

Negocios simulados y usucapión

ANTONIO MARTÍN LEÓN

Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La usucapión ordinaria exige, junto a la posesión, buena fe y título, que ha de ser justo, verdadero y válido. En la simulación absoluta, el negocio simulado no cumple dichos requisitos: no es ni justo (apto en abstracto para transmitir el derecho real), ni verdadero (existente en el plano material), ni válido (existente en el plano jurídico). Además, el adquirente, por su intervención en el contrato simulado, no puede ser considerado como poseedor de buena fe. En la simulación relativa la situación es más compleja pues concurren no sólo el negocio aparente o simulado sino también el disimulado que se oculta bajo la falsa apariencia. Existe consenso en que el título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión abreviada por las mismas razones que en la simulación absoluta. Por lo que respecta al título disimulado, puede ser justo (si tiene naturaleza traslativa del dominio), es verdadero (aunque oculto) y puede ser válido (pues la simulación, de por sí, no hace nulo el negocio). En lo que se refiere a la usucapión extraordinaria, el negocio absolutamente simulado no tiene virtualidad para configurar el concepto posesorio inicial en el que se recibe materialmente la cosa en ejecución del negocio; en cambio, en la simulación relativa, el título disimulado radicalmente nulo por defecto de forma (si es traslativo del dominio) está dotado de virtualidad suficiente para configurar la posesión recibida como en concepto de dueño.

PALABRAS CLAVE

Usucapión ordinaria. Usucapión extraordinaria. Simulación absoluta. Simulación relativa. Justo título, verdadero y válido. Posesión de buena fe. Posesión en concepto de dueño.

SUMARIO: 1. La simulación: concepto, clases y naturaleza.—2. Simulación absoluta y usucapión: 2.1 Simulación absoluta y usucapión ordinaria. 2.2 Simulación absoluta y usucapión extraordinaria.—3. Simulación relativa y usucapión: 3.1 Simulación relativa y usucapión ordinaria. 3.2 Simulación relativa y usucapión extraordinaria.

1. LA SIMULACIÓN: CONCEPTO, CLASES Y NATURALEZA

Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto, bien porque es distinto de aquel que se muestra al exterior. Simular es, pues, aparentar la celebración de un determinado negocio y no querer celebrar ninguno (simulación absoluta) o querer celebrar realmente otro distinto (simulación relativa)¹. Mientras que en el primer caso las partes se limitan a crear la apariencia de lo que no es, en el segundo la apariencia creada sirve para ocultar lo que realmente es. Habría pues simulación absoluta cuando la expresión de una causa falsa no encubre más que la carencia de causa, y simulación relativa cuando la expresión de una causa falsa viene a encubrir otra causa verdadera².

Con más detenimiento, podemos decir que la simulación absoluta supone la expresión de una causa falsa que oculta la falta absoluta de causa. Dicha simulación crea una simple apariencia de negocio jurídico, pero sin querer crearlo y sin pretender negocio alguno bajo tal apariencia³. Esta forma de simulación se caracteriza por la total carencia de causa del contrato aparentemente concluido⁴. La *simulatio nuda* es una mera apariencia engañosa (*colorem habet, substantiam vero nullam*) carente de causa y urdida con una finalidad ajena al negocio que se finge⁵.

¹ Cfr: CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 23, 61 y 62; FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, pp. 61, 62, 66 y 74.

² DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 334.

³ STS 23 octubre 1992 (RJA 8279).

⁴ SSTS 29 julio 1993 (RJA 6493) y 19 junio 1997 (RJA 5418).

⁵ STS 29 noviembre 1989 (RJA 7921).

En cambio, la simulación relativa se caracteriza por la aparente celebración de un contrato con causa falsa y con la intención de celebrar real y efectivamente otro distinto –contrato disimulado– con causa verdadera y lícita⁶. En ella, la declaración negocial representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero (*colorem habet, substantiam alteram*)⁷. En la simulación relativa, el negocio simulado encubre otro que es realmente querido. Se puede afirmar que el negocio simulado sirve de disfraz que oculta el negocio efectivamente querido por las partes. Tras el negocio con causa falsa o simulado subyace el negocio disimulado u ocultado. En la simulación relativa, a diferencia de la simulación absoluta, bajo la falsa apariencia del acto simulado se esconde un acto real. La intención de los simulantes es engañar a los terceros haciéndoles creer que la causa que se declara corresponde con la auténtica. En definitiva, se expresa una causa falsa de manera que la verdadera causa permanece oculta para quienes no son parte en el negocio. Como fácilmente se aprecia, la simulación relativa es un fenómeno más complejo que la simulación absoluta pues en ella concurren no sólo el contrato simulado, aparente o con causa falsa, sino también el contrato disimulado que subyace bajo tal apariencia⁸.

Doctrina y jurisprudencia se hallan seriamente divididas acerca de si la simulación supone una anomalía del consentimiento o de la causa⁹. La postura que podríamos calificar de tradicional, sin perjuicio de no haber sido nunca abandonada, es aquella que entiende que la simulación implica una divergencia entre la voluntad interna y la declarada: se manifiesta querer algo cuando en realidad no se quiere nada (simulación absoluta) o se quiere algo distinto de lo declarado (simulación relativa)¹⁰. No obstante, a juicio de algunos

⁶ STS 23 diciembre 1992 (RJA 10688).

⁷ SSTS 29 noviembre 1989 (RJA 7921) y 19 junio 1997 (RJA 5418).

⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 68, 69 y 102; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 350.

⁹ En cualquier caso, «anomalía» o «irregularidad» del consentimiento, que no «vicio» del mismo (*cf.*, respectivamente, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 95; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, p. 198). Cabe reseñar que la doctrina más antigua, bien incluyó la simulación entre las causas que vician el consentimiento (SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, II, Madrid, 1889-90, p. 530), bien la calificó expresamente como un vicio de la voluntad (VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, I, Valladolid, 1935, p. 538).

¹⁰ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2.º, Barcelona, 1996, pp. 230-233; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, I-2, Madrid, 1978, pp. 743 y 744; VERDERA Y TUELLS, «Algunos aspectos de la simulación», *ADC*, 1950, pp. 26-28. Más recientemente, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 31-33; GARCÍA GARCÍA, «El concepto de negocio jurídico como concepto unitario, sincrético y jurídico», en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, p. 55; JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento. Interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 194 y 200 ss.; MARÍN LÓPEZ, «La causa del contrato», *AC*, 2007, pp. 2661 y 2662. Éste es también el planteamiento de la clásica monografía de FERRARA, *op. cit.*, pp. 61, 62, 192 y 255. En jurisprudencia, *vid.* SSTS 25 mayo 1944 (RJA 800), 16 noviembre 1956 (RJA 4115), 31 mayo 1963 (RJA 3592), 8 febrero 1996 (RJA 952) y 17 septiembre 2002 (RJA 8558).

autores, la simulación no supone realmente una discrepancia entre la voluntad y la declaración, sino que su verdadero significado reside en la discordancia consciente entre dos declaraciones, una externa, que aparece ante los terceros, y otra interna, que es mantenida oculta entre las partes¹¹.

En cambio, la tesis más moderna consiste en considerar la simulación como un supuesto de causa falsa; por tanto, la teoría general de la simulación debe radicar en la figura de la causa del contrato. El contrato simulado es causalmente defectuoso; la simulación es un vicio de la causa y su regulación se sitúa en el artículo 1276 CC¹².

Cabe reseñar una tercera teoría, de carácter ecléctico, que considera que en caso de simulación no sólo falta la causa sino que falta también la voluntad negocial, o que el negocio aparente es nulo por falta de consentimiento sobre la causa manifestada¹³.

Sin perjuicio de algunas matizaciones, creemos que esta tercera tesis es la más correcta. En realidad, la simulación absoluta determina que el contrato no reúna ninguno de los requisitos esenciales

¹¹ GÓMEZ CALLE, voz «Simulación» (D.º Civil), en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, p. 6217; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Madrid, 2000, pp. 402 y 405. Cfr. SSTS 18 julio 1989 (RJA 5715) y 28 abril 1993 (RJA 2952). Para la crítica de esta concepción de la simulación, vid. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 233; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 32.

¹² AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario del Código Civil*, II, dirigido por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, p. 492; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 334-340; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, Madrid, 1996, p. 219; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 2001, pp. 503 y 504; GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 6.217; RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Celebración de un negocio fiduciario entre la viuda y los hijos del fallecido durante la comunidad postganancial. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2007», *RdP*, 2008, n.º 20, p. 316; VIVAS TESÓN, «La simulación absoluta y su dificultad probatoria. Comentario a la STS de 13 de febrero de 2006», *RdP*, 2006, n.º 17, p. 204. En jurisprudencia, vid. SSTS 18 julio y 29 noviembre 1989 (RJA 5715 y 7921), 26 enero 1994 (RJA 446), 21 septiembre 1998 (RJA 6549), 6 junio 2000 (RJA 4004), 22 marzo 2001 (RJA 4750) y 13 febrero 2006 (RJA 551). A estas sentencias que directamente configuran la simulación como un vicio en la causa negocial se les podrían añadir aquellas otras que definen la simulación contractual como un supuesto de inexistencia de la causa que nominalmente se expresa en el contrato (por todas, STS 31 diciembre 1998 [RJA 9988]).

¹³ CLAVERÍA GOSÁLBIZ, *op. cit.*, pp. 197, 198 y 211; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Meditaciones sobre la causa», *RCDI*, 1978, pp. 666 y 667. MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 2655, 2661 y 2662, sin perjuicio de configurar la simulación como divergencia consciente entre voluntad y declaración, entiende que tampoco se da coincidencia (consentimiento) acerca de la función (causa) pretendida. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 55, no aprecia la existencia de obstáculo alguno que impida considerar que en la simulación existe, al mismo tiempo, una divergencia entre la voluntad interna y la declaración externa y también un problema de falta de causa. Partiendo de las premisas de la teoría declaracionista, GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 6.217, estima que en la simulación se produce no sólo una discordancia entre la declaración externa y la interna, sino que también, y sobre todo, una divergencia entre el fin típico del negocio y la causa concreta o propósito práctico de las partes. ALBALADEJO, reputado defensor de la simulación como divergencia entre la voluntad interna y la declarada, en un trabajo más reciente estima que la simulación implica no sólo falta de voluntad, sino también falta de causa (*La simulación*, Madrid, 2005, pp. 18, 24 y 25).

para su existencia *ex art.* 1261 CC. El negocio aparente no sólo carece de consentimiento, sino también de objeto y de causa¹⁴. Por otra parte, aunque toda simulación, sea absoluta o relativa, consiste en una irregularidad del consentimiento, cabe la existencia de simulación –relativa– ajena al problema de la causa¹⁵. Si bien es un hecho innegable que nuestro Derecho positivo (*art.* 1276 CC) ha configurado la simulación relativa en la naturaleza del negocio como una anomalía causal, no es menos cierto que dicho precepto sólo se ocupa de la simulación sobre la causa, soslayando otros tipos de simulación relativa como la que recae sobre el objeto o sobre los sujetos del contrato (*arts.* 628, 755 y 1459 CC)¹⁶. Sostener pues que nuestro Código Civil configura exclusivamente la simulación como un defecto de causa implica desdeñar el inequívoco dato de que el artículo 1276 CC no es el único precepto aplicable al fenómeno simulatorio. En consecuencia, respecto de una de las especies de la simulación relativa, la que recae sobre la naturaleza del contrato, se puede afirmar que se produce una doble divergencia: 1.ª, entre la voluntad interna y la declarada; 2.ª, entre la causa del contrato aparente y la intención práctica perseguida por las partes contratantes¹⁷.

2. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y USUCAPIÓN

2.1 Simulación absoluta y usucapión ordinaria

La usucapión ordinaria es un modo de adquirir la propiedad y los demás derechos reales mediante la posesión con buena fe y justo título de la cosa durante el tiempo y con los requisitos que exigen los artículos 1941, 1955 y 1957 CC.

Nos proponemos analizar si el negocio simulado absolutamente es justo título para la usucapión y, por otra parte, si el simulado adquirente puede ser considerado poseedor de buena fe.

Los artículos 1952 y 1953 CC establecen que el título para la usucapión ordinaria debe ser justo, verdadero y válido. Pues bien,

¹⁴ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 65; LACRUZ, *op. cit.*, p. 406; PRESA, «La simulación», *RGLJ*, 1930-2, p. 36. Por todas, STS 12 julio 1941 (RJA 912).

¹⁵ Así lo han puesto de manifiesto dos de los autores que han estudiado con mayor profundidad el fenómeno simulatorio en nuestro Derecho. *Cfr.* CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 31, 67 y 98; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 198.

¹⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 67 y 97; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 198-200; LACRUZ, *op. cit.*, pp. 405-407.

¹⁷ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 67, 95 y 97. Algo muy parecido sostiene CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 211, cuando afirma que la «acción de simulación es una acción de nulidad por falta de consentimiento y de causa (*rectius*, por falta de consentimiento sobre la causa manifestada, que, por consiguiente, no existe)».

el título simulado absolutamente no cumple ninguno de dichos requisitos.

No es justo. Justo título significa adecuado según su tipo para transmitir la propiedad o derecho real de que se trate, o, precisando algo más el concepto, idóneo o apto, potencialmente o en abstracto, para transmitir el derecho real¹⁸. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no puede ser justo título el contrato no traslativo del dominio¹⁹, ni, en consecuencia, el contrato radicalmente nulo²⁰. Sin perjuicio de las matizaciones que más adelante realizaremos sobre el significado de la validez del título a efectos de usucapión ordinaria, es sabido que la simulación absoluta constituye uno de los supuestos más característicos de nulidad radical del contrato²¹. La jurisprudencia ha negado en repetidas ocasiones que el contrato absolutamente simulado sea justo título para la usucapión ordinaria²². Por nuestra parte, creemos que, en rigor, la ineptitud del contrato nulo radicalmente como título para la usucapión ordinaria procede más que de su falta de justicia (abstracta aptitud para transferir el dominio) de su falta de validez (aptitud concreta para transferir el dominio)²³.

¹⁸ ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV-1.º, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Madrid, 1993, p. 311; BADOSA COLL, voz «Justo título», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Barcelona, 1978, pp. 674 y 711; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, p. 523; LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil*, II, dirigido por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, p. 2130; MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Justo título», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, p. 3904. Según la STS 23 junio 1998 (RJA 4744), justo título es aquel que, «como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real». Con menor precisión, las SSTS 30 marzo 1943 (RJA 410) y 28 noviembre 1983 (RJA 6680) conciben el justo título como aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio. Parece preferible pues la terminología empleada por el artículo 1.159 del Código Civil italiano de 1942 que habla no ya de justo título sino de título que sea «idóneo» para transferir la propiedad. BUSTO LAGO, *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Madrid, 2000, p. 115, niega que el contrato viciado de simulación absoluta sea justo título *ad usucapionem*. A igual conclusión llegan respecto del Derecho italiano GENTILE, *Il possesso*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dirigida por Bigiavi, Torino, 1965, p. 422; MONTEL Y SERTORIO, voz «Usucapione (Diritto vigente)», en *Novissimo Digesto italiano*, XX, 1975, p. 313; RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, p. 143.

¹⁹ SSTS 20 noviembre 1964 (RJA 5395) y 20 marzo 2003 (RJA 2757).

²⁰ SSTS 13 mayo 1963 (RJA 2515), 11 diciembre 1965 (RJA 5610), 28 diciembre 2001 (RJA 2002, 3090) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

²¹ STS 16 abril 1990 (RJA 2761).

²² SSTS 14 octubre 1960 (RJA 3172), 16 abril 1990 (RJA 2761), 20 octubre 1992 (RJA 8088) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

²³ *Cfr.*, en este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 181. Esta autora, aunque asume la opinión general de que la justicia del título significa idoneidad en abstracto para transmitir el derecho real, precisa que el contrato traslativo nulo, aunque en abstracto hubiera sido idóneo para transferir el derecho real de cuya prescripción se trate, no es justo título, pues de conformidad con el artículo 1953 CC el justo título ha de ser verdadero y válido. Como ha puesto de manifiesto BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 673, 674 y 711, tanto justicia como validez hacen referencia a la potencial eficacia del título: si bien la justicia toma en consideración la abstracta apti-

No es verdadero. Si partimos de la base de que la veracidad es lo opuesto a la falsedad, es evidente que el negocio simulado es un negocio falso o no verdadero²⁴. Este análisis inicial se ve confirmado por la jurisprudencia. En efecto, el Tribunal Supremo ha erigido el artículo 1276 CC («la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad [...]») en clave o fundamento de la simulación en nuestro Derecho, pues, según su criterio, la causa falsa se contrapone a la verdadera, equivaliendo a su no presencia, y siendo sinónimo de simulación²⁵. El término veracidad se emplea en el artículo 1953 CC como equivalente a existencia en un sentido o plano material, y el elemento mínimo para considerar un título existente en el plano material es la declaración de voluntad. Veracidad pues como presencia de la declaración de voluntad, y, en consecuencia, negocio falso o simulado aquel que sólo tiene una apariencia de declaración de voluntad, porque las partes le han privado de común acuerdo de todo valor negocial²⁶. Mediante la exigencia de la veracidad del título a efectos de usucapión ordinaria se logra eliminar el título o negocio simulado²⁷. El Tribunal Supremo ha confirmado con su autoridad la calificación del título absolutamente simulado como no verdadero²⁸.

No es válido²⁹. Según la interpretación usual, la validez del título *ad usucapionem* significa que no adolezca de defectos, formales o materiales, que determinen su nulidad radical; no es suficiente que el título haya existido materialmente (veracidad), sino que es preciso que haya existido también según los criterios del Derecho, que haya existido jurídicamente (validez)³⁰. Como se

tud del título para transmitir el dominio, la validez se refiere a la aptitud concreta del título para conseguir ese resultado.

²⁴ FERRARA, *op. cit.*, p. 60, señala que ya en el propio Derecho romano encontramos el *simulatus* como lo opuesto al *verus* y la *simulatio* como la antítesis de *veritas*: «acta simulata [...] veritatis substantia mutare non possunt» (C. 4, 22, 2).

²⁵ SSTs 23 mayo 1980 (RJA 1958), 14 junio 1997 (RJA 4658) y 21 septiembre 1998 (RJA 6549).

²⁶ BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 679 y 711. Recientemente, en el mismo sentido, SANCINENA ASURMENDI, *La usucapión inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 209 y 210.

²⁷ A juicio de BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 679-681 y 711, el requisito de la veracidad del título sirve para excluir no sólo el título simulado, sino también el título putativo. En el mismo sentido, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, III, Madrid, 1995, p. 736; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 2001, p. 129; ESPÍN CÁNOVAS, «Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», *RD*, 1968, pp. 836 y 837; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III-1.º, Barcelona, 1990, p. 209; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2129; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», *ADC*, 2001, p. 586.

²⁸ Tan sólo hemos podido localizar en tal sentido la STS 16 abril 1990 (RJA 2761).

²⁹ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2129; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 586. En jurisprudencia, STS 16 abril 1990 (RJA 2761).

³⁰ Por todos, *vid.* BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 678, 679 y 711; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 504, 520 y 521. No obstante, a los efectos de la usucapión, se considera que los títu-

aprecia, los requisitos de justicia y validez del título hacen referencia a su potencial eficacia transmisiva. No obstante, mientras que la justicia toma en consideración la abstracta aptitud del título para transferir el dominio, la validez se refiere a la aptitud concreta del título para conseguir ese resultado³¹. No basta con que el título sea genéricamente idóneo para transmitir (justo), sino que no debe adolecer de defectos que conlleven su nulidad radical (válido). Se ha señalado que validez del título e idoneidad del mismo para transmitir son conceptos distintos o no coincidentes y que, además, no son opuestos³².

En lo que atañe al tipo de ineficacia que corresponde al contrato simulado absolutamente la jurisprudencia no es uniforme. Un primer grupo de sentencias conectan la simulación absoluta con la nulidad radical³³; un segundo grupo de sentencias consideran que dentro de las ineficacias contractuales, la categoría de la inexistencia es la que mejor se ajusta a los perfiles del contrato simulado absolutamente³⁴; por último, un tercer grupo de resoluciones se refieren a la simulación absoluta de modo indistinto como un supuesto de inexistencia y nulidad, muy probablemente bajo la consideración de que las consecuencias jurídicas de ambos tipos de ineficacia son equivalentes³⁵.

Pero, es más, la usucapión ordinaria no sólo exige un justo título que sea verdadero y válido, sino también la buena fe del poseedor. La cuestión, pues, es si el adquirente por contrato absolutamente simulado puede ser considerado como poseedor de buena fe³⁶.

los simulados absolutamente merecen un trato especial y separado respecto de los demás títulos radicalmente nulos. *Cfr.* LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, nota 27; MORALES MORENO, *Poseción y usucapión*, Madrid, 1972, pp. 139-146; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 586.

³¹ BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 711; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.130.

³² LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130. Añade que, en consecuencia, pueden intercambiarse (el título válido de arrendamiento no es apto para transmitir un inmueble y el título idóneo de donación para transmitirlo es inválido si no se formaliza en escritura pública), de manera que el primero es lógicamente anterior y técnicamente previo, por referirse a una nota del título de carácter general, y el segundo ulterior, porque atañe a una connotación específica del título que tiene carácter particular.

³³ SSTS 13 febrero 1958 (RJA 590), 29 julio 1993 (RJA 6493), 21 septiembre 1998 (RJA 6549) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

³⁴ SSTS 23 mayo 1980 (RJA 1958), 26 marzo y 21 octubre 1997 (RJA 1996 y 7178), 4 noviembre 1998 (RJA 8364) y 13 febrero 2006 (RJA 551). Encuadramiento de la simulación absoluta en la categoría de la inexistencia contractual sobre la base de entender que la simulación determina la ausencia de un elemento esencial del contrato, en concreto de la causa, *ex arts.* 1261-3 y 1.275 CC.

³⁵ SSTS 23 mayo 1956 (RJA 2435), 6 septiembre y 29 diciembre 1995 (RJA 6674 y 9815). Con referencia específica al problema de la usucapión ordinaria, la STS 14 octubre 1960 (RJA 3172) considera el contrato «nulo por simulado y como tal inexistente».

³⁶ Sobre las relaciones entre justo título y buena fe, requisitos exigidos conjuntamente para la prescripción adquisitiva ordinaria, *vid.* Díez-PICAZO, *op. cit.*, III, pp. 731-735; ALBALADEJO, *La usucapión*, Madrid, 2004, pp. 79 y 80, en contra de otras opiniones, considera que la buena fe no se ha de basar necesariamente en el título en el sentido de que

Desde una perspectiva general, la jurisprudencia entiende que el adquirente, por su intervención en el contrato simulado, por haber sido parte en éste, no puede conceptuarse como poseedor de buena fe³⁷. Desde otra perspectiva más específica, es objeto de discusión el alcance y significado de la buena fe a efectos de usucapión. Existen básicamente dos posturas: la que entiende que la buena fe en la usucapión consiste en la creencia en la titularidad y poder de disposición del *tradens ex* artículo 1950 CC³⁸, y aquella otra que considera que, en virtud de la remisión del artículo 1.951 CC al artículo 433 CC, el poseedor de buena fe a efectos de usucapión no sólo debe creer en la titularidad de su transmitente, sino que también debe ignorar todo vicio invalidatorio del título³⁹. En cambio, reina el acuerdo doctrinal a la hora de negar al que adquiere mediante contrato simulado la condición de poseedor de buena fe, bien porque el engaño que entraña la simulación –sin distinguir su especie– parece contrario a la buena fe⁴⁰, bien porque el título absolutamente simulado implica *inter partes* la falta de buena fe⁴¹.

La STS 16 abril 1990 (RJA 2761), recoge, a modo de recapitulación, los diversos motivos por los que no cabe plantear la viabilidad de la usucapión ordinaria en los contratos absolutamente simulados: 1.º, porque no puede ser justo título el contrato no traslativo del dominio, ni, por tanto, el contrato radicalmente nulo por simulado; 2.º, porque el título absolutamente simulado no es verdadero ni válido; y 3.º, porque no cabe considerar como poseedor de buena fe a quien conoce que su posesión emana de un acto jurídico ineficaz, dado que, según lo establecido por el artículo 433 CC, la buena

no pueda darse sin un título en que se apoye, si bien reconoce que sin título no se produce la usucapión ordinaria.

³⁷ SSTS 14 octubre 1960 (RJA 3172) y 28 mayo 1996 (RJA 3858). Comparte este criterio, SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 212.

³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la Sentencia de 19 de julio de 1999», *CCJC*, 2000, pp. 88 y 89.

³⁹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 78 y 79; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pp. 838 y 839; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 210-215. Cfr. SSTS 25 marzo 1988 (RJA 2475), 16 abril 1990 (RJA 2761), 5 marzo 1991 (RJA 1718), 24 julio 1998 (RJA 6446) y 17 julio 1999 (RJA 6771).

⁴⁰ DE LOS MOZOS, *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 230. Cfr., del mismo autor, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, p. 254.

⁴¹ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 181 y 182, señala que quien conoce la nulidad de su título adquisitivo, carece no sólo de justo título, sino también de buena fe, por lo que no podrá nunca usucapir en forma ordinaria. Por su parte, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522, considera que el título absolutamente simulado no es verdadero, circunstancia que, por sí sola, hace inviable la usucapión ordinaria. No obstante, inmediatamente después realiza una interesante matización: «aunque la simulación persigue la ocultación o el engaño, no es estrictamente necesario que la finalidad sea ilícita, y, en concreto, no es indispensable que la finalidad perseguida haya consistido en crear una apariencia de título con vistas a la usucapión».

fe se identifica con la ignorancia de la existencia de vicios en el título de adquisición.

En conclusión, no cabe discusión alguna sobre la falta de idoneidad de los negocios absolutamente simulados a efectos de la usucapión abreviada.

2.2 Simulación absoluta y usucapión extraordinaria

Una vez descartada toda posibilidad de usucapión ordinaria debemos examinar si la extraordinaria puede operar a pesar de ser el negocio absolutamente simulado. Como es sabido, el justo título y la buena fe son requisitos exclusivamente exigibles en la usucapión ordinaria (art. 1940 CC), mientras que la extraordinaria opera «sin necesidad de título ni de buena fe» (art. 1959 CC). En consecuencia, la falta de justo título o de buena fe, o la concurrencia de un título que no reúna los requisitos señalados por el artículo 1952 CC (veracidad, validez) no impide que entre en funcionamiento la usucapión extraordinaria. Mas, que no se precise de un justo título, verdadero y válido, a efectos de la usucapión extraordinaria no significa que, respecto de ella, la concurrencia de un título no tenga ningún tipo de relevancia jurídica⁴². «El título –señala Lacruz– tiene asimismo influencia para cualificar la posesión en los supuestos de usucapión treintenual, pero entonces no es exigible que sea válido y ni siquiera existente: sirve, exclusivamente, como indicador –en su caso– de que la posesión es a título de dueño»⁴³.

Se trata, pues, de comprobar si un título traslativo del dominio que no reúna los requisitos exigidos por el artículo 1953 CC para la usucapión ordinaria, puede, respecto de la extraordinaria, configurar la posesión en concepto de dueño⁴⁴.

⁴² Según HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 340, «el título opera, sobre todo, en la usucapión ordinaria». Por su parte, MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 147, señala que la usucapión ordinaria se ha considerado muy influida por el carácter del título, mientras que la extraordinaria se halla más alejada del título y se basa fundamentalmente en la posesión.

⁴³ LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 211 y 212. Según ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, Barcelona, 1994, p. 182, texto y nota 7, que la posesión sea en concepto de dueño no depende en absoluto de que el título por el que se recibe sea válido, sino de que sea un título que la confiere como dueño: aunque sea nulo el título en cuya virtud se recibe la posesión, si tal título supone que ésta se tome en concepto de dueño, sirve como prueba de que se posee en tal concepto.

⁴⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, a pesar de afirmar que el título es irrelevante a efectos de la usucapión extraordinaria (pp. 175 y 177), posteriormente reconoce que la posesión transmitida en cumplimiento de las obligaciones resultantes de un contrato traslativo nulo puede ser el soporte donde se apoye el *accipiens* para poseer a título de dueño (pp. 175, 181 y 198).

Como hemos dicho, en la usucapión extraordinaria no se exige justo título ni buena fe; sin embargo, se ha de poseer en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpidamente durante el plazo de seis años, en caso de bienes muebles, y de treinta años, en caso de bienes inmuebles. Ante la irrelevancia del justo título y de la buena fe, el papel central o decisivo corresponde a la posesión en concepto de dueño. La cuestión consistiría fundamentalmente en determinar si el adquirente simulado posee en dicho concepto. El concepto posesorio ha de fijarse en el momento en que se inicia la posesión, ya que el artículo 436 CC, al presumir que se sigue poseyendo en el mismo concepto en el que se adquirió, remite, para la determinación del concepto posesorio, al instante de la adquisición. La existencia o no de posesión en concepto de dueño es cuestión de hecho que puede fijarse por el comportamiento exterior del poseedor, pero que normalmente se determinará según el concepto en que se recibió la posesión⁴⁵. La apreciación del concepto posesorio es muy difícil si no se parte del título, por lo que, en principio, el concepto en que se posee se determinará en función del título en cuya virtud se empezó a poseer⁴⁶. El título facilita extraordinariamente la calificación del concepto en que se posee. Mas no todos los títulos nulos merecen el mismo tratamiento a efectos de la usucapión extraordinaria, ya que el elemento volitivo en ellos contenido es diverso. Los negocios absolutamente simulados, a diferencia de otros negocios radicalmente nulos (así, por ejemplo, los nulos por defecto de forma sustancial)⁴⁷, no tienen virtualidad suficiente para configurar el concepto posesorio inicial en que se recibe materialmente la cosa en ejecución del negocio. La entrega que subsigue al contrato simulado absolutamente se realizará sin *animus transferendi et accipiendi domini*⁴⁸, es decir, sin ánimo de transmitir o adquirir la posesión *ad usucapionem*: sólo existirá una apariencia de *animus*, correspondiente a la apariencia negocial, que no puede suplir, respecto de las partes, a la verdadera voluntad posesoria. En consecuencia, la posesión que se transmite

⁴⁵ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, cit., p. 182.

⁴⁶ En este sentido, la STS 18 septiembre 2007 (RJA 5074), señala que «para determinar cuándo una posesión es en concepto de dueño –o de titular del derecho– o en otro concepto distinto, hay que atender a la voluntad del poseedor en el momento de adquirir la posesión y, si la adquisición se basa en un negocio jurídico, habrá de deducirse de él la intención del adquirente».

⁴⁷ Sobre esta cuestión puede verse, *in extenso*, MARTÍN LEÓN, «Usucapión, título nulo por defecto de forma y posesión en concepto de dueño», *RdP*, 2004, n.º 12, pp. 117 y ss., especialmente pp. 130 ss.

⁴⁸ Según LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, nota 27, en la simulación absoluta «el falso *accipiens* carece de *animus domini*, aunque pueda aparentarlo frente a los terceros, y esta carencia *inter partes* me parece suficiente para impedir la usucapión». En el mismo sentido, MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 145; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., p. 587.

no conduce a la usucapión, por no estar configurada en concepto de dueño⁴⁹.

