

OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE LA RELACIÓN DE PRECARIO

Carmen GARCÍA VÁZQUEZ

Profesora Titular de Derecho Romano

En Derecho romano, al lado de los derechos reconocidos por el derecho civil o pretorio y protegidos por una *actio*, encontramos una serie de situaciones de hecho que fueron admitidas paulatinamente y cuya protección comenzó a veces de una manera indirecta.

El precario destaca entre estas situaciones de hecho que, en algún momento, van a ser amparadas por las decisiones de los órganos jurisdiccionales, no sólo porque, a lo largo de las distintas etapas del derecho, su naturaleza sufrió un cambio total sino porque siempre ha planteado una problemática muy diversa que aún hoy se sigue suscitando.

1.- Configuración jurídica

Ulpiano fue el jurista que nos dejó un concepto de precario en un texto no sospechoso, del título *de iure gentium* de sus Instituciones⁽¹⁾:

D. 43,26,1,pr. (lb. 1 Ist.): Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tandiu, quamdiu is qui concessit patitur.

El jurista presentaba aquí el precario no como una clase de posesión o concesión sino como aquello cuyo uso se concedía al que lo solicitaba mediante un ruego y por el tiempo que el concedente tolerase. Pese a esta definición, sobre su naturaleza jurídica existieron dos textos que han sido considerados contradictorios.

El primero de ellos lo recogieron los compiladores de los Comentarios de Paulo a Sabino:

(1) LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, Graz 1.960, Ulpianus nr. 1913.

D. 43,26,14 (lb. 13 ad Sab.): Interdictum de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio.

En éste se presentaba el precario como una relación no contractual que carecía de protección. Se quería dar así una explicación a la concesión del interdicto de precario, aduciendo que fue introducido con motivo, ya que, con anterioridad, no existía ninguna acción civil que amparase dicha situación. Se justificaba la inexistencia de la acción considerando que su naturaleza, debido a su carácter gratuito, se acercaba más a la de un negocio realizado por causa de liberalidad o a la de una donación que a la de un *negotii contracti* que, como es sabido, daban lugar a que se concediese su protección mediante una acción.

Considerado interpolado por los autores⁽²⁾, no coinciden los romanistas, sin embargo, en cual sería la redacción clásica⁽³⁾ ni en que momento se produjo el cambio, habiéndose defendido su redacción postclásica⁽⁴⁾ por comparación con la Sentencia de Paulo 5,6,10:

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet.

En cualquier caso, habría que admitir la postclasicidad de *donationes et* ya que la *donatio* no nació como negocio típico hasta época de Constantino⁽⁵⁾, aunque de todas formas el precario quedaría definido como *beneficii causam* y separado de los negocios contractuales.

El segundo de los textos citados pertenecía a otro gran jurista, en este caso Ulpiano que, curiosamente también en un comentario a Sabino, lo situaba por el contrario entre ciertos contratos, en oposición a otros negocios no contractuales como la dación de dote, la tutela y la gestión de negocios:

D.50,17,23 (lb. 29 ad Sab.): Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, comodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gestia: in his quidem et diligentiam...

Lo incardinaba por lo tanto entre aquellos contratos en los que las partes sólo se obligaban por dolo malo, en contraposición a aquellos en que la obligación surgía en caso de dolo y culpa. En responsabilidad quedaba pues equiparado al depósito y se oponía al resto de los contratos enumerados, mandato, comodato, venta, prenda, arrendamiento.

(2) *Index interpolationum ad h.l.*; LEVY, *Vom römischen precarium zur germanischen Landleihe* en "ZSS" 66 (1.948), pág. 1.; ARCHI, *La donazione*, Milano 1.960, pág. 6; DAUBE, *Utiliter agere*, en "IURA" 11 (1.960), pág.81, nt. 82; PRINGSHEIM, *Liberalitas* en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano 1.963, págs. 661 ss.; ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1.969, pág.196, nt. 50.

(3) Se ha defendido tanto la no clasicidad del inciso *donationes et* (Levy, Daube) como de la expresión *de precariis* (Pringsheim).

(4) ZAMORANI, *Precario*, cit., pág. 196, nt. 50.

(5) ARCHI, *La donazione*, cit., págs. 230 ss.

Diversos autores han considerado este fragmento también no genuino⁽⁶⁾, basándose en el argumento de que no podía existir una responsabilidad del precarista en una época, la clásica, donde el precario era considerado únicamente como vicio posesorio. Sin embargo no existe unanimidad sobre este punto⁽⁷⁾, y además la concepción del precario como vicio posesorio no tenía porqué implicar que no se le pudiese también contemplar, como probablemente ocurriría en la práctica, como un préstamo gratuito y visto así sería semejante al comodato o a la donación.

