

Trabajo Fin de Grado

El precario: del Derecho romano
al Derecho actual

The precarious: from Roman Law
to Current Law

Autor

Eduardo Herrero Casajús

Directora

Dra. D^a. María Victoria Sesma Urzaiz.

Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza.
Curso 2018/2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
I- INTRODUCCIÓN	5
1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO	5
2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	6
3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	6
II- EL PRECARIO EN EL DERECHO ROMANO	
1- ORIGEN.....	7
2- DERECHO PRECLÁSICO	8
3- DERECHO CLÁSICO.....	9
3.1- Concepto y naturaleza	9
3.2- Objeto	10
3.3- Sujetos	11
3.3.1- <i>Precario dans</i> o concedente	11
A) Derechos del concedente	11
B) Deberes del concedente	12
3.3.2- <i>Precario accipiens</i> o precarista	12
A) Derechos del precarista	13
B) Obligaciones del precarista	13
4- DERECHO POSTCLÁSICO Y JUSTINIANO	15
5- DIFERENCIAS ENTRE EL PRECARIO Y FIGURAS AFINES	15
III- EL PRECARIO EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL	16
1- DERECHO MEDIEVAL	16
1.1 - Derecho canónico	16
1.2 - El precario en los cuerpos legales de esta época	17
2- DERECHO MODERNO	18

IV- EL PRECARIO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.....	20
1- CONCEPTO DEL PRECARIO EN LA DOCTRINA	23
1.1- El precario como contrato	23
1.1.1- El precario como variedad del comodato.....	23
1.1.2- El precario como contrato autónomo	24
1.2- El precario como una situación posesoria	25
2- CONCEPTO DEL PRECARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO	25
3- CARACTERES DEL PRECARIO	28
3.1- Situación posesoria.....	28
3.2- Inexistencia de pago de merced	30
3.3- Revocabilidad.....	30
4- ELEMENTOS DEL PRECARIO	31
4.1- Sujetos	31
4.2- Objeto	33
4.3- Forma	33
V- CESIÓN GRATUITA DEL USO DE LA VIVIENDA EN LAS RELACIONES FAMILIARES, ¿COMODATO O PRECARIO?.....	33
1- LA VACILANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.....	34
2- LA DOCTRINA FIJADA POR LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE DICIEMBRE DE 2005	36
VI- CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	42

ABREVIATURAS

a. = año.

a. C. = antes de Cristo.

art. = artículo.

C. = Código de Justiniano.

CC = Código Civil.

D. = Digesto de Justiniano.

d. C. = después de Cristo.

Gayo = Instituciones de Gayo (cuando no va seguido de cita del Digesto).

I. = Instituciones de Justiniano.

LH= Ley Hipotecaria.

Nov. = Novelas de Justiniano.

párr. = párrafo.

pr. = *principium*.

TS = Tribunal Supremo

I- INTRODUCCIÓN

1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

Este trabajo tiene por objeto el estudio del precario y su evolución desde el Derecho romano hasta el Derecho actual. Nos proponemos mostrar las líneas generales de la evolución histórico-jurídica de esta figura, que tuvo su origen en el Derecho romano y que, en nuestro ordenamiento jurídico actual, por falta de regulación sustantiva, presenta no pocas dificultades para su configuración jurídica. La comprensión de este proceso histórico puede resultar de interés para enfocar los problemas jurídicos que presenta esta figura en la actualidad.

Como punto de partida, vamos a estudiar el tratamiento que recibió el precario en el Derecho romano, con especial y obligada referencia a sus distintas fases: su origen en la antiquísima institución de la clientela; la influencia del Derecho pretorio en el aspecto procesal en la etapa preclásica; su desarrollo como institución jurídica en la etapa clásica y su decadencia en la etapa postclásica y justiniana. A continuación, repasamos brevemente nuestro Derecho histórico: la posible recepción del precario romano en la denominada *precaria* del Derecho canónico y su desaparición en las Partidas de Alfonso X El Sabio, que no recogen ninguna referencia a la figura del precario. En la parte central del trabajo, nos ocupamos del concepto, caracteres y elementos del precario en nuestro Derecho actual: el Código Civil de 1889, actualmente en vigor, que no dedica un solo artículo a regular esta institución, si bien la mayor parte de la doctrina encuentra una reminiscencia en el art. 1750 CC, en contraste con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que establece un cauce procesal, el juicio verbal, para recuperar la posesión de una finca cedida en precario (art. 250.1.2 LEC). Por último, nos ha parecido interesante hacer una breve referencia a una situación que se viene planteando con bastante frecuencia en los últimos años y en la que la figura del precario se muestra de candente actualidad: la cesión gratuita del uso de la vivienda en las relaciones familiares.

