga el

(11) Cfr. A. MORALES MORENO, *ibidem*.

(12) Se trata de una necesaria coincidencia en la fase inicial de adquisición de la posesión, pues no es posible la intervención *ab initio* del concepto posesorio. Cfr. en tal sentido A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 95.

(13) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 95 *in fine*.

(14) Aunque la disposición *mortis causa* posteriormente revocada ha venido a con-

concepto posesorio, éste vendrá dado por la *causa possessionis*, sin que en este campo pueda de ningún modo intercambiarse la posición de nudo propietario y del usufructuario, es decir, sus respectivos conceptos posesorios (15).

Si por el contrario la situación jurídica real de usufructo tiene origen en negocios *inter vivos*, se trataría de un negocio de los llamados constitutivos, en el que si el usufructo es objeto directo del negocio, el usufructuario será causahabiente del nudo propietario, y por el contrario si se opera mediante transmisión de la nuda propiedad y reserva del usufructo, será el nudo propietario causahabiente del usufructuario, viniendo objetivado su *animus* posesorio respectivo por esta *causa possessionis* que es el negocio jurídico constitutivo, y en consecuencia condicionado su concepto posesorio hasta que medie interversión del mismo.

Hasta aquí, se ha contemplado el concepto posesorio en la fase inicial o de adquisición, objetivado por la *causa possessionis*, pero esta situación no es algo inmutable, aunque juegue en favor de su invariabilidad la presunción contenida en el artículo 436 del Código civil. En efecto, se trata de una presunción *iuris tantum* que admite en contrario la prueba de la interversión del concepto posesorio, interversión que requiere la posesión efectiva por quien va a mutar su concepto posesorio. No se pierde pues, la objetivación del *animus* posesorio, pero ésta ya no vendrá dada por la causa de adquisición, sino por esa transformación de la posesión que doctrinalmente se conoce como interversión en cualquiera de las formas.

Es posible, en primer lugar, la interversión bilateral, que en el caso de la propiedad gravada con usufructo se producirá por un negocio que transmita al usufructuario la nuda propiedad acarreado la extinción del usufructo por consolidación a través de la *traditio brevi manu*. También es imaginable el supuesto contrario de negocio jurídico que sin *traditio* efectiva cambie el concepto posesorio del usufructuario en sentido restrictivo, hacia derechos reales de contenido menos amplio o incluso derechos personales, a través del *constitutum possessorium*, careciendo de interés los demás supuestos de extinción del usufructo que acarrearían sin más la transformación del concepto posesorio del usufructuario hacia la situación de mero precarista (*pro possessore*).

Cabe, sin embargo, la duda acerca de la posibilidad de que a través de la interversión pueda el usufructuario pasar a poseer para otro poseedor mediato distinto del originario, ya que por definición, el nuevo poseedor mediato no pudo transmitir una posesión que no tenía. Morales Moreno, acertadamente, se inclina en favor de la respuesta afirmativa, pues el nuevo poseedor mediato podrá hacer *traditio brevi manu* (16).

vertirse en el título putativo por antonomasia, son atendibles las razones de Scaevola para considerarlo título real y existente, aunque no apto para inducir usucapción ordinaria por ser inválido. Cfr. Q. M. SCAEVOLA: *Código civil*, tomo XXXII, vol. 1.º, pp. 606 y ss., Madrid, 1965.

(15) Por ello, a pesar de tratarse de una cuestión principalmente terminológica, para evitar consecuencias indeseables, parece preferible reservar la expresión «concepto de dueño» del artículo 432 del Código civil, para los títulos dominicales en sentido estricto. En parecido sentido parecen pronunciarse G. GARCÍA VALDECASAS (*op. y loc. citas.*), A. MARTÍNEZ PÉREZ (*La posesión*, p. 67, Zaragoza, 1958), e incluso J. V. BALLEST DE GOYTISOLO (*op. cit.*, p. 47).

En contra, A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 77, nota 8; y, en cierta medida, la sentencia del T.S. de 26 de marzo de 1986 cuyo razonamiento se comenta:

(16) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 102, nota 67.

La respuesta afirmativa es también obvia en los usufructos constituidos *mortis causa* a partir del momento en que claudique la titulación del nudo propietario aparente, en beneficio del *verus haeres* de la nuda propiedad, pero lógicamente estaremos ya fuera del supuesto de interversión bilateral.

También es admisible la interversión unilateral, lógicamente sólo a efectos de usucapición extraordinaria, tanto en perjuicio del nudo propietario como del usufructuario, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1.941 del Código civil (17).

Y, por último, se puede diferenciar la interversión impuesta, dentro de la cual habría que considerar no sólo la resultante de una sentencia, sino también la resultante del conocimiento de la inexistencia de la *causa possessionis* si ésta hubiese sido putativa, cual ocurre en el caso resuelto por la sentencia de 26 de marzo de 1986, en que el usufructuario resulta ser titular del pleno dominio a título de legatario en virtud de la aparición del testamento conteniendo voluntad verdaderamente última del causante.