Scialoja señalaba⁽⁸⁾ que el problema que plantea esta institución deriva de la contradicción que existía entre ambos textos, afirmando que las dos formas diversas de considerarlo en ellos derivaban de los dos medios de protección que llegó a tener: al interdicto se correspondía el precario como simple beneficio, mientras que cuando se le aplicó la *actio praescriptis verbis* se le estaba viendo, al igual que al comodato, como acto de buena fe en el que la restitución derivaba de la equidad natural.

El comentario de Ulpiano debió representar, por lo tanto, el final de la evolución que sufrió la institución, aunque tampoco los autores se ponen de acuerdo en cual fue el camino seguido⁽⁹⁾.

Sin embargo, si actualmente queremos aprehender realmente una figura de Derecho romano, y fijar cuales fueron sus características jurídicas, es necesario ver no solo las que se han considerado como tales sino cuales fueron sus recursos procesales, porque eran las acciones que nacían de cada relación las que realmente le daban su propia personalidad; es lo que nos proponemos hacer.

2.- Notas características

En la definición citada al principio encontramos lo que se ha considerado, a lo largo del tiempo⁽¹⁰⁾, propio de la institución: una entrega graciosa del *precario dans*, que se reservaba el poder de revocarla cuando quisiese, realizada a ruego del *precario accipiens*, sin que éste se pudiese oponer a la voluntad del primero en ningún momento ni por ninguna causa⁽¹¹⁾.

Tenemos así indicadas dos características de la concesión en precario en el derecho romano: concesión gratuita y revocación cuando lo desee el concedente, que son confirmadas en otros textos que vamos a analizar.

(6) *Index interpolationum ad h.l.*; ZAMORANI, *Precario*, cit., pág. 199. nt.57 y pág. 210.

(7) MARONE, *Precario habere e precarium*, en "LABEO" 17,2 (1.971); Crítica al libro de Zamorani citado anteriormente: Considera que el autor tiene una actitud excesivamente radical en relación con las fuentes y que no está probada la interpolación que defiende de algunos de los textos. Más bien habría que tener en cuenta que gran parte de la doctrina busca actualmente soluciones no muy tajantes admitiendo una pluralidad de ellas no sólo para la época clásica sino para las posteriores, manteniéndose la no interpolación de los textos cuando se considera que no existe en lo substancial.

(8) SCIALOJA, *Il precarium nel diritto romano*, en *Studi giuridici* I, págs. 15 ss.

(9) MORENO MOCHOLI, *El precario*, 2a. edición, Pamplona 1.976: Hace un estudio de los distintos aspectos del precario desde la época arcaica hasta nuestros días.

(10) SAN ISIDORO, *Originum sive Etymologiarum*, libro XX,V,25: *Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debito em in possessione fundi, sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere. Et dictum precarium quia prece aditur; quasi precadium "r" pro "d" littera commutata.*

(11) IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona 1.958, pág. 455; SILVA, *Precario con possesso*, cit., págs. 233-275; SCIALOJA, *Il precarium*, cit., págs. 1-34; MARONE, *Precarium habere*, cit. pág. 204 ss.

Dos juristas, Paulo y Ulpiano, recogieron la idea de la concesión gratuita en sus escritos, el primero en los Comentarios a Sabino, el segundo en las Instituciones:

D. 43,26,14 (lb. 13 ad Sab.): Interdictum de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio.

Anteriormente⁽¹²⁾ ya vimos como, en este texto, la consideración del precario como negocio de liberalidad fue precisamente lo que llevó a Paulo a su comparación con la donación; así pues el texto no solo ratifica la citada gratuidad sino que expresamente separa el precario de los contratos.

D. 43,26,1,2-3 (lb. 1 ist.): 2. Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. 3. Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

En este fragmento Ulpiano estableció como única distinción con la donación, considerada también como negocio de liberalidad, que el que donaba entregaba para no recibir nada, en contraposición con el que concedía en precario que esperaba recibir la cosa entregada cuando él desease rescindir la concesión que llevó a cabo.

Esta idea de que el precario implicaba una situación gratuita pero no definitiva quedaba avalada por la comparación que, a continuación, se realizaba con el comodato. Aquí la semejanza se encontraba en que tanto quién prestaba el uso de una cosa en comodato como quién la entregaba en precario lo hacía para permitirle al concesionario -comodatario o precarista- usar de la cosa prestada excluyendo que de dicha relación pudiese derivar el que se adquiriese la propiedad.

Los autores más críticos opinan que este párrafo, como todo el fragmento D.43,26,1 ha de ser al menos postclásico, debido a su semejanza con otro de las Instituciones de Ulpiano I,1:

Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. aquod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. Et distat a donatione eo, quod qui donat sic dat, ne recipiat: at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat⁽¹³⁾.

