

# Precario en fraude de ley y levantamiento del velo

**Adelaida Medrano Aranguren**

*Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

## Extracto

El presente caso aborda el supuesto de precario cuando la titularidad de la finca es de una sociedad, siendo así que la persona a lanzar es uno de los dos socios, tratándose de actuar con abuso de derecho y fraude de ley. La ocupante de la finca es socia junto con su exmarido de una sociedad mercantil titular de la finca y en la sentencia de divorcio se atribuye la vivienda a la ocupante. El título judicial no ampara al poseedor frente al titular ajeno a la relación entre los cónyuges, de modo que la facultad de uso atribuida judicialmente no modifica la titularidad anterior, al no suponer la creación de ningún título. Inaplicabilidad de esta doctrina al presente caso, pues los verdaderos dueños de la finca son los dos cónyuges y socios de la sociedad que está actuando por medio de una sociedad interpuesta. La doctrina del levantamiento del velo no permite aceptar que la sociedad sea aquí un tercero como titular de la vivienda, por ser ello un supuesto de fraude de ley.

**Palabras clave:** arrendamientos urbanos; precario; levantamiento del velo; fraude de ley.

Fecha de entrada: 16-04-2020 / Fecha de aceptación: 30-04-2020

## Enunciado

La sociedad mercantil Más y Más, SL es propietaria de un inmueble controvertido, vivienda sita en el piso núm. 000 del núm. 001 de la calle 000 de Madrid, la cual fue adquirida mediante escritura de compraventa de fecha 5 de junio de 2006. Don Pedro y doña Ana afianzaron solidariamente en los mismos términos que la parte deudora principal, Más y Más, SL, el préstamo hipotecario recibido para su adquisición, por un importe de 400.000 euros.

Dicha sociedad se constituyó en el año 1982, y participan dos socios: don Pedro, titular del 67 % de las participaciones sociales y administrador de la misma, y doña Ana, que es titular del 33 % de las participaciones sociales, desde su adquisición con fecha 1 de febrero de 2000.

Don Pedro y doña Ana contrajeron matrimonio el 10 de mayo de 2003, dictándose sentencia de divorcio con fecha 25 de octubre de 2016, en la cual no se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar, ubicado en la siempre referida vivienda sita en el piso núm. 000 del núm. 001 de la calle 000 de Madrid, a ninguno de los cónyuges. La SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2018 atribuye el uso y disfrute de la vivienda familia a doña Ana, con un límite máximo de dos años desde la fecha de la resolución, transcurridos los cuales, habrán de alternarse en la ocupación de la vivienda por periodos sucesivos de un año, y ello hasta la definitiva culminación de las operaciones liquidatorias.

A partir de estos hechos, la mercantil Más y Más, SL acude a un despacho de abogados para iniciar una demanda de precario encaminada a lanzar a doña Ana de la vivienda, ¿es viable esta acción?

Cuestiones planteadas:

- Precario en fraude de ley y doctrina del levantamiento del velo. El abuso de derecho en el empleo de la titularidad societaria de la finca.
- Criterio jurisprudencial vigente en la materia.

## Solución

La figura del precario, sin definición en los textos legales, ha sido desarrollada por la jurisprudencia como situación existente cuando el propietario de un inmueble cede a otro la posesión para que lo use y se lo devuelva cuando lo reclame (precario que resulta del comodato), o cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título alguno que la ampare, y, por último, cuando sobreviene un cambio de la causa en virtud de la cual se poseía anteriormente, situaciones todas ellas recogidas en la STS de 30 de octubre de 1986 al configurarse el precario como

situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo el mismo, y, por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque nunca se haya tenido, ya porque habiéndola tenido se pierda, ya porque nos otorgue una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho,

definición doctrinal clara y precisa que permite una fácil comprensión de lo que es el precario.