Así las cosas, es innegable que sea cual sea la *causa possessionis* inicial, ésta va a determinar el concepto posesorio objetivando el *animus* posesorio de los sujetos que intervengan en la relación jurídica de usufructo, y que en consecuencia el nudo propietario, lo sea o no realmente, es el único sujeto con posesión susceptible de desembocar en la prescripción adquisitiva del dominio, en el plazo que se requiera según las restantes circunstancias de su posesión, en tanto no medie alguno de los sucesos que reciben el nombre de interversión.

Razonar en sentido contrario como lo hace la sentencia de 26 de marzo de 1986 es ampararse en el significado equívoco de la expresión «en concepto de dueño», para desnaturalizar un instituto como la prescripción en sus dos vertientes adquisitiva y extintiva, y dejar a salvo de ellas a quien, poseyendo en concepto de usufructuario durante más de treinta años, carecería de cauce procesal para hacer valer su titulación correspondiente al dominio pleno, a no ser que se resucitase la acción rescisoria del dominio para los supuestos en que el *verus dominus* no pudo accionar por desconocer su cualidad de tal.

Tal vez por lo infundado de tal interpretación, excluida por el artículo 1.932 del Código civil, el razonamiento haya tenido que terminar por negar a la nuda propiedad el carácter de derecho real usucapible, también infundadamente como se intentará demostrar en apartado siguiente.

4. EL SIGNIFICADO DE LA POSESION PUBLICA EN RELACION CON LA POSESION DEL NUDO PROPIETARIO

La argumentación para privar a la posesión mediata, o posesión del derecho de propiedad si se quiere, del nudo propietario, de virtualidad de generar usucapición, se basa principalmente, como se desprende del fundamento de derecho de la sentencia de 26 de marzo de 1986 arriba reproducido, en que tal posesión no tiene el requisito de publicidad exigido por el artículo 1.941 del Código civil.

Tal afirmación, no es desde luego sostenible con carácter general, pues aun cuando se identifique tal publicidad con el ejercicio *ad extra* del derecho, no

(17) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 104.

sería posible predicar el carácter meramente formal de la nuda propiedad en todo caso, por las razones que más tarde se examinarán.

Pero, ocurre además, que ni siquiera en aquellos casos concretos en que la nuda propiedad carezca de exteriorización posesoria, podría decirse con propiedad que no concurre la publicidad exigida a la *possessio ad usucapionem* por el citado artículo 1.941 del Código civil.

En efecto, identificar publicidad con ejercicio *ad extra* de un derecho, es interpretar este requisito de modo excesivamente restrictivo, como una publicación *erga omnes* de una situación posesoria siempre material, necesitada siempre de *corpus* posesorio.

Que esta interpretación no es conforme con los rasgos de la posesión en nuestro ordenamiento, es algo que salta a la vista, siendo además especialmente incompatible con la posesión *ad usucapionem*, que nunca se presenta como una situación jurídica absoluta, oponible *erga omnes*, como lo sería el dominio o cualquier otro derecho real perfecto y no claudicante. Así, la usucapión consumada priva de su derecho al *verus dominus* convirtiéndose en propiedad u otro derecho real, protegido ya por las acciones reales típicas, pero entre tanto se llega a tal consumación, la posesión es una situación jurídica claudicante, eminentemente relativa (18), es decir, protegida frente a poseedores de peor condición pero nunca frente al *verus dominus*, por las acciones interdictales y por la acción publiciana.

Esta relatividad de la situación o derecho posesorio, no puede dejar de impregnar su exteriorización, que tampoco podrá entenderse de modo absoluto a pesar del tenor literal no suficientemente explícito del artículo 1.941 del Código civil.

Así, el requisito de publicidad, la «posesión pública», como acertadamente explica A. Morales Moreno (19), no equivale sin más a la ausencia del vicio de clandestinidad que señala el artículo 444 del Código civil, sino que añade un rasgo adicional exigible a la posesión *ad usucapionem*, con distinto fundamento y razón de ser, ya que si el interés protegido por el artículo 444 del Código civil es fundamentalmente el del poseedor despojado en cuyo favor se considere clandestina la nueva tenencia, el interés protegido por el requisito de publicidad del artículo 1.941 del Código civil es el interés del verdadero titular «porque la ausencia de publicidad le impediría llegar a conocer la posesión prescriptiva, cosa que le resulta necesaria para poderla interrumpir» (20).

Así pues, la propia finalidad del requisito denota su relatividad señalándonos una persona concreta frente a quien ha de operar: el *verus dominus* o el verdadero titular del derecho que se está usucapiendo.

Esta misma conclusión se alcanza si se examinan los antecedentes del requisito de publicidad en normas de nuestro antiguo Derecho, menos concisas, pero más expresivas que el artículo 1.941 del Código civil, como por ejemplo el Fuero Real 2.11.1, recogida en la Novísima Recopilación 11.8.3. que concedían virtualidad preclusiva de los juicios sumarios a la posesión de año y día «en faz y paz

(18) Cfr. J. DE LA CUESTA SAENZ: *La acción publiciana*, p. 24, Madrid, 1984, con respecto a la posesión apta para generar usucapión ordinaria, y *a fortiori* respecto de la posesión de buena fe con base en título putativo.

(19) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 163.

(20) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 165.

del demandador», pues en ellas se indica inequívocamente frente a quien había de ser pública la posesión.