Aún aquellos que lo consideren interpolado⁽¹⁴⁾, han de aceptar que las modificaciones realizadas por los postclásicos y justinianeos no establecieron dudas sobre la necesidad de la gratuidad en época clásica, ya que el argumento aducido como prueba de su redacción posterior fue que el acercamiento a otras instituciones, contractuales o no, se había realizado cuando, desaparecida la idea del *precarium* como vicio posesorio, los juristas tendieron a compararlo debido a su gratuidad con negocios en

(12) pág. 1.

(13) RICCOBONO, *Fontes iuris romani antelustiniani* II, Firenze 1.968, pág. 305.

(14) *Index interpolationum ad h.l.*; BESELER, *Romanistische Studien*, en ZSS 50 (1.930), pág. 75

los que también ésta estaba implícita y por ello lo acercaron al comodato, el depósito o la donación.

Esencial por lo tanto la gratuidad, no iba a derivar de la relación de precario ninguna carga para el precarista y todo lo que pudiese gravarle no podía nacer del vínculo del precario sino que tenía que depender de circunstancias externas.

A pesar de ello, dicha gratuidad no tenía que implicar ausencia total de interés y un *pater familias* podría conceder en precario a una persona necesitada un terreno para que lo cultivase o una casa para habitarla y de esta forma asegurarse los actos o servicios que en agradecimiento al favor recibido le iba a prestar el beneficiario.

La segunda de las características reseñadas, la posibilidad de revocación, es ratificada igualmente por otros dos textos, en este caso de Ulpiano y Celso:

D. 43,26,2,2 (lb. 71 ad ed.): Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

El primero de los juristas citados justificaba la revocación que sin límite de tiempo podía realizar el *precario dans* y era, además, una justificación que no pretendió basar en una ley ni en una decisión pretoria sino en la justicia natural: era posible revocar el precario en cualquier momento, ya que se consideraba naturalmente justo que se usase una liberalidad por el tiempo que quisiese el que la realizaba que podía, por los motivos que fuesen y que al derecho le resultaban irrelevantes, cambiar de voluntad. Así pues, si alguien hubiese concedido aquello que se le había solicitado en precario, estaba capacitado para ejercitar el interdicto *de precario*.

Independientemente de la alusión a la *actio praescriptis verbis*, claramente justiniana, tampoco existe acuerdo sobre el alcance de los cambios que los interpoladores realizaron en este fragmento. Mientras Zamorani⁽¹⁵⁾ sólo considera genuina la frase *itaque cum quid precario rogatum est, hoc interdicto uti possamus*, Pringsheim⁽¹⁶⁾ considera clásica la alusión a la *naturalis aequitas*, y Archi⁽¹⁷⁾, admitiendo las investigaciones del anterior, cree que es un intento de los compiladores para clasificar todas las instituciones que, sin ser *donatio* en sentido estricto, entran dentro del gran género de las *liberalitate*.

De cualquier forma, y aún admitiendo todos los retoques justinianos, siempre quedaría como válida la posibilidad de interponer el interdicto, y por lo tanto de revocar, cuando se había realizado una concesión en precario. Esto además viene confirmado en el texto de Celso, al que también aludíamos:

D. 43,26,12,pr. (lb. 25 dig.): Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

(15) ZAMORANI, *Precario*, cit., pág. 201.

(16) PRINGSHEIM, *Liberalitas*, cit., pág. 661ss.

(17) ARCHI, *La donatio*, cit., pág. 7.

La mayoría de los autores⁽¹⁸⁾ no se han planteado dudas ni sobre la coincidencia de la solución clásica con la justiniana⁽¹⁹⁾, aunque tal vez la justificación no fuese la misma, ni sobre la propia solución; en ésta se le denegaba la excepción al precarista cuando antes de la fecha convenida - se entregó algo en precario y se acordó que se poseyese hasta un cierto término- se le quería privar del objeto recibido. Esta decisión era la que apoyaba el jurista porque, según afirmaba, de nada valía ese convenio para poseer una cosa ajena contra la voluntad de su propietario. Por lo tanto si se fijaba un término éste no vinculaba al concedente y únicamente se podía tener en cuenta como plazo máximo para el concesionario.

Queda ratificado de esta forma que las dos características que señalamos al principio como propias de la relación de precario, concesión gratuita y revocación cuando lo desease el concedente, se encontraban recogidas en diversos textos y conformaban su naturaleza.

3.- Remedios procesales

Veamos ahora para definir con toda claridad sus notas esenciales, como ya advertimos con anterioridad, cuales fueron sus efectos procesales.