Como expresa el ATS de 9 de abril de 2013, entre un concepto de precario en un sentido amplio, extendido a todos los que sin pagar merced disfrutan de la posesión de un inmueble, sin título o siendo ineficaz, por voluntad de su poseedor o sin ella, en contraposición a un concepto más estricto que es de precario como uso de un inmueble por graciosa concesión de su dueño,

existe jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el problema jurídico, habiendo optado la Sala, desde hace tiempo, por un criterio amplio en la conceptualización del precario, extendiendo el concepto a los que sin pagar merced disfrutan de la posesión de un inmueble sin título, o siendo ineficaz el invocado –SSTS de 11 de noviembre de 2010, que cita a su vez la STS de 6 de noviembre de 2008 y la STS de 13 de octubre de 2010, entre las más recientes–. La STS de 11 de noviembre de 2010 dice literalmente en su fundamento de derecho segundo: «El artículo 250 de la LEC de 2000 establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseerla finca. Como dice la STS de 6 de noviembre 2008, se trata de una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho; supuestos suficientemente amplios para reconducir hacia el juicio de desahucio lo que aquí se plantea con relación a la pose-

sión de una casa sin título o con título absolutamente ineficaz para destruir el de los actores y sin otra razón que la simple tolerancia de este último, evitando que la complejidad de la materia litigiosa, tan frecuente en la solución de los tribunales en la anterior normativa, remita a las partes al juicio declarativo correspondiente, impidiendo constatar a través de un juicio apto para ello lo que constituye el fundamento de la situación de precario».

Igualmente, para la STS núm. 300/2015, de 28 mayo (NCJ060058) la jurisprudencia ha considerado el precario en un sentido muy amplio, sin entrar en conceptualizaciones dogmáticas. Lo considera en todo caso de disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced o de detentar una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño o sin ella, carente de título o abusiva; lo resume como situación de hecho que implica la utilización gratuita de una cosa ajena; en todo caso, falta de título que justifique la posesión; y también, en todo caso, sin pagar merced. En este sentido, la STS de 26 diciembre 2005 dice:

Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la STS de 30 de octubre de 1986 define como el «[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella», por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

Igualmente, para la STS núm. 134/2017 de 28 febrero (NCJ062220) esta sala ha definido el precario como

una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho.

Y, en definitiva, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil confiere a este proceso carácter plenario al establecer que el desahucio de una finca cedida en precario se decidirá en juicio verbal (sin atribuirle en los artículos 439 y siguientes un carácter especial y sumario, produciendo la sentencia que se dicte efectos de cosa juzgada, según el artículo 447 en relación con la exposición de motivos de la ley, parágrafo XII, *in fine*). En esta se indica que:

La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas, aconseja en cambio, no configurar como sumarios, los procesos en que se aduzca como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad. Parece preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y pruebas, y finalice con plena efectividad,

variando, en consecuencia, la concepción anterior del precario acerca de lo que podía constituir su ámbito de discusión en el marco del juicio de desahucio, por lo que, a la vista de ello, es claro que no puede compartirse la circunstancia obstativa invocada (SAP de Valencia, Sección 8.ª, núm. 442/2008 de 14 julio). Por tanto, en procesos como el presente no cabe la alegación de cuestión compleja, ya que en el mismo se puede y deben ventilarse todas las cuestiones referentes a la posesión, tal y como se señala en la exposición de motivos de la ley procesal. Al prescindirse de la sumariedad y produciendo la sentencia efectos de cosa juzgada, estamos en presencia de un juicio plenario sin limitación de alegaciones y medios probatorios, en consecuencia, no se excluyen de su conocimiento las denominadas «cuestiones complejas».

Es cierto que, como expresa la STS de 13 de febrero de 2014, la resolución judicial que atribuye el uso y disfrute de una vivienda que es propiedad de un tercero no puede alcanzar a quien no ha sido parte en aquel proceso matrimonial (en matrimonio o unión de hecho).