Por tales razones, no puede interpretarse el requisito de publicidad del artículo 1.941 del Código civil como si solamente pudiera cumplirse cuando haya un conocimiento general de la posesión (21), y partiendo de que sólo le es exigible a la publicidad posesoria con vistas a la usucapión un carácter relativo respecto del hecho posesorio y del concepto en que se posee, queda claro que tal requisito siempre se cumplirá frente al usufructuario (como ocurre en caso resuelto por la sentencia de 26 de marzo de 1986) en tanto no medie interversión por su parte.

Frente a un hipotético *versus dominus* ajeno a la relación de usufructo, en principio beneficiará al usucapiente de la nuda propiedad la exteriorización posesoria consistente en el disfrute del usufructuario que reconoce su dominio, porque la situación del nudo propietario no es hasta tal punto pasiva y meramente formal como para que transcurran los plazos de la usucapión sin que el *versus dominus* se percate de que su titularidad no es reconocida por ese usufructuario que está poseyendo para otros: más bien habría que pensar que la situación formal meramente y absolutamente privada de contenido es la del *versus dominus* que no interrumpe la posesión mediata del usucapiente, tanto si el *versus dominus* es titular del pleno dominio, como si a su vez es nudo propietario.

En efecto, la relación jurídica de usufructo presenta *ad extra* algo más que el goce y disfrute del usufructuario, porque de la regulación de los artículos 467 y siguientes del Código civil no se deduce que la posición del nudo propietario sea simplemente simbólica, aunque por tratarse de normas subsidiarias, el título constitutivo pueda variar significativamente en uno u otro sentido el papel del nudo propietario.

Pero prescindiendo de los infinitos matices que la autonomía de la voluntad puede introducir en la cuestión, conviene hacer un breve examen de la regulación del Código civil, para verificar o rechazar ese pretendido carácter formal de la nuda propiedad.

a) En cuanto al uso normal de la cosa como forma de exteriorizar la posesión, cierto es que en principio corresponde exclusivamente al usufructuario, pero ello no quiere decir que la relación entre el nudo propietario y el usufructuario, que podríamos calificar como de reconocimiento del primero por el segundo, permanezca forzosamente oculta, porque el nudo propietario puede mantener cierto contacto con la cosa sin quebrantar los límites que le impone el artículo 489 del Código civil: no alterar su forma y sustancia (paralelo al límite del disfrute por el usufructuario), ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario.

Es más, dado que el usufructo se puede modificar por el mal uso de la cosa en los términos del artículo 520 del Código civil, hay que considerar que dentro de las facultades del nudo propietario estará la de inspeccionar la conducta del usufructuario, lo cual puede tener importante proyección *ad extra*, suficiente desde luego, en muchos casos para cumplir con el requisito de publicidad relativa del artículo 1.941 del Código civil (22).

(21) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 169.

(22) Tal enumeración de derechos y obligaciones del nudo propietario es la que hace F. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, p. 483, Madrid, 1959. Desde luego, vista en globo la regulación del Código civil, y especialmente la limitación del art. 489, está claro que el nudo propietario, salvo que el título constitutivo así

Lo mismo puede decirse de otras facultades del nudo propietario como las contempladas en los artículos 500 (reparaciones ordinarias) y 503 del Código civil (obras, mejoras y plantaciones), sin que quepa olvidar tampoco que las obligaciones que le imponen los artículos 501 y 505.1 del Código civil, pueden tener a la nora de su cumplimiento, una facticidad y proyección *ad extra* nada desdeñable y con cierta continuidad en el tiempo.

Por último, y en materia de servidumbres, el artículo 595 del Código civil nos muestra una nueva faceta del ejercicio del derecho de nuda propiedad con trascendencia posesoria que va más allá de lo que puede una titularidad formal y sin proyección posesoria, pues dentro de los límites señalados por este precepto, coincidentes con los del artículo 489 del Código civil, el nudo propietario podrá imponer servidumbres, y hay que pensar que en esta facultad se hallarán comprendidos todos los cauces posibles, incluidos los propios de las servidumbres aparentes y por lo tanto la llamada destinación del padre de familia, pues ésta puede ser la proyección hacia el futuro de algunas de las obras y mejoras realizadas por el nudo propietario al amparo del artículo 503 del Código civil.

b) En cuanto al disfrute propiamente tal, tampoco puede decirse en términos absolutos que la nuda propiedad sea un derecho meramente formal, que no pueda presentar exteriorización posesoria, ya que, en ciertos usufructos especiales, como el regulado por el artículo 477 del Código civil, aunque no puede hablarse de disfrute por el nudo propietario, en sentido técnico, la solución adoptada por el Código civil conduciría a una clara exteriorización de las facultades del nudo propietario, a través de la percepción de la mitad de las utilidades (23).

Por otra parte, no hay que olvidar que hay una fuerte corriente doctrinal favorable a la posibilidad de constituir usufructos sobre la nuda propiedad en contra del criterio mantenido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 1910 (24), opinión que se fundamenta en atendibles argumentos sobre el contenido de la nuda propiedad, que a su vez, son aptos para demostrar la inconveniencia de excluir *a priori* y de modo general la exteriorización posesoria de la nuda propiedad.