Cuando se trata la protección en el precario se suele hacer hincapié en la protección del concedente o, lo que es equivalente, los medios que tenía éste para recuperar la cosa entregada pero no debemos olvidar que el precarista también fue protegido. Aunque su derecho a la cosa siempre cediese frente al *precario dans*, podía defenderla frente a terceros; las circunstancias y los medios de protección tanto del *precario accipiens* como del *precario dans* es necesario examinarlos en relación con un problema que ha sido tratado extensamente por los romanistas⁽²⁰⁾, el tipo de posesión ambos tenían.

En relación con la concesión en precario de una cosa, ante todo hemos de partir de la premisa que presenta Silva⁽²¹⁾ para defender que en época clásica el precarista era poseedor, siempre que la cosa recibida fuera apta para la posesión lo que, considerado en sentido estricto, no ocurría en caso de precario de derechos en el que en realidad se concedía el ejercicio del contenido del mismo⁽²²⁾.

Aceptamos además aquellos argumentos que llevan a reconocer esta posesión desde el momento en que el precario fue contemplado en la cláusula de posesión viciosa⁽²³⁾; en época justiniana, sin embargo, al acercarse el precario a los contratos el precarista, pasó a tener la simple detentación.

(18) *Index interpolationum ad h.l.*: ALBERTARIO, en "B.I.D.R.", vol. XL, (1.942), señaló como compilatoria la frase final.

(19) *Index interpolationum ad h.l.*

(20) SCIALOJA, *Il precarium*, cit., págs. 35 ss.; CIAPESSONI, *Il precarista detentore*, en *Atti del I Congresso di studi romani II*, Roma 1.929, págs. 199 ss.; SILVA, *Precario*, cit. págs. 250 ss.; TONDO, *Pignus et precario*, en "LABEO" V,2 (1.959), págs. 164 ss.; ZAMORANI, *Precario*, cit. pág. 204 ss.

(21) SILVA, *Precario*, cit., pág. 250.

(22) GARCIA VÁZQUEZ, *Precario usus iuris* en "B.I.D.R." vol. XCIV, Roma, 1.991.

(23) Aparece citada por primera vez en Terencio (Eunuch. 319), en el año 161 a.C.

La concepción justiniana, si bien en ocasiones se puede considerar confusa en el Digesto que recogió opiniones clásicas que a veces ya no eran aplicables, se expuso de manera no dudosa en el Código donde en una Constitución del 484 se citaba a los que detentaban en precario la posesión de una cosa ajena:

C. 4,65,33. Imp. Zeno A. Sebastiano pp. (484): Conductores rerum alienarum seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur.

Existen otros textos en el mismo sentido⁽²⁴⁾, viniendo además esta nueva consideración confirmada por las Basílicas⁽²⁵⁾, aunque es cierto que algunos de estos textos planteaban dudas que ya tuvieron los clásicos, así Paulo, después de advertir que se podía poseer una cosa por más de una causa⁽²⁶⁾, afirmaba:

D.41,2,3,5 (lb. 54 ad ed.): Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dedit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam et tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Consideraba así el jurista que varias personas no podían poseer una misma cosa por entero cada una de ellas, aunque el argumento aducido, que estaba contra la naturaleza el que, teniendo un sujeto una cosa, se entendiese que también la tenía otro, se ha considerado que no es original⁽²⁷⁾.

(24) *C. 7,39,2. Imp. Valentinianus et Valens AA. ad Volusianum pp. (365): Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa deferitur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt, eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem...*

C. 8,4,10. Imp. Zeno A. Sebastiano pp. (477): Non ab re est, quemadmodum possessionis alienae invasores tam vetus quam praesens sacra constitutio cesuit puniendas, nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus adlegatio competeret, duxerint resistendum, et non protinus, id est non expectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque iubemus pro tanta sua iniquitatis impudentia, si cognitionis iudicialia eventu fuerint condemnati, rei, cuius possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli.

(25) 58,24,17; 50,2,36; 50,3,31.

(26) *D. 41,2,3,4 (Paulus, lb. 54 ad ed.): Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant et eum, qui usuceperit et pro emptore, et pro suo possidere: sic enim et si ei, qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem et pro emptore et pro herede possideo; nec enim sicut dominium non potest nisi ex causa contingere, ita et possidere ex una dumtaxat causa possumus.*

(27) *Index interpolationum ad h. l.*

Expuso después una opinión de Sabino, que aprobaba Trebacio, según la cual el que entregaba una cosa en precario poseía él y el que recibió en precario, ya que si bien dos no podían poseer injusta o justamente, en cambio era posible que uno pudiese hacerlo justa y otro injustamente; según continuaba el mismo Paulo esto lo censuraba Labeón considerando que, en último término, a efectos de la posesión, no existía gran diferencia entre poseer justa o injustamente. Tomaba partido por esta última opinión basándola en que no podían tener dos personas la misma posesión a la vez como tampoco podía decirse que "tu estas pisando el mismo lugar que yo piso, o que tú estás sentado donde yo estoy sentado".