De esta forma, el título judicial no ampara al poseedor frente al titular ajeno a la relación entre los cónyuges. Efectivamente, es doctrina reiterada que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, tanto a través del convenio regulador aprobado judicialmente, como de la decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, no es sino la mera atribución del uso exclusivo de la vivienda, esto es, de la facultad de usarla y disfrutarla, en la relación interna de los cónyuges, y no frente a terceros, de modo que la facultad de uso no modifica la titularidad anterior del matrimonio ocupante de la vivienda, por lo que si el matrimonio no tenía ningún título frente al propietario para ocupar la vivienda, el cónyuge usuario sigue sin tener ningún título frente el propietario después de la atribución del uso, por cuanto la atribución del uso no supone la creación de ningún título, sino la mera atribución a uno de los cónyuges de una facultad, la de uso, como posesión material de la vivienda, con base en el mismo título que, antes de la separación o el divorcio, ostentaran los cónyuges para la ocupación del domicilio familiar. En este sentido se han pronunciado las SSTS, pleno, de 14 y 18 de enero de 2010, según las cuales, con la adjudicación del uso a uno de los cónyuges que ocupan en precario la finca, no se obtiene, frente a un tercero, una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges, de modo que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, ya que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular, para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar, es la propia de un precarista, continuando este en la misma condición una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

En este sentido, se pronuncia la SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011, de 7 julio, para la cual tampoco puede considerarse que la concesión judicial, en procedimiento matrimonial, del uso de la vivienda transmute la situación jurídica. Expresamente, la STS de 14 de noviembre de 2008 declara que

no constituye título hábil a tal fin el correspondiente al derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial a la esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.

En todo caso, la regla general es la de que nadie puede otorgar lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*) y, por ello, si uno de los convivientes no tiene ningún derecho distinto al precario sobre el inmueble, el otro, aunque se le adjudique el uso, no adquiere, respecto de terceros, ningún derecho distinto.

Ahora bien, la doctrina antes expuesta es compatible con nuestro caso, en el cual, los verdaderos propietarios de la vivienda son los propios cónyuges, a través de la sociedad interpuesta. Sobre todo cuando existe una confusión entre la masa patrimonial de la sociedad mercantil y la familiar, siendo los únicos socios de esta doña Ana y don Pedro, pues los principios de buena fe y equidad y la prohibición de fraude y abuso de derecho son principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico, sin que pueda disfrazarse la realidad con objeto de no declarar y ocultar los ingresos reales de la sociedad, y sin que tampoco sea admisible tratar de intentar separar la sociedad mercantil de la sociedad conyugal, cuando realmente los socios son los mismos, existe confusión patrimonial y no existe separación alguna de patrimonios, ni de personalidades, no hay autonomía jurídica del socio y la sociedad, de manera que, como expresa la SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011, de 7 julio, no puede reputarse sorpresiva, contrariamente a lo que expone la apelada, la calificación de esa situación, trayendo a colación la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, pues esa calificación no es sino una más correcta precisión jurídica, que no altera la esencia de la oposición de fondo. Y añade la citada SAP de Madrid que no cabe duda que tal cuestión es perfectamente examinable en el ámbito del desahucio por precario, pues afectando al título del demandante, e incluso a su legitimación material, entra dentro de las materias a tratar en el juicio.

En modo alguno puede sostenerse que estas apreciaciones alteren el fondo de la litis y la cuestión objeto de debate, porque la cuestión nuclear del presente caso es si la entidad Más y Más, SL tiene la condición de tercero, puesto que la improsperabilidad de la acción de precario se derivaría precisamente de que la titular de la vivienda no sea un tercero, al menos a los efectos de este proceso

Y, efectivamente, siguiendo la SAP de Madrid, Sección 10.ª, núm. 405/2015, de 11 noviembre, no puede soslayarse a estos efectos, como capítulo esencial, que, aunque la propiedad del inmueble pertenezca a la sociedad demandante, esta se encuentra integrada solamente por dos socios, en los términos que ya hemos expresado, quienes, aunque en distinto número, se reparten todas sus participaciones sociales. La titularidad de la vivienda a favor de la sociedad demandante fue puramente nominal, para que, como sociedad instrumental y patrimonial, apareciera como tal. Así pues, toda esta coyuntura, en la que la demandada usuaria es uno de los dos únicos titulares de la sociedad actora propietaria,