Por todas estas razones, parece imposible reducir la nuda propiedad al esquema de un derecho subjetivo exclusivamente formal, cuyo único parecido con el dominio sería desde el punto de vista externo el derecho de disponer y la facultad de reivindicar, por estar absolutamente privado del goce a que se refiere el artículo 348.1 del Código civil. Es posible, pues, la exteriorización posesoria de la nuda propiedad, no sólo por la vía de la posesión mediata, sino también por ciertos aspectos de inmediatez posesoria que pueden concurrir, y que en cierto modo, en los conflictos entre nudo propietario y usufructuario que intervierte su título,

lo disponga, no queda subsumido dentro del «sujeto pasivo universal», y en consecuencia, no puede ser excluida por el usufructuario cualquier actividad del nudo propietario con referencia a la cosa: la publicidad relativa frente al *versus dominus* en su caso, o frente al usucapiente de otro derecho real sobre la cosa, estaría suficientemente cumplida con el ejercicio de cualquiera de estos derechos, o simplemente con el cumplimiento de la obligación del art. 505.1 del Código civil; es decir con el pago de la contribución territorial, en el usufructo sobre inmuebles.

(23) Otro tanto podría decirse de cada uno de los usufructos especiales contemplados por el Código civil.

(24) Cfr. por todos, B. MORENO QUESADA: *El usufructo de la nuda propiedad*, en «A.D.C.» 1959, pp. 535 y ss.

marcarán con su cese y el transcurso de un año del artículo 460.4 del Código civil, el inicio de una verdadera posesión en concepto de dueño por parte del que venía poseyendo como usufructuario.

5. USUCAPION DE LA NUDA PROPIEDAD Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Deliberadamente se ha prescindido hasta el momento de la influencia decisiva que los peculiares principios del Derecho Inmobiliario Registral pueden tener en el supuesto de que el usufructo se haya constituido sobre un bien inmueble que haya accedido al Registro de la Propiedad.

En principio, la regulación de los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria, no ofrecen obstáculos a la usucapión de la nuda propiedad, sino muy al contrario, cuando se trate de usucapión *secundum tabulas*, pero al lado de estos supuestos habremos de examinar otros, como la *usucapio contra tabulas* y la *usucapio libertatis*, de perfiles más problemáticos.

a) *Usucapio secundum tabulas* (25). El nudo propietario que tenga inscrito su derecho se verá sin duda favorecido por la presunción o mejor por las presunciones que se consagran en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria. No quiere decir esto que la inscripción supla al justo título para la usucapión ordinaria, porque dada la importancia del título *pro haerede* en la nuda propiedad, no es imposible que el nudo propietario sea un heredero aparente que tan sólo podría beneficiarse de la usucapión trentenal (26). Pero es indudable que sí que tendrá repercusión en la objetivación del *animus* posesorio y consiguientemente, del concepto posesorio a efectos de usucapión, es decir, del derecho subjetivo que se va a adquirir (27), por afectar simultáneamente al usufructuario, cuyo concepto posesorio se hace más difícil de intervertir.

Podría incluso conjeturarse si el artículo 35 de la Ley Hipotecaria permitiría la *usucapio pro haerede* ordinaria tanto al nudo propietario como al usufructuario con título putativo pero inscrito (28), por una especial eficacia de la buena fe, en la integración del título, pero la respuesta a este interrogante excede de los propósitos de este trabajo, por lo que basta retener como notas de la eficacia

(25) Deliberadamente se emplea la expresión *usucapio secundum tabulas*, en lugar de la expresión usucapión tabular, por referirse exclusivamente al supuesto de concordancia entre lo publicado por el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral, en la que el nudo propietario es también un poseedor verdadero, con disponibilidad efectiva de algunas de las relaciones de la cosa, y no un mero titular formal que sólo pudiese disponer de su derecho.

(26) Cfr. en tal sentido, respecto de la *usucapio pro haerede* en general, J. DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, p. 279, Barcelona, 1965.

(27) De nuevo es preciso indicar que no se trata de identificar la inscripción con el justo título para la usucapión, sino simplemente de conceder a las presunciones de los arts. 35 y 38 de la L.H. un efecto relativo que se traduciría en la traslación de la carga de la prueba hacia el *verus dominus* extrarregistral, o simplemente en recalcar la incumbencia de la prueba sobre el poseedor que haya intervertido su título o su concepto posesorio. En tal sentido cfr. A. MORALES MORENO: *La inscripción y el justo título de la usucapión*, en «A.D.C.», 1971, p. 1131 y nota 24.

(28) Así lo hace, aunque a efectos de reducir el absurdo la equiparación entre inscripción y justo título, A. MORALES MORENO: *La inscripción y el justo título de la usucapión*, cit., p. 1135.

de la inscripción en favor del nudo propietario *in via usucapiendi* esa objetivación del concepto posesorio ya indicada, junto con la presunción de publicidad y carácter pacífico de la posesión del titular registral, así como su no interrupción, sin llegar a afirmar que la inscripción llegue a suplir la inexistencia o falta de realidad del título, convirtiendo en ordinaria la que habría de ser prescripción trentenal.