Este es un texto que más que dudas sobre el tipo de posesión que tenía el precarista presentaba el caso de la doble posesión, además de que, desde un punto de vista práctico, se buscaba justificar la admisión, a veces, de la usucapión realizada por un no poseedor. No se podía negar la posesión del acreedor pignoraticio, ya que era su única garantía y para evitar que el deudor quedase impedido de usucapir el bien que había entregado, y que anteriormente venía ya poseyendo *ad usucapionem*, se acudió a la teoría de que cada uno tenía un tipo de posesión.

Así pues el precarista, como poseedor, venía protegido frente a terceros por todos los interdictos posesorios, habiéndose incluso considerado que éstos nacieron para proteger a los primeros *possessores del ager publicus*⁽²⁸⁾ que, según algunos autores, eran a su vez los precaristas originarios. El *precario dans* no se vió afectado por dichos interdictos porque vendría amparado por la cláusula de posesión viciosa *-nec precario-*, siempre que ésta constase en la redacción del interdicto, de acuerdo con un principio general que se encontraba en las Sentencias de Paulo 5,6,6 del que se deduce que competían al precarista todos los interdictos en los que la citada excepción se encontrase:

Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur.

En los supuestos más importantes esta protección interdictal del precarista, implícita en la citada cláusula, viene además confirmada por algunos textos de los que algunos no han suscitado sospecha alguna de haber sido manipulados⁽²⁹⁾ por los compiladores; en otros⁽³⁰⁾ los cambios que se habrían producido no afectarían al contenido esencial de los mismos. Esto ocurre tanto en el caso del interdicto *Uti possidetis*, como en el *utrubi* o en el *unde vi*.

Mediante el primero el pretor prohibía que se impidiese por la violencia a quien poseía un inmueble, sin violencia, ni clandestinidad, ni en precario frente al adversario, que siguiese poseyendo:

D. 43,17,1,pr. (*Ulpianus, lb. 69 ad ed.*): *Uti eas eades, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.*

Pomponio⁽³¹⁾ confirma, sin lugar a dudas, la posibilidad de interposición que tenía el precarista frente a todos, excepto el *precario dans*, pues éste, como ya hemos

(28) PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, Valladolid 1.942, pág. 341.

(29) No son citados en el *Index interpolationum ad h. l.* ni por autores posteriores:

(30) *Index interpolationum ad h. l.*

(31) D. 43,26,17 (*Pomponius, lb. 23 ad Sab.*): *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.*

señalado, quedaba protegido por la cláusula *vitiosae possessionis* que el interdicto contenía.

En el segundo de los interdictos citados, el *utrubi*, el pretor deseaba proteger la posesión de bienes muebles, y prohibía que se impidiese con violencia que se llevase la cosa de que se trataba aquel de los dos que la había tenido en su poder la mayor parte del presente año, *nec vi, nec clam, nec precario*, aunque esta última frase ha sido puesta en duda⁽³²⁾.

D. 43,31,1,pr. (Ulpianus, lb. 72 ad ed.): Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is sum ducam, vim fieri veto.

El mismo Ulpiano, que trasmite su fórmula, lo equiparaba al *uti possidetis* y, como ocurría en éste, no se iba a admitir su interposición si se poseía viciosamente frente al adversario⁽³³⁾:

La posibilidad de su utilización por el precarista va a ser confirmada en este caso por Gayo quién vuelve a advertir que se concedería siempre que su interposición no se llevase a cabo frente a quien había concedido el precario⁽³⁴⁾.

El último de los interdictos que citamos fue el *Unde vi* que se daba para el caso de la expulsión mediante la violencia de un bien inmueble, ya que en el caso de una cosa mueble competía la acción de hurto⁽³⁵⁾.

Así se establecía en la fórmula edictal recogida por Ulpiano, en la que el pretor ordenaba que se restituyese al demandante en el fundo de donde se le había expulsado violentamente, lo mismo si la violencia fue ejercida por la persona contra la que se reclama o por su servidumbre, y en todo en lo que en ese momento él tenía allí:

D. 43,16,1,pr. (Ulpianus, lb. 69 ad ed.): Praetor ait: "Unde tu illum v' deieicisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iucium dabo".

La existencia de la citada cláusula o excepción de posesión viciosa, en los supuestos amparados por el interdicto, viene también en esta ocasión confirmada por Gayo en sus Instituciones, 4,154:

...si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario ab eo possideret: namque eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio.