A juicio de López Beltrán de Heredia, el conocimiento por el adquirente de la causa de nulidad de su título adquisitivo impide tanto la usucapión ordinaria (por falta de título y de buena fe), como, en ocasiones, la usucapión extraordinaria, pues precisamente ese conocimiento puede acreditar que quien posee no lo hace a título de dueño, y así puede señaladamente ocurrir cuando exista simulación absoluta⁵⁰.

Todo lo cual no obsta a que, con posterioridad, el falso adquirente interviera el concepto posesorio y comience a poseer en concepto de dueño. Intervención del concepto posesorio que según nutrida jurisprudencia ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico⁵¹. Nuestro Código Civil refiere la intervención al cambio en el concepto en que se viene poseyendo, a diferencia de otros Códigos que la refieren al cambio en el título; para que opere la intervención no es necesario un nuevo título, sino que basta con una modificación del concepto. Por ello se señala que incluso en el caso de que el negocio transmisivo fuera simulado, si a partir de él se ha operado un cambio en la posesión, y el poseedor ha comenzado a actuar como si fuera titular, parece que habría que admitir que la intervención se ha verificado, aunque no haya llegado a nacer un nuevo título⁵². Como ya hemos tenido ocasión de analizar, el artículo 436 CC remite para la fijación de concepto posesorio al momento de la adquisición, y por tanto, al título adquisitivo si lo hubiera. No obstante, el título nulo por simulación absoluta, a diferencia de otros títulos nulos, no tiene virtualidad suficiente para fijar el concepto posesorio en el que se inicia la posesión.

⁴⁹ MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 145 y 146; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 587. En contra, pero con carácter aislado, GENTILE, *op. cit.*, p. 389, para quien el adquirente simulado goza de una posesión apta para la usucapión extraordinaria.

⁵⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 181-183 y 203-204, si bien aclara que tal afirmación no implica sostener con carácter general que quien conoce la nulidad de su título adquisitivo no posee a título de dueño, y, por tanto, jamás podrá adquirir por usucapión ordinaria o extraordinaria. De seguir tal tesis sólo sería posible la usucapión extraordinaria cuando el poseedor tuviese buena fe, es decir, cuando ignorase los defectos del título. Señala acertadamente HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 121, 131, 219 y 423, que la posesión de buena o mala fe no equivale a posesión en concepto de dueño o en concepto distinto de dueño. La distinción parece clara: poseedor en concepto de dueño es el que se comporta como un dueño, el que es considerado como tal tenga o no la convicción de serlo; en cambio, poseedor de buena fe es aquel que posee creyéndose, erróneamente, dueño. Mientras que lo primero es un problema de intención o de propósito, lo segundo es un problema de creencia. En consecuencia, así como se puede ser poseedor en concepto de dueño sin serlo de buena fe, así también es posible ser poseedor de buena fe sin serlo en concepto de dueño.

⁵¹ *Vid.* STS 7 febrero 1997 (RJA 685) y las que ésta cita.

⁵² ATAZ LÓPEZ, «Sobre la intervención posesoria. (Notas al art. 436 del Código Civil)», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 48.

Puede ser de algún interés examinar el caso resuelto por la STS de 6 de junio de 1986 (RJA 3293). Los hechos fueron los siguientes: unos pocos días antes de contraer segundas nupcias, una mujer viuda vende simuladamente a su futuro esposo una finca. Seis años más tarde, el marido otorga testamento abierto en el que reconoce que la finca aparentemente transmitida pertenece íntegramente a su esposa por razón de convenio celebrado antes de casarse. Dicho testamento fue revocado posteriormente por el comprador. Fallecidos vendedora y comprador, y una vez transcurridos cerca de cuarenta años desde la supuesta enajenación, los hijos que la vendedora tenía de un matrimonio anterior interponen acción reivindicatoria para recuperar la finca que se encontraba en poder de la heredera del comprador, alegando simulación absoluta de la compraventa, con el fin de reintegrar el bien reivindicado a la masa hereditaria de su madre. La demandada opuso prescripción extintiva de la acción de nulidad, que fue desestimada por cuanto se trata de una acción imprescriptible. También opuso la prescripción adquisitiva extraordinaria *ex* artículo 1959 CC. El Tribunal Supremo rechaza que se hubiere producido la usucapión extraordinaria ya que ésta precisa «no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, más también que esta posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, sino que ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer *–sic–* la cosa como suya, en concepto de dueño».

Esta sentencia merece algún comentario y suscita algunas dudas. Planteado el caso como de simulación absoluta es obvio que sólo cabe la usucapión extraordinaria; sin embargo, por razón de las circunstancias concurrentes, el caso parecía más de simulación relativa. En la sentencia se da por probado que la adquisición fue el medio arbitrado por la futura esposa para facilitar el matrimonio, máxime teniendo en cuenta que el enlace había de tener lugar entre un varón soltero de treinta y un años y una mujer de cuarenta y tres, con dos hijos menores de su anterior matrimonio. Se trataba probablemente de una donación por razón de matrimonio encubierta por una compraventa⁵³. Como observa De Castro, demostrada la simulación, ésta se presume absoluta y frente a dicha presunción legal habrá de probarse la existencia del negocio disimulado y que su causa es verdadera y lícita, y añade que son bastantes los casos

⁵³ DÍAZ MARTÍNEZ, «La impugnación de los negocios con simulación en la causa por acreedores y legitimarios de las partes», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, p. 434, nota 2, apunta otra posibilidad. A su juicio, el móvil *–lícito–* que perseguía la venta absolutamente simulada parecía ser el de vencer ciertas reticencias a la celebración del matrimonio proyectado, que presumiblemente serían menores si el esposo aportaba una finca al acervo familiar, algo que en realidad no podía hacer por carecer de recursos económicos.

juzgados como simulación absoluta en los que no se quiso o no se pudo descubrir lo que se ocultaba⁵⁴. El Tribunal Supremo desestima la usucapión extraordinaria sobre la base de no admitir que el adquirente por negocio simulado posea en concepto de dueño cuando con posterioridad a la celebración del negocio reconoce el derecho del dueño⁵⁵. A pesar de compartir tal afirmación, hemos de precisar y reiterar que, a nuestro juicio, la cuestión debe entenderse resuelta en el mismo sentido pero por una causa anterior: el negocio simulado carece de la potencialidad suficiente para configurar la posesión del supuesto adquirente como en concepto de dueño; a diferencia de otros títulos nulos, el simulado no tiene valor ni siquiera para calificar la posesión recibida por el *accipiens* como en concepto de titular. Respecto de la virtualidad jurídica del reconocimiento, el artículo 1.948 CC establece que cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciera del derecho del dueño interrumpe la posesión⁵⁶. No obstante, la doctrina precisa que aunque el Código Civil hable de interrupción de la posesión, en realidad, el reconocimiento del derecho del dueño por el poseedor tiene el significado técnico de interversión o modificación del concepto posesorio⁵⁷. Mas, en el caso de la STS 6 junio 1986, no se puede propiamente hablar de una interversión del concepto pose-

⁵⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 352 y 355. Señala CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 75, nota 248, que en numerosas ocasiones, no pudiendo probarse la existencia de la causa subyacente y su licitud, la simulación se consideró absoluta cuando la intención de las partes conducía a una relativa. Cuando lo solicitado en instancia no es más que la declaración de nulidad del contrato simulado sin que en la contestación a la demanda se sostenga la existencia de un contrato disimulado válido, plantear por primera vez esa cuestión ante el Tribunal Supremo es suscitar una cuestión nueva proscrita según reiterada jurisprudencia. *Cfr.* SSTS 28 mayo 1996 (RJA 3858) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

⁵⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 184, si bien admite que la razón decisiva para negar que hubiera posesión en concepto de dueño fue el testamento en el que el comprador reconoció que la finca pertenecía a su esposa, teniendo en cuenta que dicho testamento fue revocado «puede decirse que el comprador poseía de mala fe, pero suponer que no poseyó en concepto de dueño es mucho suponer. Tal vez fuera más lógico sostener que, aun producida la prescripción adquisitiva en favor del adquirente en un contrato nulo, como la acción de nulidad no prescribe, procede la restitución que es su consecuencia, pues con la tesis del Supremo toda posesión de mala fe puede convertirse en posesión en concepto distinto al de dueño, dado que el poseedor sabe que el dueño es otro. El conocer que el dueño es otro no significa que se posea en concepto distinto al de dueño. El que posee públicamente en concepto de dueño, aunque sepa que el dueño es otro, puede adquirir por usucapión».

⁵⁶ Se discute sobre si lo que se interrumpe es la posesión o la usucapión. A favor de lo primero, ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 59 y 60 y MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 374; de lo segundo, DÍEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, p. 132 y LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2115 y 2116. Por nuestra parte pensamos que la interrupción ha de predicarse de la posesión que conduce a la usucapión, de la posesión *ad usucapionem*.

⁵⁷ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2116; MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 344, 348, 369 y 373. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 44, 46 y 60, ha acuñado la expresión «interversión por consentimiento del poseedor» para hacer referencia a aquella modificación del concepto posesorio que tiene lugar cuando el que venía poseyendo en concepto de dueño reconoce el derecho de otro.

sorio en sentido «descendente» (de dueño a en concepto distinto de dueño), por la sencilla razón de que con anterioridad el adquirente simulado no poseía en concepto de dueño. Ni antes, ni, por supuesto, después del acto de reconocimiento, poseyó en tal concepto.

Pasemos al capítulo de las dudas. A efectos de la usucapión extraordinaria entre las partes del negocio simulado⁵⁸, o entre sus respectivos causahabientes, se ha de estar a la verdadera voluntad posesoria. En este sentido, Lacruz indica que en la «simulación absoluta el falso *accipiens* carece de *animus domini*, aunque pueda aparentarlo frente a los terceros, y esta carencia *inter partes* me parece suficiente para impedir la usucapión». En otro lugar, y con referencia específica a la STS 6 junio 1986, admite que es dudosa la decisión adoptada en un supuesto como el de la citada sentencia, en el que *erga omnes* el adquirente simulado posee y figura como dueño durante cerca de cuarenta años⁵⁹.