En el caso del nudo propietario *pro haerede*, la presunción de buena fe del artículo 35 de la Ley Hipotecaria no cabe duda de que se superpone con la presunción del artículo 434 del Código civil y con la irrelevancia de los vicios de la posesión del causante consagrada por el artículo 442 del Código civil, permitiendo en este caso la transmutación de la usucapión extraordinaria en ordinaria, al independizar la situación del heredero de la de su causante (29).

En consecuencia, el que se requiera en todo caso posesión efectiva aun para esta usucapión *secundum tabulas*, no puede ser entendido como un obstáculo para la usucapión de la nuda propiedad por las mismas razones expuestas anteriormente para los supuestos que se desenvuelven con absoluta independencia del Registro de la Propiedad, pues tanto si se concibe como posesión mediata, como si se concibe como posesión del derecho de propiedad, no es posible negar toda posesión efectiva al nudo propietario, sin violentar las bases sobre las que nuestro Código civil articula la concurrencia de posesiones. Por ello, el nudo propietario se verá favorecido por las presunciones del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, tanto si ha de acudir a la usucapión ordinaria como si ha de acudir a la usucapión extraordinaria (30), sin que pueda olvidarse que, como señala Roca Sastre (31), el juego de las presunciones *iuris tantum* del citado precepto, no es sino supletorio de la más enérgica protección que la fe pública registral puede deparar a los adquirentes amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, de modo que el adquirente de la nuda propiedad que reúna las condiciones exigidas al llamado tercero hipotecario, ni siquiera habrá de acudir a la usucapión pues su posición resulte inatacable *ab initio*.

b) *Usucapio contra tabulas*. Para este supuesto habría que repetir en principio la misma argumentación, porque la regla general que contiene el artículo 36 de la Ley Hipotecaria hace posible la usucapión en contra del titular registral y la somete además a la regla del Derecho Civil puro. Es, por otra parte, razonable entender, como lo hace Roca Sastre (32), que se trata de usucapión en cualquiera de sus clases, sin exclusión de la usucapión ordinaria, ya que es perfectamente concebible la buena fe del usucapiente aun en contra de lo publicado por el Registro.

No hay, por tanto, ni régimen peculiar, ni diferencia alguna en el supuesto de hecho considerado en sí mismo, ya que el *verus dominus*, aun siendo titular registral, no le favorecen las presunciones posesorias del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, por no gozar de posesión efectiva, y por otra parte los efectos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se detienen *in limne litis*, sin que puedan afectar

(29) Cfr. en tal sentido A. MORALES MORENO: *La inscripción...*, cit., nota 29 *in fine*.

(30) Cfr. en tal sentido R. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo II, p. 17, Barcelona, 1968.

(31) Cfr. R. ROCA SASTRE, obra y lugar citados.

(32) Cfr. R. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

a la usucapión consumada, de acuerdo con el artículo 36.3, de la Ley Hipotecaria.

Pero, junto a esta regla general, el artículo 36.1, de la Ley Hipotecaria, establece dos excepciones en las que la usucapión consumada o en curso no perjudicará al tercer adquirente definido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; a su vez esta especial protección del tercero hipotecario cesará: a) «Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición.»

En consecuencia, fuera de los restringidos límites en que la usucapión no puede perjudicar al tercer adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, hay que concluir que también será posible la prescripción de la nuda propiedad frente al titular inscrito, pues por las razones expuestas a lo largo del trabajo, es claro que su posesión puede ser pública frente a él, incluso en el supuesto a) del artículo 36.1 de la Ley Hipotecaria, pero cabe preguntarse si sería posible la separación de las posesiones del nudo propietario extrarregistral y del usufructuario de modo que éste pudiese usucapir su derecho por separado. La respuesta tiene que ser forzosamente negativa, pues ambas posesiones no son sino distintos aspectos de una sola relación jurídica, en tanto no medie interversión del título posesorio por parte del usufructuario para convertirse en poseedor en concepto de dueño, y comenzar a usucapir (un año después) en perjuicio del titular registral y del usucapiente *contra tabulas* de la nuda propiedad: no es pues poseedor «de hecho y a título de dueño» en el sentido del artículo 36.1.a) de la Ley Hipotecaria, el usufructuario aisladamente considerado, si no ha dejado de reconocer al nudo propietario extrarregistral, y sólo desde que se extinguiere la posesión mediata de éste por el transcurso del plazo de un año del artículo 460.4 del Código civil. De no mediar este fenómeno; la suerte de ambos poseedores *ad usucapionem* habrá de ser la misma: conumar la usucapión *contra tabulas* de sus respectivos derechos, o ver interrumpida su posesión simultáneamente por cualquiera de los medios de que dispone al efecto el titular registral.

c) Usucapión liberatoria. No cabe duda de que el titular inscrito del dominio pleno, que ostente además la posesión efectiva de las cosas, verá extinguirse los gravámenes que recaigan sobre la misma, no sólo en virtud de una *usucapio libertatis secundum tabulas*, sino también del efecto coincidente de la prescripción extintiva que el no uso implica en materia de derechos reales limitados. El resultado será que el dominio alcance su plenitud por confusión, a no ser que con anterioridad se ejercite por titular extrarregistral del usufructo una acción confesoria tendente a la interrupción civil de la posesión del nudo propietario y simultáneamente a la rectificación de lo publicado por el Registro.