(32) *Index interpolationum ad h.l.*

(33) *D. 43,31,1,1 (Ulpianus, lb. 72 ad ed.): Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet: sed optinuit vim eius exaequatam fuisse uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui ne vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.*

(34) *I. Gaius 4,150: Et si quidem de fundo vel aedibus interdicatur, eum potiorum esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ad adversario possideat; ique satis ipsis verbis interdictorum significatur.*

(35) *D. 43,16,1,6 (Ulpianus, lb. 69 ad ed.): Illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi. plane si quae sint in fundo vel in aedibus, unde quis deiectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum.*

Aunque, como hemos comprobado, lo normal era que el precarista no tuviese protección frente al concedente del precario existió un único supuesto en que la pretensión del precarista prevalecería incluso frente al *precario dans*, es el contemplado en el interdicto de *vi armata*, presentado por Pomponio en un texto no sospechoso:

D. 43,16,14 (Pomponius, lb. 29 ad Sab.): *Sed si vi armata deiectus es, sicut ipsum fundum recipis, etiamsi vi, aut clam, aut precario cum possideres, ita res quoque mobiles omnimodo recipies.*

En este caso, cuando alguien había sido expulsado por la violencia de las armas, recuperaría en todo caso las cosas muebles, aunque poseyera por violencia, clandestinamente o en precario, así como también recuperaría el fundo. Respondía esta disposición a la idea de rechazo de la violencia por las armas en cualquier caso, que hacía que incluso lo pudiese interponer el liberto contra su patrono⁽³⁶⁾ y que se concediese no solo al poseedor sino al mero detentador que no podía interponer cualquier otro interdicto.

Independientemente de éstos existieron otros interdictos, que no se pueden calificar de posesorios, en cuanto la posesión sólo se admitía sobre las cosas y no sobre los derechos, y que sin embargo contenían la citada cláusula *nec vi, nec clam nec precario*, lo que parece lógico si se considera que el ejercicio de ciertos derechos podían ser objeto de concesión precaria⁽³⁷⁾.

Se concedió protección interdictal, incluso en un momento en que no era plenamente admitida la *possessio iuris*, a los precaristas que estaban disfrutando del contenido de un derecho en las mismas condiciones que si hubiese sido un objeto. Son interdictos de carácter prohibitorio que protegían a aquellas persona que hubiesen llevado a cabo una determinada actividad durante el último año, siempre que por supuesto la hubieran realizado *nec vi nec clam nec precario*.

De acuerdo con el Edicto, encontramos en primer lugar el interdicto *Si uti frui prohibitus esse dicatur*, para el caso de que se prohibiese el usufructo de un fundo, tal como se venía disfrutando⁽³⁸⁾:

Quo fundo in hoc anno tu illum uti frui prohibuisti aut familia tua prohibuit, cum ille nec vi nec clam nec precario a te uteretur fruere, eo...restituas.

Otro derecho real, el *de superficiebus*, era así mismo contemplado en un fragmento recogido de Ulpiano en el que, aunque se le han achacado múltiples interpolaciones⁽³⁹⁾, se reconoce como clásica la idea central, que se protegería mediante interdicto a quien estaba disfrutando de una superficie sin violencia, clandestinidad o precario:

(36) D. 43,16,1,43 (Ulpianus, lb. 69 ad ed.): *Interdictum hoc quia atrocitatem facinoris in se habet, quasi-tum est, an liberto in patronum vel liberis adversus parentes competit. et verius est nec liberto in patronum nec in parentes liberis dandum esse meliusque erit in factum actionem his competere. aliter atque si vi armata usus sit adversus libertum patronus vel adversus liberos patris: nam hic interdictum competit.*

(37) GARCIA VÁZQUEZ, *Precario usus iuris*, cit.

(38) LENEL, *Edictum Perpetuum*, Darmstadt 1.985, pág. 468.

(39) *Index interpolationum ad h.l.*

D. 43,18,1,pr. (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): *Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario altero ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.*

El ejercicio de determinadas servidumbres, tanto de paso como de agua, se consideró igualmente merecedor de protección interdictal lo que queda recogido en una serie de textos en los que los cambios justinianeos⁽⁴⁰⁾ en nada afectarían a sus contenidos esenciales. Diversas servidumbres de paso constituían el objeto del interdicto *de itinere actus privato*, recogido en un texto en el que *privato* y *vel via* no se consideran clásicos⁽⁴¹⁾:

D. 43,19,1,pr. (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): *Praetor ait: Quo itinere actus privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.*

En el caso de que se hubiese traído agua el último año sin violencia o clandestinidad, o en precario, competía el interdicto *de aqua cottidiana et aestiva*, para que no se le impidiese por la violencia que pudiese seguir haciéndolo como hasta entonces:

D. 43,22,1,pr. (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): *Ait praetor: Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.*

Este último supuesto, de acuerdo con el título y el contenido del Digesto, se refería tanto a la utilización del agua diaria como estival en cuyo caso se prohibía que se le impidiese por la violencia traerla como el verano anterior, sin violencia o clandestinidad o en precario, respecto a la otra parte⁽⁴²⁾.