Supuesto diverso es el de usucapión por persona distinta del adquirente simulado. Los terceros que contraten con el adquirente simulado no podrán verse perjudicados por confiar en la apariencia de titularidad de éste. El supuesto adquirente aparece como propietario por voluntad del verdadero dueño, el cual es el responsable de la apariencia creada⁶⁰. Es bastante ilustrativa la STS 28 mayo 1996 (RJA 3858). Declarada la nulidad radical de una compraventa por simulación absoluta, se desestima la usucapión ordinaria, pues el adquirente por su intervención en el contrato simulado no puede tenerse por poseedor de buena fe; sin embargo –añade–, el hecho de que un contrato sea radicalmente nulo por simulación no impide que los supuestos adquirentes transmitan la posesión a terceros ajenos al contrato nulo mediante otra compraventa, que si bien no será apta para adquirir el dominio, salvo que se hubiere confiado en el Registro de la Propiedad (art. 34 Ley Hipotecaria), sí puede crear una situación posesoria apta para usucapir. En este sentido, se ha señalado que el contrato traslativo de un bien que el transmitente –en ese contrato– recibió en un anterior contrato nulo, puede ser título válido a efectos de la usucapión ordinaria, y que, en todo caso, el tercero podrá adquirir la propiedad por usucapión extraordinaria⁶¹.

⁵⁸ A diferencia de la usucapión ordinaria, que no puede operar *inter partes*, sino que es un conflicto entre el que adquiere de un *non dominus* y el *verus dominus*, en la usucapión extraordinaria es indiferente que el *tradens* sea o no *dominus*; en consecuencia, la usucapión extraordinaria puede operar incluso *inter partes*. Sobre esta cuestión, *cfr.* MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pp. 140-143, y autores allí citados.

⁵⁹ LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 212, nota 27 y 92, nota 5, respectivamente. Añade que la doctrina de la STS 6 junio 1986, no podría aplicarse a los adquirentes simulados que poseen desde el primer momento a título de dueño e incluso con el consentimiento del supuesto transmitente.

⁶⁰ *Cfr.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 423 y 435.

⁶¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 207.

3. SIMULACIÓN RELATIVA Y USUCAPIÓN

3.1 Simulación relativa y usucapión ordinaria

El negocio simulado, como ya vimos a propósito de la simulación absoluta, no cumple ninguno de los presupuestos del título exigidos para la usucapión ordinaria (justicia, validez y veracidad), y, ni tan siquiera se puede reputar poseedor de buena fe al adquirente por negocio simulado. Sin embargo, la estructura de la simulación relativa es más compleja que la de la simulación absoluta, ya que en ella concurren no sólo el acto aparente o simulado sino también el acto disimulado que se oculta bajo dicha apariencia. Existe unanimidad a la hora de estimar que el título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión ordinaria por las mismas razones que en la simulación absoluta, unanimidad que, pese a la existencia de algunas opiniones discrepantes, prácticamente se mantiene en orden a considerar idóneo a efectos de la usucapión ordinaria al título disimulado⁶².

No obstante, conviene examinar más detenidamente la cuestión relativa al título disimulado. Es decir, se trata de analizar en todos sus pormenores si tal título es justo, verdadero y válido, e incluso si la posesión del adquirente es de buena fe, requisitos de todo punto inexcusables para la usucapión ordinaria.

a) *Justicia*

En general, la doctrina no tiene nada que objetar al título disimulado en cuanto que justo título para la usucapión ordinaria⁶³. La justicia del título implica la necesidad de que el disimulado tenga naturaleza traslativa del dominio⁶⁴.

⁶² ALAS, DE BUEN Y RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, pp. 203 y 204; BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 116 y 119; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 736; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, III, p. 129; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 209 y 212, nota 27; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2.129 y 2.130; MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 145 y 146; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 586 y 587. Con carácter aislado, algunos autores sostienen que el negocio disimulado no es apto para la usucapión ordinaria [DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230; DURÁN RIVACOBBA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, 1.ª ed., Pamplona, 1995, p. 178 y 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 217 y 218]. Adelantando ideas que serán desarrolladas más adelante, las dudas acerca del título disimulado se centran fundamentalmente en lo relativo a su veracidad. La doctrina italiana también considera apto como justo título *ad usucapionem* el contrato traslativo o constitutivo de un derecho susceptible de usucapión afectado de simulación relativa. *Cfr.* GENTILE, *op. cit.*, p. 422; MONTEL Y SERTORIO, *op. cit.*, p. 313.

⁶³ *Cfr.* DURÁN RIVACOBBA, *op. cit.*, 1.ª ed., pp. 177 - 178 y *op. cit.*, 2.ª ed., p. 217; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.130; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 587 y 591.

⁶⁴ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130, lo afirma claramente: «podrá valer como justo título, en el caso de la simulación relativa, el contrato traslativo oculto o disimulado». En el mismo sentido, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 119.

Así, respecto de la donación disimulada tras una compraventa, se reconoce su aptitud en abstracto para transmitir el dominio en virtud, bien de su apariencia onerosa, bien de su entraña gratuita⁶⁵. No se oculta la transmisión, sino simplemente el medio o negocio a través del cual se efectúa realmente la transmisión. Únicamente cabría matizar que el contrato disimulado radicalmente nulo (no válido) nunca puede constituir justo título para la usucapión ordinaria en tanto que no sería traslativo de la propiedad⁶⁶.

Sin perjuicio de que la hipótesis más frecuente de simulación relativa es la donación disimulada bajo aparente compraventa, el Tribunal Supremo ha abordado otros supuestos de simulación relativa como, por ejemplo, compraventa con pacto de retro que encubre un préstamo con garantía inmobiliaria⁶⁷. En este supuesto, analizado por la STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), el Tribunal Supremo rechazó, con buen criterio, que procediera la usucapión ordinaria por falta de justo título, pues el contrato disimulado no tenía carácter traslativo del dominio⁶⁸.

b) *Veracidad*

Como anteriormente expusimos a propósito de la simulación absoluta, veracidad es lo opuesto a falsedad, y con la exigencia de la veracidad el Código Civil intenta eliminar como títulos *ad usucapionem* a dos falsos títulos, el putativo y el simulado⁶⁹.

⁶⁵ DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 1.ª ed., pp. 177 - 178 y *op. cit.*, 2.ª ed., p. 217.

⁶⁶ *Cfr.* SSTS 16 abril 1990 (RJA 2761) y 20 octubre 1992 (RJA 8088).

⁶⁷ Otros casos: compraventa que oculta una permuta (STS 25 octubre 1971 [RJA 4462]), arrendamiento financiero que encubre una compraventa a plazos (SSTS 29 mayo 1999 [RJA 4383] y 29 mayo 2001 [RJA 3874]) y mandato que oculta un subarrendamiento (STS 20 abril 1965 [RJA 2113]).

⁶⁸ La citada sentencia subraya la falta de efectos transmisivos de la propiedad del contrato disimulado, atendida su propia naturaleza resultante de la verdadera intención de las partes (prestar con garantía). Un supuesto similar se abordó en la STS 21 febrero 1907. Se trataba de una compraventa con pacto de retro de una serie de cuadros en la que existía una manifiesta desproporción entre el precio pagado (3.500 pesetas) y el valor de los bienes (tasados pericialmente en más de 100.000 pesetas), siendo el plazo para retraerlos bastante breve. El Tribunal Supremo enfocó la cuestión desde la perspectiva no del negocio fiduciario ni de la usura, sino desde la de la simulación. Según el Tribunal Supremo el supuesto contrato de compraventa disimulaba un contrato de préstamo con interés y garantía prendaria. El comprador alegó la usucapión ordinaria de los cuadros *ex art. 1.955 CC* con base en una posesión no interrumpida, de buena fe y en concepto de dueño durante más de tres años. Argumentaba que poseyó los cuadros en virtud de un contrato de compraventa, lo que a su juicio implicaba una posesión en concepto de dueño. El Tribunal Supremo rechaza esta pretensión ya que «los cuadros los tenía el demandado, no en concepto de dueño, sino como garantía del préstamo».

⁶⁹ *Cfr.* BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 679-681; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 521 y 522; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 209.

El título simulado, tanto en la simulación absoluta como en la relativa, en cuanto falso no es verdadero: falta pues al requisito de la veracidad. No obstante, la cuestión no es absolutamente pacífica. Mientras que no suscita particulares discusiones la justicia del título disimulado (siempre que, eso sí, el negocio disimulado tenga naturaleza traslativa del dominio), ni incluso su validez⁷⁰, la cuestión relativa a la veracidad o no del título disimulado a los efectos del artículo 1953 CC es objeto de polémica. Para un sector doctrinal minoritario, encabezado por Durán Rivacoba, el título disimulado no es verdadero. Según este autor, parece que en principio «verdadero» excluye sólo «la falsedad absoluta» del título, y que el título disimulado sería «verdadero por no absolutamente simulado». No obstante, considera que, si bien el título disimulado (en concreto, la donación de inmuebles encubierta bajo compraventa) puede tenerse por válido, «de ninguna manera debería tenerse por verdadero, pues, aunque manifieste de un modo indirecto el ánimo de las partes, en cuanto a sus auténticas pretensiones, no lo hace, por hipótesis, con veracidad». En su opinión, no resulta coherente que la donación de inmueble disimulada bajo compraventa que consta en escritura pública, en cuanto verdadera y válida, sea justo título para usucapir, mientras que la donación directa pero no otorgada en escritura pública, título verdadero pero no válido, no lo sea⁷¹.

Por el contrario, la mayoría de la doctrina llega a la conclusión de que el título disimulado ha de reputarse verdadero a efectos de la usucapición⁷². En este sentido, se ha puesto de manifiesto que para fijar el verdadero título el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la causa verdadera del negocio⁷³.

⁷⁰ Por todos, DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 1.ª ed., pp. 177 - 178 y *op. cit.*, 2.ª ed., p. 217. Más adelante trataremos específicamente la cuestión relativa a la validez del título disimulado.

⁷¹ DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.ª ed., pp. 217 y 218. En igual sentido, aunque con algunas ligeras variaciones en cuanto al modo de expresión, se manifiesta en la 1.ª edición de esa obra (pp. 178 y 179). Para DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230, el título disimulado, sin duda, no es verdadero.

⁷² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 736; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, III, p. 129; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 586-589. LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130, es particularmente explícito, pues señala que, en el caso de la simulación relativa, podrá valer como justo título «el contrato traslativo oculto o disimulado en cuanto real y verdadero». Implícitamente, ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 209. Todos estos autores, al analizar el significado y alcance de la veracidad del título en la usucapición ordinaria, excluyen al título absolutamente simulado y admiten el título disimulado en la simulación relativa. En un reciente estudio monográfico sobre la usucapición se vuelve a reiterar este criterio. *Cfr.* SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 213.

⁷³ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 100, quien cita las SSTs 20 noviembre 1964 (negocios de garantía, venta con pacto de retro), 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 (*fiducia cum creditore*).