No tan favorable será la situación del nudo propietario que se enfrente a un usufructuario cuyo derecho conste registralmente, pero ciertamente también será posible la usucapión liberatoria coincidente con la extinción por no uso del derecho real limitado.

Incluso, la usucapión *contra tabulas* consumada simultáneamente para un nudo propietario y un usufructuario extrarregistrales, perjudicará a terceros adqui-

rentes (del usufructo), por tratarse de derechos que implican facultad de inmediato disfrute y además incompatibles, de acuerdo con el artículo 36.4 de la Ley Hipotecaria.

Pero, lo cierto es que los dos primeros supuestos no son en rigor de usucapión de la nuda propiedad, por serlo más bien del pleno dominio, y el tercero es absolutamente idéntico a la *usucapio contra tabulas* ordinaria, sin efecto extintivo del gravamen extrarregistral, aunque extinga el usufructo constante en el Registro de la Propiedad.

De nuevo, estamos ante una consecuencia de la indisociabilidad de las posesiones *ad usucapionem* concurrentes del nudo propietario y del usufructuario, circunstancia ésta que se dará en tanto no se interviera el concepto posesorio del usufructuario por pasar a poseer en concepto de dueño, o a reconocer el dominio en otro nudo propietario.

Por último, merece capítulo aparte, aunque haya sido ya mencionada, la prescripción extintiva, la extinción por el no uso, ya que al afectar únicamente, al usufructo y no a la nuda propiedad, pese a tratarse de un supuesto difícil de imaginar, puede suministrar importantes datos sobre la esencia del problema. En efecto, si hasta aquí hemos mencionado la indisociabilidad de las situaciones del nudo propietario y del usufructuario, ha sido en supuestos de relación de ambos con terceros (el *versus dominus* contra quien se prescriba), indisociabilidad ésta que tiene cierta confirmación en la causa 6.^a de extinción del usufructo que recoge el artículo 513 del Código civil.

El límite de esta indisociabilidad vendría dado desde el punto de vista posesorio, por la intervención del concepto posesorio, pero lógicamente fuera del ámbito de las relaciones de ambos titulares con terceros, es decir, en lo que podríamos calificar como relación interna. Por ello, el no uso, la falta de efectividad posesoria en el usufructuario acarrea la extinción de su derecho, pero no la extinción de la nuda propiedad. Puede decirse, y de hecho así se explica este fenómeno por la generalidad de los autores, que ello acaece en virtud del carácter perpetuo de la propiedad (33), que se puede transmitir pero no extinguirse, lo cual no es del todo cierto, especialmente en un ordenamiento como el nuestro que prevé la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria con independencia de que haya habido o no usucapión consumada (34). Más bien habría que entender tal perpetuidad en el sentido de que la propiedad concede a su titular derecho a la utilización perpetua de la cosa, se utilice o no, y a su reivindicación frente a otros poseedores dentro del plazo de 6 ó 30 años, según su objeto, a no ser que en plazo menor haya nacido otro derecho de propiedad por consumación de usucapión ordinaria.

La consecuencia de todo ello es que la situación del usufructuario depende del derecho del nudo propietario hasta que se convierte en posesión autónoma por intervención del concepto posesorio, pero por el contrario, la situación posesoria del nudo propietario no requiere exteriorización ni inmediata, ni mediata a través del usufructuario para subsistir y para consolidarse en el caso de ser una titularidad claudicante, *infirma*, o dicho de otro modo, la nuda propiedad

(33) Cfr. en tal sentido R. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 50, nota 1.

(34) Cfr. en tal sentido M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales y Derecho hipotecario*, p. 67, nota 4, Madrid, 1986.

se adquiere y se pierde exactamente de la misma forma que se adquiere y pierde el pleno dominio, porque esencialmente son una y la misma cosa.

6. CONCLUSION

Partiendo de los razonamientos hasta aquí expuestos, se puede intentar sintetizar los rasgos principales de la posesión *ad usucapionem* del titular (lo sea realmente o no) del dominio gravado con usufructo desde distintos puntos de vista, procurando abarcar la gama más amplia posible de supuestos.

En primer lugar, desde el punto de vista del contenido del derecho, habría que intentar precisar el significado de algunas expresiones usuales, porque puede condicionar el cabal entendimiento de los problemas que se plantean. En efecto, uno de los institutos jurídicos estudiados es la nuda propiedad, la propiedad gravada con usufructo para emplear la terminología de nuestro Código civil. ¿No estará condicionada la representación que podemos hacernos de la situación del propietario por el añadido doctrinal del calificativo «nudo»? La respuesta habrá de ser afirmativa, porque sin entrar en el examen de la gestación doctrinal de esta expresión de raigambre latina, no puede dudarse de que induce inconscientemente a representarse la situación del nudo propietario como una titularidad formal, una especie de versión moderna del *nudum ius Quiritium* del Derecho Romano, sin que ello tenga ningún apoyo en el Derecho positivo, porque si bien es cierto que el usufructo es el derecho real en cosa ajena de más amplio contenido, ni éste ha de ser siempre el máximo, ni ello puede desnaturalizar el derecho de propiedad privándole de toda proyección posesoria.