En dos casos muy relacionados con los anteriores se concedió el interdicto *de rivis*, ya que si bien aquéllos se referían a la traída de aguas, éste prohibía que se le impidiese por la violencia el limpiar o reparar las acequias y canales:

D. 43,21,1,pr. (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): *Praetor ait: Rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto.*

Se iba a aplicar tanto si existía una servidumbre como si, aún en ausencia de ésta, se hubiese permitido el verano anterior sacar el agua en precario⁽⁴³⁾.

Como ocurría en el interdicto destinado a la utilización de aguas vivas, más de un supuesto se contemplaba en el *de fonte*, y también aquí el primero de ellos se refería al contenido de una servidumbre, así mismo de aguas, en este caso sacar agua de una fuente o llevar el ganado a abrevar:

(40) *Index interpolationum ad h.l.*

(41) *Index interpolationum ad h.l.*

(42) D. 43,20,1,29. (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): *Deinde ait praetor: Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto. inter heredes emptores et bonorum possessores interdicam.*

(43) D. 43,21,1,9 (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): *Hoc interdictum competit etiam ei, qui ius aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate aut eodem anno aquam duxerit, cum sufficiat non vi non clam non precario duxisse.*

D. 43,22,1.pr. (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): Praetor ait: Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri vero. de lacu puteo piscina item interdicam.

E igualmente, en el segundo, el pretor tendía a asegurar las condiciones necesarias para su ejercicio, prohibiendo que se impidiese la limpieza de las fuentes o la realización de las reparaciones necesarias:

D. 43,22,1,6 (Ulpianus, lb. 70 ad ed.): Deinde ait praetor: Quo minus fontem quo de agitur purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto

Se puede concluir por lo tanto que el precarista, frente a terceros, tenía la tutela interdictal, tanto si estaba utilizando una cosa en precario como realizando una actividad que pudiese ser considerada contenido de un derecho real. Sin embargo le era imposible oponerse a la voluntad del concedente que quisiese finalizar la relación de precario, con la excepción de aquel supuesto en que éste se valiese de la fuerza de las armas.

En relación al *precario dans*, no hay duda que tuvo en cuanto a tal, independientemente de los que pudiera tener como propietario si lo era, diversos medios de protección, la cláusula o *exceptio nec vi, nec clam, nec precario*, el interdicto de precario, y la *actio praescriptis verbis*. No tuvieron un origen unitario pero tampoco se fueron excluyendo, de tal manera que en época justiniana todos tenían vigencia y podían ser utilizados; de los tres la *actio* fue la última reconocida pero en cuanto al orden de concesión de los otros dos recursos existen opiniones diversas.

Nos adherimos a la opinión de los autores que defienden la precedencia de la cláusula *nec vi, nec clam, nec precario*, frente al interdicto entre ellos Zamorani que ha realizado un detallado estudio sobre el tema⁽⁴⁴⁾, cuyos resultados son aceptados por Marone⁽⁴⁵⁾, tan crítico con otras teorías del primero.

Parte el autor citado de la base de que ningún texto permite precisar la cronología exacta ni tampoco ésta ha interesado mucho a los estudiosos; sólo Scialoja⁽⁴⁶⁾ y Rotondi⁽⁴⁷⁾ habían afrontado la cuestión para opinar ambos que no había medios suficientes para llegar a una decisión válida. Sin embargo el autor que comentamos opina que se pueden sacar ciertas conclusiones de una deducción lógico-procesal que resumimos de la siguientes forma:

1.- Si el interdicto de precario hubiese existido antes de la inserción de la *cláusula vitii* en los interdictos posesorios se hubiesen dado coetáneamente dos situaciones igualmente protegidos, la de precario mediante su interdicto y la posesión del precarista con el interdicto *uti possidetis*.

2.- Se ha defendido que en el momento de la concesión del interdicto estaba reconocida la citada cláusula pero sin la mención del precario; pero si esto hubiese

(44) ZAMORANI, *Precario*, cit., págs. 28-4.

(45) MARONE, *Precario habere*, cit., pág. 204 ss.

(46) SCIALOJA, *Il possesso el precarista*, cit., pág. 342.

(47) ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur* en BIDR 30 (1.921) pág. 10 ss = *Studi di diritto romano* III, Pavía 1.922 pág. 104 ss., pág. 123, nt. 1.

ocurrido el precarista que no devuelve la cosa a requerimientos del concedente convertiría su posesión en *vi o clam*, lo que viene impedido tanto de una manera general⁽⁴⁸⁾ como para el precario especialmente⁽⁴⁹⁾.

3.- Si se opina que la mención del precario entre los vicios posesorios no fue necesaria originariamente porque el precarista no era poseedor y por tanto no podía interponer los interdictos posesorios habría que concluir que se hace innecesario incluso el interdicto de precario pues el concedente habría podido recurrir a los posesorios.