A nuestro juicio, el disimulado es un título oculto tras un título falso o no verdadero, el simulado. El título disimulado no es falso (no verdadero) sino simplemente oculto⁷⁴, o más bien ocultado. Se puede decir que el disimulado es un título verdadero en el sentido de que es «real» o «verdaderamente querido» por las partes⁷⁵. En definitiva, en la simulación relativa, el disimulado es un negocio verdadero oculto tras la falsa apariencia de otro, el simulado⁷⁶. Esta opinión encuentra sólido apoyo en el artículo 1276 CC que contrapone causa falsa (negocio simulado) con causa verdadera (negocio disimulado). Con arreglo al citado precepto, que ha sido erigido por la jurisprudencia como eje central de la simulación en nuestro sistema, la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita. Resulta, pues, que en aquellos supuestos en que, a pesar de la manifestación de una causa falsa, exista, subyacente, otra verdadera, el contrato será válido y eficaz. La STS 29 noviembre 1989 (RJA 7921), específicamente dictada a propósito de simulación y usucapión, considera que en la simulación relativa el contrato disimulado es «verdadero». No obstante, debemos advertir que se trata de una afirmación a mayor abundamiento, pues el Tribunal Supremo resolvió sobre la base de considerar válida la donación encubierta, con lo cual la usucapión devenía totalmente innecesaria: adquisición directa por razón del negocio disimulado, no en virtud de la usucapión⁷⁷.

No obstante, cabría plantearse qué es lo decisivo: lo que aparece como verdadero a los ojos de terceros (incluido el *verus dominus*), o lo que es verdadero conforme a la intención o propósito de las partes. Así, con relación a la donación encubierta bajo compraventa y su idoneidad como justo título para la usucapión ordinaria, se ha señalado que «resulta muy duro admitir que se

⁷⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 736; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, III, p. 129; GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p. 120.

⁷⁵ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, p. 157; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 43 y 522. En este sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, considera que el disimulado es el contrato «realmente querido» (pp. 61, 62 y 67), que es el «verdadera» o «realmente» concluido por las partes (pp. 67, 69 y 73).

⁷⁶ FERRARA, *op. cit.*, pp. 66, 157, 223, 224, 225, 233 y 255, afirma reiteradamente que el contrato disimulado es un negocio verdadero aunque oculto tras otro meramente aparente. En el mismo sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 25 y 26; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 443.

⁷⁷ Cfr., en el mismo sentido, STS 2 junio 1956 (RJA 2691): la donación disimulada tras una aparente compraventa se considera un negocio verdadero y válido que produce por sí mismo la transmisión de la propiedad, lo que hace innecesario acudir a la usucapión. Con carácter general, la STS 25 mayo 1944 (RJA 800) considera que la simulación relativa consiste en la ocultación de un «negocio verdadero» bajo la falsa apariencia de un negocio fingido. Por su parte, la STS 15 enero 1959 (RJA 1044), señala que la simulación relativa no se reduce a la simple producción de una apariencia, sino que ésta es un medio para ocultar un «negocio verdadero» que se concluye entre las partes.

adquiera *pro donato*, cuando lo que publica la apariencia posesoria es el título *pro emptore*»⁷⁸. No compartimos esta opinión. Lo oculto en este caso no es la transmisión, sino la causa o el negocio a través del cual la transmisión se opera; la transmisión, la voluntad transmisiva es cierta, real, verdadera y manifiesta. Si la función del negocio simulado es engañar a los terceros⁷⁹, es legítimo preguntarse qué engaño se produce, al menos a los efectos de la usucapión ordinaria, si tanto el negocio simulado (venta) como el disimulado (donación) son traslativos del dominio.

c) *Validez*

El tercer requisito que ha de reunir el título disimulado es el de ser válido. En efecto, una vez comprobado que es justo y verdadero queda por examinar el problema de su validez⁸⁰. Hernández Gil lo expresa en términos muy claros: en la simulación relativa, dado que el negocio simulado encubre otro, el disimulado, que es el verdaderamente querido, puede este negocio disimulado servir como título siempre que reúna los requisitos de validez inherentes al negocio jurídico de que se trate⁸¹.

En la simulación relativa, el negocio disimulado no es necesariamente nulo, a diferencia del negocio simulado. La simulación, por sí misma, no hace nulo o ilícito el negocio. No obstante, el negocio simulado queda «maculado de sospechoso», por lo que se suprime en relación a él la presunción de existencia y licitud de la causa (art. 1277 CC), debiendo probarse estos requisitos causales para que pueda declararse la validez del negocio encubierto (art. 1276 CC)⁸². El negocio encubierto fundado en una causa ilícita será radicalmente nulo *ex* artículo 1275 CC. En general, la ilicitud causal del negocio disimulado suele apreciarse cuando persigue el fraude o perjuicio de los derechos de terceros (acreedores, herederos forzosos)⁸³.

Según reiterada jurisprudencia, para admitir la validez de los contratos disimulados es necesario acreditar no sólo la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han pretendido encubrir, sino también el cumplimiento de las formalidades exigidas.

⁷⁸ DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230.

⁷⁹ Según CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 69 y 73, en la simulación relativa, el engaño consiste en hacer creer a los terceros que el contrato efectuado es el simulado y no el realmente concluido.

⁸⁰ *Cfr.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.130; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., p. 587.

⁸¹ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522.

⁸² *Cfr.* AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, p. 494; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 350 y 352.

⁸³ *Cfr.* DURÁN RIVACOBIA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 115 ss.; SANTOS MORÓN, «De nuevo sobre la Jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas. El retorno a la 'tesis clásica' en la STS de 11 de enero de 2007», *RdP*, 2007, n.º 19, pp. 178, 182 y 189.

das por la Ley⁸⁴. En concreto, es muy controvertida la cuestión acerca de la validez o no de la donación de bienes inmuebles disimulada bajo compraventa que consta en escritura pública. Como es sabido, el artículo 633 CC exige para la validez de las donaciones de inmuebles que se otorguen en escritura pública. La cuestión jurídica que se plantea es si tal exigencia formal se ve cumplida o satisfecha por el otorgamiento de la compraventa simulada (bajo la cual subyace la donación disimulada) en escritura pública. La que podríamos denominar doctrina clásica del Tribunal Supremo se encuentra formulada en la STS 7 marzo 1980 (RJA 845), según la cual, el tema de la donación encubierta bajo la forma de contrato de compraventa «ha sido resuelto en la generalidad de los casos por esta Sala en el sentido de declarar la nulidad de la donación de inmuebles disimulada, por cuanto falta el requisito de forma impuesto *ad substantiam* por el artículo 633 del Código Civil, ya que no refleja la causa de la liberalidad y, por lo tanto, no expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación, tesis mantenida para las puras y simples [...], aunque el rigor de tal criterio no operará cuando se trata de donaciones remuneratorias»⁸⁵. En términos generales pues, nulidad por defectos formales cuando la donación encubierta es pura y simple, validez en cambio cuando es remuneratoria. A pesar de no poder profundizar en este asunto, creemos que el Tribunal Supremo no justificó suficientemente el por qué del trato especial de las donaciones remuneratorias⁸⁶. Con todo, conviene advertir que en más de

⁸⁴ La STS 15 enero 1959 (RJA 1044) declara que «es doctrina de esta Sala, reiteradamente manifestada, que si bien al amparo del artículo 1276 del Código Civil puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el cumplimiento de las formalidades prescritas». Cfr. DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 136 y ss., con amplia cita de jurisprudencia.

⁸⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 354, fue el primer autor que se manifestó abierta y decididamente en contra de la validez de las donaciones de inmuebles disimuladas por defecto formal, siendo muy numerosos los autores que comparten su criterio: cfr. ALBALADEJO, *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*, Madrid, 1998, pp. 8 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, «Comentario a la Sentencia de 14 de mayo de 1995», *CCJC*, 1995, pp. 816 y 817; CAPÓN REY, «Donación de inmuebles disimulada bajo forma de compraventa», *ADC*, 1977, pp. 212 y 213; DÍAZ ALABART, «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», *RDP*, 1980, p. 1108; GARCÍA BERNARDO, «Formalismo jurídico y documento notarial», *RDN*, 1962, pp. 83 ss.; LLACER MATA CÁS, «Comentario a la Sentencia de 22 de enero de 1991», *CCJC*, 1991, p. 215; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130; POVEDA DÍAZ, «Comentario a la Sentencia de 17 de diciembre de 1984», *CCJC*, 1985, p. 2267; SOTO NIETO, «Simulación contractual. Donación encubierta bajo forma de compraventa», en *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, I, 1970, pp. 287 y ss. Véase además la jurisprudencia citada por DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 103-161.

⁸⁶ La doctrina se ha mostrado muy crítica con esta línea jurisprudencial, poniendo en tela de juicio los argumentos jurídicos en que se apoya. Cfr. ANDERSON, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, pp. 353-359; DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 151-161.

una ocasión el Alto Tribunal ha llegado a considerar válida la donación encubierta aun siendo pura y simple⁸⁷.

No obstante, aunque inicialmente predominó la corriente jurisprudencial contraria a la validez, más adelante se produjo una cierta inversión de la tendencia siendo el Tribunal Supremo más proclive a admitir la validez de la donación disimulada, con independencia de su carácter puro o remuneratorio⁸⁸. Es muy expresiva a este respecto la STS 1 febrero 2002 (RJA 2098). Después de exponer las distintas posiciones del Tribunal Supremo, se manifiesta en el sentido de no extremar el rigor formal del artículo 633 CC, «en la línea de jurisprudencia favorable a la donación encubierta, que es mayoritaria en las últimas sentencias de la Sala»⁸⁹.

Sin embargo, el tratamiento de la cuestión ha experimentado un nuevo vaivén en los últimos tiempos. La sentencia de 11 enero 2007 (RJA 1502), dictada por el Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, con la pretensión de poner fin a la disparidad de criterios seguidos por el propio Tribunal en relación a la validez o no de la donación de inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa, ha retornado a la que denominamos tesis o doctrina clásica, es decir, aquella que niega validez a la donación disimulada por motivos formales, sobre la base de considerar que lo que exige el artículo 633 CC no es una escritura pública cualquiera, sino una específica escritura pública, de donación, en la que se reflejen tanto el *animus donandi* del donante como la aceptación del donatario. En consecuencia, la escritura pública en la que consta la compraventa simula-

⁸⁷ SSTS 15 enero 1959 (RJA 1044), 20 octubre 1966 (RJA 4445), 19 noviembre 1987 (RJA 8408), 23 septiembre 1989 (RJA 6352), 13 diciembre 1993 (RJA 9615) y 30 septiembre 1995 (RJA 6456). Con distintas argumentaciones, sostienen la validez de las donaciones encubiertas bajo ventas: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 211, nota 429; GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *AAMN*, XXVIII, p. 350, nota 119; VALLET, «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 653 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, pp. 590 y 591.