Pero, tal vez los excesos en ese sentido no derivan únicamente de una lectura del texto legal mediatizada por el nombre doctrinal del dominio gravado con usufructo, sino también de una concepción analítica del derecho de propiedad como suma de facultades, esa concepción «trinitaria» del *ius utendi fruendi et abutendi* que denunciaba ya Vareilles-Sommiers en la doctrina francesa de comienzos de siglo (35), como desviación indeseable, que conduciría a apreciar la existencia de una figura jurídica esencialmente distinta en el dominio privado de las dos primeras facultades, el *uti* y el *frui*, como si resultasen esenciales para el derecho de propiedad. Ciertamente que a tal concepción de la propiedad presta su complicidad nuestro artículo 348 del Código civil como también lo hace el artículo 544 del Código civil francés, pero de ninguno de estos preceptos puede deducirse que para que una cosa sea apropiable, sea objeto del derecho de propiedad, haya de ser susceptible de uso y disfrute, ya que las cosas no fructíferas, aunque tampoco puedan ofrecer utilidad apreciable, son también objeto del derecho de propiedad. Es pues, el derecho de propiedad el más importante y amplio de los derechos reales, pero a menudo, casi generalmente, se nos presentará como incompleto en virtud de limitaciones o restricciones de Derecho privado, límites y restricciones de Derecho público o incluso pura y simplemente limitado por la naturaleza de las cosas sobre que recae.

Su contenido, en consecuencia, habrá de concretarse en cada caso de modo negativo (36): el propietario podrá ejercitar todas las facultades que no tenga pro-

(35) Cfr. M. DE VAREILLES-SOMMIERES: *La définition et la notion juridique de la propriété*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1905, pp. 486 y 487.

(36) Cfr. M. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 44.

hibidas. Esto es lo que expresa perfectamente el artículo 489 del Código civil en relación con la propiedad gravada con usufructo: «El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario». Ello es tanto como decir que la propiedad gravada con usufructo es el derecho de obtener en principio todos los servicios de la cosa excepto aquéllos que durante cierto tiempo competen al usufructuario, porque continúa respondiendo a la definición del derecho de propiedad (37), y si le aplicamos el calificativo de nuda propiedad, es porque generalmente en tanto dure el usufructo será escaso el poder actual del propietario sobre la cosa.

Hechas estas precisiones, conviene examinar en segundo lugar, recapitulando lo expuesto, el tema de la posesión en los supuestos de propiedad gravada con usufructo, en los que, como se ha visto, no se puede excluir con carácter general la posibilidad de actividad posesoria del nudo propietario. Lógicamente, en los supuestos en que así ocurra, puede haber coposesión, continuada, o al menos eventual al ejercitarse ciertas facultades que conserve el nudo propietario.

Cuando no haya efectivamente coposesión ni continua ni eventual, o en los períodos en que no la haya, habrá concurrencia de posesiones, de modo que el nudo propietario será poseedor mediato, o poseedor del derecho de propiedad, y, sea cual sea la construcción de esta concurrencia de posesiones que se prefiera, el nudo propietario será poseedor *ad usucapionem* hasta que su posesión sea interrumpida por el *verus dominus*, mientras posea el usufructuario para él.

Si el usufructuario no posee, ello no quiere decir que automáticamente se haya de concluir en el sentido de que tampoco posee el nudo propietario, porque éste puede ostentar una posesión incorporal o un *corpus* espiritualizado, como resulta de los siguientes supuestos:

a) Si en el usufructo constituido *mortis causa*, el usufructuario no entra en posesión no habiéndolo hecho tampoco materialmente el nudo propietario, es claro que éste se beneficia de la posesión civilísima del artículo 440 del Código civil, siempre que sea heredero, y no heredero aparente (38), continuando la posesión del causante *ad usucapionem*.

b) Si habiendo comenzado a poseer el usufructuario, dejase después de hacerlo, el nudo propietario continuará siendo poseedor incorporal hasta después de transcurrido un año desde que otro comenzase a poseer, de acuerdo con el artículo 460.4 del Código civil, y le asiste cuando ya no pueda ejercitar acciones interdictales, la acción publiciana para reclamar su mejor derecho a poseer frente al nuevo poseedor, interrumpiendo la posesión de éste con la demanda a que se refiere el artículo 1.947 del Código civil.

Además, la conducta descrita supondría por parte del usufructuario el incumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 511 del Código civil, el

(37) Cfr. M. DE VAREILLES SOMMIERES, *op. cit.*, p. 468, donde desarrolla con gran acierto esta argumentación.

(38) Cfr. A. MORALES MORENO: *Posesión y usucapión, cit.*, p. 69 y nota 159. Tal vez en el caso resuelto por la sentencia del T.S. de 26 de marzo de 1986, tantas veces citada, este hubiese sido el fundamento adecuado del fallo, si en el caso, cosa que no se desprende de la sentencia, el heredero aparente no hubiese llegado a tener posesión efectiva en ningún momento, pero lo cierto es que en cualquier caso hubiera poseído a través del usufructuario que reconocía su dominio.

cual le hace responsable ante el propietario (en este caso el poseedor *ad usucapionem* y no el *versus dominus*) de los daños y perjuicios irrogados por terceros.

c) Si habiendo comenzado a poseer el usufructuario en concepto de tal, modificase con posterioridad su concepto posesorio a través de la interversión, no por ello dejaría el nudo propietario de ser poseedor hasta transcurrido un año, según los artículos 460.4 y 1.944 del Código civil, momento en el que se interrumpiría naturalmente su posesión, aunque dejando a salvo la posibilidad de una interrupción civil en cualquier momento por el *versus dominus* o quien alegue un mejor derecho a poseer. En este supuesto, aunque la posesión mediata cesaría desde el mismo momento de la interversión por dejar de poseer el usufructuario para el nudo propietario, este mantendría un *corpus* espiritualizado durante los plazos citados.