unida a una posesión del bien atribuida judicialmente en el marco del proceso de divorcio seguido entre las partes, determina que cualquier duda que, respecto a la apariencia creada por la constitución de la sociedad, no pueda ser resuelta sino a favor de la demandada opuesta, y al mismo tiempo, la técnica del levantamiento del velo conlleva a no considerar a aquella sociedad como un auténtico tercero –en este sentido, SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011, de 7 julio–.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en los artículos 1.1 y 9.3 de la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, a penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción de forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como manifestación del fraude de ley a que se refiere el artículo 6.4 del Código Civil, admitiéndose la posibilidad de penetrar, mediante el denominado levantamiento del velo jurídico, en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, no amparado por la ley, según el artículo 7.2 del Código Civil, en daño ajeno o de los derechos de los demás, o lo que es lo mismo, en ejercicio antisocial del derecho al uso de la distinta personalidad, proscribiendo la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. Así, es doctrina comúnmente admitida –STS de 1 de marzo de 2001–, que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, según lo previsto artículo 7.1 del Código Civil, constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento considerado como honrado y justo.

Y en este sentido, para la STS de 21 de mayo de 2005 –citada en la SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011 de 7 julio–, cuando

no existe separación alguna de patrimonios, ni de personalidades [...] no cabe ampararse en la aparente autonomía jurídica del socio y de la sociedad para distraer las responsabilidades de esta, por cuanto ello constituye un abuso de la personalidad formal que se utiliza como vehículo de fraude, lo que contradice los principios de la buena fe y equidad y vulnera la prohibición del fraude y el abuso de derecho que consagran los artículos 3.2, 6.4, 7.1 y 7.2 del Código Civil, y permite aplicar, por un lado, la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo; y, por otro, la doctrina jurisprudencial que niega la cualidad de tercero en las tercerías de dominio cuando hay coincidencia de intereses, o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado.

La propia SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011 de 7 julio aclara que la jurisprudencia creada en torno a la tercería de dominio presenta una evidente analogía con el caso

enjuiciado, que le hace compartir la *ratio decidendi*. En ambos supuestos se trata de quien se presenta como tercero en relación con la cuestión, cuando no hay sino apariencia formal de la separación entre quien acciona y el verdadero interesado, al que le afecta el resultado del proceso. Por eso, en este caso, el levantamiento del velo permite referir a quien no es sino una mera pantalla las consecuencias que para su real y efectivo dueño tienen las decisiones adoptadas en un proceso en el que este, y no la sociedad aparente, fue parte.

En definitiva, la situación que se plantea en nuestro caso no puede sino que calificarse de fraude de ley, conforme a lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil, que establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, y en el presente caso parece claro que con el subterfugio de transferir la propiedad a una sociedad limitada cuyos únicos titulares son las persona físicas que subyacen en la misma, no puede evitarse con la interposición de dicha sociedad la aplicación de las normas sobre el uso de la vivienda conyugal en caso de crisis matrimonial, y por tanto no puede entenderse que la sociedad actora hoy apelada sea un tercero respecto de la demandada hoy apelante, puesto que, como hemos visto, la citada sociedad no es sino una interposición de persona jurídica de ambos cónyuges –en este sentido, SAP de Madrid, Sección 18.<sup>a</sup>, núm. 337/2016, de 14 septiembre–. Siguiendo la citada SAP de Madrid, Sección 18.<sup>a</sup>, núm. 337/2016 de 14 septiembre, las alegaciones referentes a la expulsión por la fuerza del ocupante no son sino indicio de la grave y profunda crisis matrimonial existente entre ellos, pero no puede en modo alguno impedir que pueda considerarse lícita la posesión temporal de la misma en tanto en cuanto no se resuelva por el órgano que dilucide el conflicto matrimonial quién debe tener atribuido el uso del domicilio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 1.1 y 9.3.
- Código Civil, arts. 3.2, 6.4 y 7.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 250, 439 y 447.
- SSAP de Madrid de 7 de julio de 2011 y de 14 de septiembre de 2016.
- STS 300/2015, de 28 de mayo (NCJ060058) y 134/2017, de 28 de febrero (NCJ062220).