⁸⁸ Subrayan este cambio de orientación, CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 211, nota 429; DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.ª ed., pp. 88, 89, 111 y 130-131.

⁸⁹ Según SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pp. 174 y 177, en los últimos veinte años son mucho más numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que se decantan por la validez de la donación disimulada que las que declaran su nulidad por defectos formales, y ello no sólo en los casos en que la donación encubierta tiene carácter remuneratorio, sino también cuando se trata de donaciones puras y simples. Así, optan por la validez de la donación encubierta de carácter remuneratorio las SSTS 29 noviembre 1989 (RJA 7921), 22 enero 1991 (RJA 306), 19 noviembre 1992 (RJA 9417), 21 enero 1993 (RJA 481) y 14 marzo 1995 (RJA 2430). Se decantan por la validez de la donación disimulada aun tratándose de donación pura y simple las SSTS 19 noviembre 1987 (RJA 8409), 23 septiembre 1989 (RJA 6352), 20 julio y 13 diciembre 1993 (RJA 6168 y 9615), 18 octubre 2002 (RJA 8767) y 13 febrero 2003 (RJA 1046).

da no sirve para satisfacer las exigencias formales del artículo 633 CC⁹⁰.

No son precisamente abundantes las sentencias en las que se plantea específicamente el problema de la aptitud del título disimulado para la usucapión ordinaria. Destaca la STS 13 mayo 1965 (RJA 2594). El causante otorgó una donación encubierta tras escritura pública de compraventa con el propósito de burlar la prohibición contenida en el Fuero de Vizcaya de no disponer a título gratuito de los bienes troncales sino a favor de los parientes tronqueros. Alegada por el supuesto adquirente la usucapión ordinaria, el Tribunal Supremo la desestima pues no hay justo título: la simulada venta es nula y la disimulada donación también es nula, fundamentalmente, por cuanto su causa es ilícita (el móvil de la supuesta donación fue el propósito ilícito de burlar la prohibición de disponer de los bienes troncales), y, además, por no cumplir las exigencias formales del artículo 633 CC⁹¹. En consecuencia, no puede servir para la usucapión ordinaria el título que, al ser otorgado en contra de lo prevenido en la Ley, se halla afectado de nulidad radical.

Finalmente, debemos realizar dos puntualizaciones. Por un lado, si el contrato disimulado es considerado válido por reunir los requisitos sustanciales y formales exigidos por la Ley, recurrir a la usucapión es de todo punto innecesario, pues se habrá operado la adquisición directamente como consecuencia del contrato (título) seguido de la entrega o tradición *ex* artículo 609.2 CC. Adquisición, pues por razón del título, no por razón de la usucapión⁹². Por

⁹⁰ El criterio de la nulidad por motivos formales de la donación disimulada ha sido reiterado por las SSTS 26 febrero y 20 junio 2007 (RJA 1769 y 5574). No obstante, como ha puesto de manifiesto PARRA LUCÁN, «Comentario a la Sentencia de 11 de enero de 2007», *CCJC*, 2007, pp. 1303-1305, la STS 11 enero 2007 dictada por el Pleno de la Sala 1.ª del TS, lejos de alcanzar un acuerdo «consagra la división, y evidencia la imposibilidad, por el momento, de contar con una jurisprudencia que unifique criterios acerca de la validez de la donación de inmueble disimulada bajo la forma de escritura de compraventa». En efecto, de los once magistrados que componían el Pleno de la Sala 1.ª, siete de ellos la firman, mientras que los otros cuatro formulan voto particular. El criterio de la nulidad por defectos formales de la donación disimulada parece consolidarse en la jurisprudencia más reciente: SSTS 18 marzo 2008 (RJA 3054), 5 mayo 2008 (RJA 4130), 4 mayo 2009 y 27 mayo 2009 (RJA 3045). Respecto de esta última sentencia, véase GIL RODRÍGUEZ «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2009», *CCJC*, 2010, pp. 1263-1283.

⁹¹ En la jurisprudencia menor podemos citar la SAP Huelva 5 marzo 2003 (AC 2003, 1.176), que se adscribe a la línea jurisprudencial que considera válida, desde el punto de vista formal, la donación encubierta, y en consecuencia, estima que existe «título válido para comenzar la usucapión ordinaria».

⁹² DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.ª ed., p. 218; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 182, nota 154; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 589. *Cfr.*, en este sentido, las SSTS 2 junio 1956 (RJA 2691) y 29 noviembre 1989 (RJA 7921) que declaran válida la donación de inmueble disimulada bajo compraventa. A pesar de que la *ratio decidendi* de ambas sentencias descansa en considerar absolutamente válida y eficaz en el plano transmissivo a la donación disimulada, parece subyacer en ellas ciertas consideraciones de índole

otro lado, si se estima que el contrato disimulado no reúne los requisitos legalmente exigidos para su validez quedaría impedida la posibilidad de usucapión ordinaria, mas no por ello se debe dejar de analizar si el contrato disimulado, en cuanto que título nulo, puede desplegar algún tipo de eficacia en la usucapión extraordinaria.

d) *Buena fe*

Se ha afirmado que «el engaño que entraña la simulación parece contrario a la buena fe»⁹³. La consecuencia sería la falta de idoneidad del negocio disimulado para la usucapión ordinaria. Según establece el Código Civil, la buena fe en la usucapión consiste bien en que el poseedor cree que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella (art. 1950), bien en que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide (art. 433.1). Si el objetivo del negocio simulado es engañar a los terceros (incluido el *verus dominus*), y tanto el negocio simulado como el disimulado son transmisivos del dominio, no parece fácil sostener la existencia de engaño, al menos en lo que se refiere a la voluntad traslativa de las partes⁹⁴. Se ha sostenido recientemente con relación a la simulación relativa que, si bien el adquirente tiene mala fe respecto al título simulado, puede tener buena fe respecto al título disimulado⁹⁵.

le posesoria a efectos de usucapión. En efecto, la STS 2 junio 1956, afirma, bien es cierto que incidentalmente, que el aparente comprador y verdadero donatario venía «poseyendo a título de dueño» los bienes desde la fecha de los respectivos contratos; por su parte, la STS 29 noviembre 1989, sin perjuicio de considerar que la aparente cesión onerosa encubría una donación remuneratoria plenamente válida, subraya no desconocer «el peso que también en la decisión implica que la acción se ejercita por las actoras a los más de 35 años de haberse verificado aquellas transferencias dominicales, con lo que ello supone de continuado ejercicio de actos de posesión y disfrute».

⁹³ DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230. Por otra parte, debemos recordar que este autor no consideraba verdadero el título disimulado.

⁹⁴ La STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), desestimó la usucapión ordinaria alegada por falta tanto de buena fe como de justo título en un supuesto de simulación relativa. El contrato simulado (compraventa con pacto de retro) ocultaba otro disimulado (préstamo con garantía inmobiliaria), careciendo este último de eficacia traslativa del dominio por lo que no concurría pues justo título. Mas por las circunstancias concretas del caso, el Tribunal Supremo estimó que no se podía calificar al supuesto adquirente como poseedor de buena fe. Si la aparente celebración de un contrato traslativo de la propiedad encubre otro de carácter no traslativo (así, por ejemplo, se finge una compraventa queriéndose en realidad un arrendamiento), la deliberada intención de engañar a los terceros en cuanto a la voluntad transmisiva de las partes quizá podría considerarse contraria a la buena fe e incluso cabría afirmar la falta de una verdadera voluntad de enajenar. No obstante, en un caso como el descrito, es indudable que no procedía la usucapión ordinaria ante todo por dos razones, la falta de justicia del título y la falta de posesión en concepto de dueño del *accipiens*.

⁹⁵ SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 213, quien, un poco más adelante (p. 215), con referencia específica a las donaciones remuneratorias encubiertas bajo compraventas

3.2 Simulación relativa y usucapión extraordinaria

Si se sostiene, en términos generales, que el título disimulado no es verdadero, o que, en determinados casos, no es válido (verbi-gracia, donación encubierta de inmuebles bajo escritura pública de compraventa), conviene no obstante examinar si tal título no verdadero o no válido puede tener alguna relevancia en la usucapión extraordinaria, bien entendido que en ésta no se requiere ningún título, sino simplemente posesión (pública, pacífica, no interrumpida y en concepto de dueño) durante un determinado plazo de tiempo.

«En la *simulación relativa* –dice Morales Moreno–, el *animus* con que se ejerce la posesión que le subsigue se corresponde con el que resulta del negocio disimulado», de lo cual se deduce que si éste es traslativo del dominio, la posesión se ejercerá en concepto de dueño y será apta *ad usucapionem*⁹⁶. Señala que para fijar el verdadero título el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la causa verdadera del negocio: desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente⁹⁷. Con apoyo en la STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), a la cual cita entre paréntesis, el citado autor concluye: «amparándose en el negocio disimulado y en la posesión que el mismo configura, es posible adquirir, por usucapión, el derecho que se haya pretendido transmitir (S 20 noviembre 1964)»⁹⁸. Debemos advertir que aunque algunos autores atribuyen literalmente tal conclusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 noviembre 1964, ello no se corresponde con la realidad⁹⁹.

señala que el conocimiento de las partes sobre la simulación de la compraventa no comunica la mala fe a la donación: el donatario puede tener buena fe respecto a la donación, creer que el donante podía transmitir y que el título de donación, aunque sea disimulado, puede ser válido y eficaz para la transmisión del bien.

⁹⁶ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 146.

⁹⁷ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 100. En el mismo sentido, JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la sentencia del T.S. de 16-V-1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro)», *ADC*, 1983, p. 1449.

⁹⁸ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 146, y, siguiéndolo, YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 587. Respecto de una donación oculta bajo una aparente compraventa, la STS 2 junio 1956 (RJA 2691), señala de modo tangencial que el aparente comprador y real donatario poseía los bienes «a título de dueño». Como ya hemos tenido ocasión de indicar, a pesar de que el Tribunal Supremo considera en esta ocasión válida y eficaz en el plano transmisivo a la donación disimulada, no parecen dejar de ejercer cierta influencia en la decisión consideraciones de carácter posesorio a efectos de usucapión.

⁹⁹ DE LOS MOZOS, *La donación...*, *cit.*, p. 230; DURÁN RIVACOBIA, *op. cit.*, 2.^a ed., p. 217; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, nota 27. El lapsus en que incurrían estos autores consiste pues en poner en boca del Tribunal Supremo algo que no es sino una mera –aunque muy autorizada– opinión doctrinal. *Cfr.* YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 587, quien simplemente se suma al criterio de MORALES MORENO, sin atribuir en ningún momento dicho criterio a la STS 20 noviembre 1964.