Por ello, Zamorani concluye, y estamos conforme con él, que si el precarista era poseedor el interdicto de precario tenía que presuponer la existencia de la *clausula viti* con la mención del precario, si no hubiese sido poseedor tanto uno como otras serían innecesarias.

Así pues la mencionada cláusula precedería al interdicto que por otra parte sólo pudo existir en una fase del derecho en la que la orden del pretor pudiese imponer no únicamente una mera prohibición sino un mandato positivo de restitución.

La naturaleza del interdicto *de precario* también ha sido cuestionada; ha sido clasificado en diversas ocasiones entre los interdictos de recuperar la posesión, sin embargo ya Ihering⁽⁵⁰⁾ se había opuesto a ello aduciendo que en las fuentes nunca viene designado como tal y que además no tenía en sus puntos más esenciales el carácter de recuperatorio, así no suponía la posesión en manos del demandado y se le podía oponer la excepción de propiedad.

En unos fragmentos no sospechosos de Ulpiano se reconocía con carácter perpetuo, a la persona que quería revocar el precario concedido⁽⁵¹⁾ quedando el precarista obligado a restituir la cosa, abonando los frutos desde el momento de la petición del interdicto⁽⁵²⁾ aunque se ha puesto en duda que desde ese momento se diese en época clásica un aumento de la responsabilidad⁽⁵³⁾. El actor no tenía que ser el propietario, ya que no se exigía esta cualidad para ser *precario dans*, pudiendo utilizarlo también su heredero así como se interponía contra el heredero del concesionario⁽⁵⁴⁾.

(48) D. 41,2,3,19 (Paulus lb. 54 ad ed.): *Illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.*

(49) D. 43,26,6,3 (Ulpianus, lb. 71 ad ed.): *Iulianus ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate eius quem deiecit coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere.*

(50) IHERING, *Espíritu del Derecho Romano*. IV, pág. 642.

(51) D. 43,26,8,7 (Ulpianus lb. 71 ad ed.): *Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit eoque iure utimur: cum enim nonnumquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum.*

(52) D. 43,26,8,4 (Ulpianus, lb. 71 ad ed.): *Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est: ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur.*

(53) D. 43,26,8,6 (Ulpianus, lb. 71 ad ed.): *Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum "et culpam latam" dumtaxat, cetera non venire. "plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere".*

(54) D. 47,2,14,11 (Ulpianus, lb. 29 ad Sab.): *Is qui precarium servum rogaverat subrepto eo potest quasi ab habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio "quia simile donato precarium est" ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane pos interdictum reditum puto eum etiam culpam praestara et ideo et furti agere posse.*

Era pues un interdicto que, si bien tendía a conseguir una posesión, no se puede decir que buscase su restitución pues a veces ésta nunca la había tenido la persona que la pretendía por lo que no debe clasificarse entre los *recuperandae possessionis*.

Las transformaciones realizadas en época justiniana produjeron una aproximación del precario a la categoría de los contratos, lo que llevó a una serie de contradicciones entre textos que sufrieron diverso tipo de interpolaciones.

Mientras en unos— como D. 47,2,14,11⁽⁵⁵⁾— se le niega una *actio civilis*, en otros—por ejemplo, D. 43,26,2,2⁽⁵⁶⁾— se le concede la *actio praescriptis verbis*. Esta acción había tenido origen cuando los antiguos contratos, típicos y de número limitado, fueron sustituidos por una categoría, basada en la *conventio*, en la que se consideraba que existía contrato siempre que mediante un acuerdo de voluntades se constituyese un vínculo, y en la que ya no se iba a exigir la existencia de una *actio* determinada para el reconocimiento de una *obligatio*, sino que cuando las partes estuviesen conformes en el nacimiento de la misma, si no tenía una reconocida, se le concedería siempre la misma, la *praescriptis verbis*.

El precario se integró así en la nueva categoría de los contratos innominados, adquiriendo un carácter de relación obligatoria, que vemos reflejada en los textos interpolados⁽⁵⁷⁾, frente a la antigua concepción de una relación de hecho en la que se protegía mediante interdictos una situación posesoria o cuasi-posesoria.

-
- (55) D. 47,2,14,11 (Ulpianus, lb. 29 ad Sab.): *Is qui precarium servum rogaverat subrepto eo potest quari ab habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio "quia simile donato precarium est" ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane pos interdictum reditum puto eum etiam culpam praestara et ideo et furti agere posse.*
- (56) D. 43,26,2,2 (Ulpianus, lb. 71 ad ed.): *Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.*
- (57) D. 50,17,23,pr. (Ulpianus, lb. 29 ad Sab.): *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium... cit. pág. 124.*