La conclusión que de todo ello puede derivarse, es que no hay en principio diferencia alguna entre el nudo propietario aparente y el poseedor *ad usucapionem* en concepto de titular del pleno dominio en cuanto a la pérdida de la posesión, salvo tal vez aquéllos que puedan derivarse de la garantía adicional que le presta la responsabilidad del usufructuario frente a las perturbaciones de terceros, casi idéntica, por otra parte, a la que incumbe el arrendatario según el artículo 1.559 del Código civil.

En suma, no parece posible a tenor de lo expuesto, expulsar la nuda propiedad del elenco de los derechos reales susceptibles de ser adquiridos a través de la prescripción ordinaria o extraordinaria, pues la posesión del nudo propietario puede cumplir todos los requisitos de la posesión *ad usucapionem* al igual que la de un no titular del pleno dominio. La ausencia de facticidad o posesión efectiva e inmediata no es obstáculo para ello, pues en ningún caso viene exigida por la regulación del Código civil, que además habla de prescripción y no de usucapión, tal vez para borrar esas connotaciones fácticas a que puede aludir el *usus*, y no es lícito identificar la publicidad exigida por el artículo 1.941 del Código civil con un contacto físico, continuo y *coram populo*, del usucapiente con la cosa.

Por último, respecto de la posesión del usufructuario, parece inadecuado calificarla como posesión en concepto de dueño sin ulteriores matizaciones. En este sentido, puede revestir cierta utilidad la distinción entre posesión de bienes y posesión de derechos que incorpora el propio artículo 432 del Código civil, tal y como la interpretaba Manresa (39). En efecto, para el citado autor, toda posesión de derechos incluye la posesión de los bienes, y así, el usufructuario, poseería la cosa, no en concepto de dueño, sino en concepto de tenedor, para disfrutarla, pero reconociendo «que la relación que el dominio representa reside, real o aparentemente, en otra persona» (40). Con ello, no se priva al usufructuario de toda posesión en concepto de dueño, y conducente a la usucapión, sino que simplemente se circunscribe su posesión en concepto de dueño al derecho de usufructo, de modo que, a su vez, el derecho de usufructo sería poseído en concepto distinto del de dueño, por otros sucesivos poseedores de la cosa (arrendatarios, etc.), éstos ya sin posesión *ad usucapionem*.

(39) Cfr. J. MANRESA NAVARRO: *Comentario al Código civil español*, tomo IV, p. 81, Madrid, 1895.

(40) Cfr. J. MANRESA NAVARRO, *op. cit.*, p. 86.

Es sin duda, la mejor manera de entender el precepto citado a los efectos de la prescripción adquisitiva, y también de otros aspectos de la propiedad gravada, porque, si consideramos al usufructuario poseedor de la cosa en concepto de dueño, cómo explicar su carácter de extraño a efectos del tesoro (art. 471 del Código civil) o los límites del arrendamiento por él contratado (art. 480 del Código civil, art. 114-12 LAU y art. 13 LAR), si no es porque él sólo posee en concepto de dueño su derecho de usufructo, con las limitaciones inherentes, y no la cosa en sí misma, de la que sólo es tenedor reconociendo el dominio en otra persona.

En suma, bien está que no se le niegue hoy al usufructuario la condición de poseedor, a diferencia de lo que aconteció en el Derecho Romano, en el que el único poseedor era el nudo propietario, pero resulta inadmisibles invertir los términos hasta tal punto de negar al nudo propietario uno de los más importantes efectos de la posesión, cual es la prescripción adquisitiva. Lo conveniente es considerar a ambos poseedores, el uno con posibilidad de adquirir por prescripción el dominio, y el otro con posibilidad de adquirir el usufructo, que es derecho que ha venido ejercitando.

Entenderlo de otro modo no es sino introducir confusión, porque en los supuestos en que el nudo propietario posea de modo inmediato la cosa en virtud de otro título, como el arrendamiento o el comodato, habría que reconocerla la posesión *ad usucapionem* que en otro caso se le niega, ya que posee de hecho y *ad extra*, e incluso podría quedar en segundo plano la *causa possessionis*. Ello supone en último término considerar la usucapión como una victoria de los hechos sobre el derecho, en la que el uso y el disfrute se legitimarían por sí mismos (41): la usucapión por el nudo propietario, no derivaría de su *causa possessionis*, sino del mero hecho de utilizar la cosa, dimanante en tal caso de un derecho personal.

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ

(41) Cfr., en contra de tales posturas, CH. ATIAS, en *Droits*, 1, 1985, p. 14.