Si bien asumimos con carácter general las consideraciones de Morales Moreno, creemos que se pueden hacer algunas especificaciones al respecto. A nuestro juicio, el título disimulado nulo radicalmente por defecto formal tiene virtualidad suficiente para configurar la posesión recibida como en concepto de dueño, ya que contiene la voluntad concorde de los otorgantes en dar y recibir, es un indicador o comprobante del acuerdo de las partes acerca del concepto posesorio en el que se hace la entrega. En otro lugar defendimos que la donación otorgada de forma abierta y ostensible (es decir, no disimulada bajo apariencia de otro contrato), pero nula por defectos formales (así, la donación de inmuebles verbal o en documento privado), configura la posesión en concepto de dueño¹⁰⁰. En líneas generales, nuestra argumentación fue la siguiente. Si bien es cierto que la usucapión extraordinaria opera sin necesidad de título (art. 1959 CC), ello no implica que el título, si concurre, no pueda desempeñar algún papel en la usucapión extraordinaria. Mas, en tal caso no será preciso que concurren en el título los requisitos exigidos a efectos de la usucapión ordinaria (justicia, validez y veracidad *ex arts.* 1952 y 1953 CC). La usucapión extraordinaria se basa simplemente en el hecho de poseer durante un determinado periodo de tiempo de forma pública, pacífica, no interrumpida y en concepto de dueño. No obstante, la posesión en concepto de dueño en la usucapión extraordinaria tiene un carácter fundamental, desempeñando un papel en cierto modo equivalente al del justo título en la usucapión ordinaria. Dos son los procedimientos para objetivizar, en el sentido de exteriorizar, el concepto posesorio: 1.º la conducta o comportamiento del poseedor refleja el *animus* o concepto en que posee. Sin embargo, los actos posesorios suelen ser equívocos, de significado ambiguo, por lo que inferir el concepto posesorio de la forma de ejercitar el poder sobre la cosa es un procedimiento bastante inseguro. Consideraciones de orden práctico aconsejan recurrir a otro procedimiento más fiable de caracterización del concepto posesorio; 2.º el título por el que se adquiere la posesión. El título de atribución de la posesión configura el concepto bajo el cual la posesión se adquiere. Para determinar el concepto posesorio no se debe recurrir a la voluntad interna del poseedor, sino a la voluntad objetivada en el título o

¹⁰⁰ MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pp. 130-140. Este criterio ha sido acogido por la jurisprudencia. Según la STS 25 enero 2007 (RJA 593), una «donación de inmueble sin escritura pública es inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial (artículo 633 del Código Civil), por lo que no es justo título, pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria, que se produce por mayor tiempo, sin necesidad de título (artículo 1959) y aquella donación no es un título, no es nada jurídicamente, pero su ausencia no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria, ni tampoco obsta a que el poseedor sin título (porque la donación no lo es) lo sea a título de dueño».

*causa possessionis*¹⁰¹. Nuestro Código Civil no contiene una presunción de que la posesión sea en concepto de dueño, sino que se limita a presumir, con carácter *iuris tantum*, que el concepto posesorio inicial se mantiene (art. 436 CC, principio de continuidad o persistencia del concepto jurídico en que se adquiere la posesión). La presunción contenida en el artículo 436 CC remite para la determinación del concepto posesorio al momento de la adquisición, o, lo que es lo mismo, al título adquisitivo cuando lo haya¹⁰². El título facilita extraordinariamente la calificación del concepto en que jurídicamente se tiene la posesión.

La posesión en concepto de dueño ha de ser probada bien por quien invoque a su favor una posesión apta para usucapir¹⁰³, bien por quien oponga por vía de excepción una usucapión consumada¹⁰⁴. Que la posesión sea en concepto de dueño no depende en absoluto de que el título por el que se recibe sea válido, sino de que sea un título que la confiera como dueño, por ser de carácter traslativo del dominio. Aunque sea nulo el título en cuya virtud se recibe la posesión, si tal título supone que ésta se tome en concepto de dueño, sirve como prueba de que se posee en tal concepto¹⁰⁵.

Trasladando estas consideraciones a los negocios simulados relativamente cabe sostener que la donación disimulada bajo escritura pública de venta, en la hipótesis de que se la estime nula radicalmente por defectos formales (criterio patrocinado por la jurisprudencia más reciente), también configura la posesión recibida por el donatario como en concepto de dueño¹⁰⁶. En este sentido, parece oportuno traer a colación aquella jurisprudencia que ha declarado reiteradamente que el concepto de dueño no es una noción puramente subjetiva o intencional, por lo que no es suficiente el querer interno o mera voluntad subjetiva para poseer *cum*

¹⁰¹ Respecto a estos dos procedimientos de fijación del concepto posesorio, *vid.* ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, cit., p. 182; MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 13, 20 y 95 ss.

¹⁰² En este sentido, *vid.* STS 18 septiembre 2007 (RJA 5074).

¹⁰³ Por todas, STS 10 febrero 1997 (RJA 938).

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 431.

¹⁰⁵ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, cit., p. 182, texto y nota 7. Esta opinión es ampliamente compartida. Así, ATAZ LÓPEZ, «Comentario a la Sentencia de 3 de marzo de 1995», *CCJC*, 1995, p. 901; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 607; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 211 y 212; LLEDÓ YAGÜE, «Sentencia de 27 de septiembre de 1989 sobre donación de bienes inmuebles en documento privado. La prescripción adquisitiva», *Poder Judicial*, 1990, n.º 18, pp. 107 ss.

¹⁰⁶ *Cf.* LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, texto y notas 26 y 27; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 175, 180 y 198. Según YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 603 y 604, «el título nulo, fuera de los casos de simulación, sí confiere al *accipiens* la posesión en concepto de dueño». Creemos que esta afirmación es predicable únicamente respecto de la simulación absoluta, pues, en otro lugar (pp. 586 y 587), el citado autor estima que el *accipiens* puede ampararse en el negocio disimulado y en la posesión correspondiente para adquirir por usucapión el derecho en cuestión.

animo domini, sino que se requiere un «elemento causal o precedente objetivo» que revele que el poseedor no es un mero detentador por otro¹⁰⁷. Este elemento objetivo o precedente causal no se especifica, pero parece referirse a un título¹⁰⁸. Pues bien, en caso de que se considere la donación disimulada nula absolutamente por motivos formales, dicho título nulo hace que la situación posesoria esté apoyada en un elemento objetivo en el cual cristalizó la voluntad de las partes, que, si es traslativo del dominio, revela que el poseedor no es simple tenedor o detentador por otro, sino que lo es en concepto de dueño¹⁰⁹.

Si el título disimulado no fuese traslativo del dominio el *accipiens* no podrá usucapir si no intervierte su concepto posesorio. Dicho título no configura la posesión recibida en concepto de dueño, mas no por ello puede excluirse la posibilidad de usucapición extraordinaria si por otra vía se ha llegado a ser poseedor en concepto de dueño. En el caso analizado por la STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), el Tribunal Supremo desestimó la usucapición ordinaria apoyándose en la falta de justo título, pues los contratos celebrados (compraventas con pacto de retro en garantía) no tenían carácter traslativo del dominio. Pero, según el Alto Tribunal, la falta de dicho carácter en los contratos otorgados determina la falta de posesión en concepto de dueño, con lo que parece excluir también la posibilidad de usucapición extraordinaria. A nuestro juicio, justo título de la usucapición ordinaria y posesión en concepto de dueño están configurados en nuestro Código Civil como requisitos

¹⁰⁷ SSTS 19 junio 1984 (RJA 3251), 18 octubre 1994 (RJA 7721), 7 febrero 1997 (RJA 685) y 29 abril 2005 (RJA 3648).

¹⁰⁸ Este aspecto es destacado por SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁹ SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 69-72, realiza una serie de consideraciones críticas sobre esta jurisprudencia, señalando que «si bien la existencia de un justo título justifica una posesión en concepto de dueño; no se puede negar que la posesión sea en concepto de dueño con base en la ausencia de un justo título. El justo título no es un elemento esencial para calificar la posesión en concepto de dueño. La exigencia de un justo título como elemento causal para la posesión en concepto de dueño implicaría negar la calificación de posesión en concepto de dueño cuando no exista un justo título, y desvirtuar la prescripción extraordinaria que requiere posesión en concepto de dueño». Este planteamiento nos parece correcto en líneas generales, mas sin olvidar que la propia jurisprudencia ha puesto de manifiesto que un título nulo puede tener virtualidad suficiente para configurar la posesión en concepto de dueño a los efectos de la usucapición extraordinaria. Así, la STS 10 noviembre 1955 (RJA 3107), subraya que el concepto posesorio no depende de la nulidad del negocio que haya podido celebrar el poseedor, por lo que no es obstáculo a la posesión *ad usucapionem* que exista o no título ni que éste sea válido o nulo. En esta magnífica sentencia el Tribunal Supremo distingue y separa la posesión en concepto de dueño como requisito común de toda usucapición del justo título como requisito exclusivo de la usucapición ordinaria. Por su parte, la STS 25 enero 2007 (RJA 593), señala que un título nulo radicalmente (más en concreto, inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial) no es justo título para la usucapición ordinaria, «pero sí puede ser base de usucapición extraordinaria», y que la ausencia de justo título no obsta a que el poseedor lo sea en concepto de dueño.

independientes¹¹⁰. Pero ello no obsta a que se encuentren interrelacionados, pues por justo título se debe entender aquel acto o negocio que legitima y justifica la posesión en concepto de dueño¹¹¹. Sin embargo, no se puede llevar esa interrelación al terreno de una total dependencia. Esto es lo que finalmente parece sostener la sentencia objeto de nuestro breve análisis, pues en última instancia viene a reconocer el hipotético derecho del recurrente a alegar la usucapión extraordinaria, como poseedor en concepto de dueño. Implícitamente se admite la interversión del concepto posesorio, que la carencia inicial del *animus domini* no impide que éste sea asumido con posterioridad por otra vía¹¹².

¹¹⁰ Lo demuestra la admisión de la usucapión extraordinaria que requiere no del título pero sí del concepto. Cfr: MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 88, nota 47.

¹¹¹ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.127.

¹¹² En cualquier caso, el Tribunal Supremo no deja de poner de relieve la improcedencia de la usucapión extraordinaria por falta del transcurso del plazo legalmente exigido.