Dado que en nuestro Derecho no existe un concepto legal de precario y que su elaboración se debe, fundamentalmente, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos parece necesario advertir que no vamos a llevar a cabo un análisis exhaustivo de la

doctrina jurisprudencial, ya que excede del objeto de este trabajo y que ya ha sido abordado en excelentes monografías y trabajos de investigación.

2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

De entre los diversos temas que la directora me sugirió para la realización del Trabajo de Fin de Grado, fue el del estudio de la figura del precario el que me resultó más interesante ya que, además de su importancia en la actualidad, permite llevar a cabo un estudio histórico-jurídico, dado su origen en el Derecho romano.

Aunque el precario es una institución muy antigua, que se ha venido utilizando a lo largo de la historia para diferentes finalidades, no es una institución obsoleta y en estos tiempos que vivimos de crisis económica general vuelve a resurgir con candente actualidad. En la vida diaria se dan algunos supuestos que encajan en la figura del precario, entendido como cesión gratuita del uso generalmente de un bien inmueble revocable cuando lo desee el concedente y que, a veces, son fuente de litigios. El caso más frecuente, en la actualidad, es el de los padres, abuelos u otros familiares cercanos que, conscientes y preocupados por la dificultad que tienen los jóvenes (hijos y nietos) para acceder a una vivienda -y no solo a la propiedad, sino también al alquiler, dados los elevados precios y la precariedad del empleo juvenil- movidos por la generosidad y sin ningún ánimo de lucro, les ceden gratuitamente una vivienda familiar para que puedan independizarse.

3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

La figura del precario siempre ha suscitado la preocupación y el interés de la doctrina y ha sido objeto de exhaustivo estudio, lo que se ha plasmado en excelentes monografías y trabajos de investigación.

Dada la imposibilidad de abarcar toda la bibliografía existente sobre el tema, y teniendo en cuenta que se trata de un trabajo académico, hemos partido de la lectura y estudio del tratamiento que al precario se le da en algunos manuales fundamentales de Derecho romano y Derecho civil, y en los comentarios al Código civil. Además de esta bibliografía básica, hemos seguido muy de cerca algunos trabajos de investigación y monografías imprescindibles sobre el precario, entre otras, fundamentalmente la de Guadalupe CANO MORIANO.

Por lo que se refiere al Derecho romano, hemos utilizado traducciones de algunos fragmentos: de los juristas clásicos recogidos en el Digesto de Justiniano, fundamentalmente la versión castellana de Álvaro D'ORS y otros romanistas en el Digesto de Aranzadi. Esto nos ha permitido tomar contacto con el método casuístico de la jurisprudencia romana y con la minuciosidad y complejidad de sus decisiones en muchas cuestiones controvertidas, que todavía se siguen planteando en la actualidad. .

Por último, hemos recogido todo este material en el trabajo que presentamos, intentando trazar una panorámica general del largo camino recorrido por esta figura jurídica, desde el Derecho romano hasta el Derecho actual, centrandó nuestro interés en poner de relieve que las notas tradicionalmente caracterizadoras del precario perviven en nuestros días.

II- EL PRECARIO EN EL DERECHO ROMANO

1- ORIGEN

El origen del precario es muy remoto y quizá se encuentre, como se destaca en doctrina¹, en la antigua sociedad romana y en las especiales relaciones que se dan entre el patrono y sus clientes, y en las que aquél, “a ruegos” de éstos, les dejaba disfrutar de sus tierras o algunas otras cosas.

Se trata de una institución antiquísima, que no tiene al principio naturaleza jurídica. Era una situación de hecho, revocable en cualquier momento en que el dueño de la cosa quisiera que cesase.

¹ Vid. ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vol. II, Madrid, 1991, pp. 607 s.; PANERO, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 597 s.- Para una exposición mucho más detallada de las diversas teorías propuestas sobre el posible origen del precario, vid. MARTÍN-RETORTILLO, C., *El precario en el Derecho civil español*, M. Aguilar editor, Madrid, 1948, pp. 15 ss.; IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, en *Información Jurídica*, nº 72, mayo, 1949, pp. 773 ss.; MORENO MOCHOLI, M., *El precario*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1976, pp. 33 ss.; CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 23 ss.

Dada la naturaleza de la clientela y del patronato de los primeros tiempos, la relación entre el patrono y el cliente o liberto no generaba contrato alguno, pues es sabido que el cliente y el liberto carecían de personalidad frente a su patrono. Por este motivo, no engendraba una situación jurídica contractual, sino que se limitaba a crear una situación de favor, de tolerancia, que por las *preces* del cliente o liberto, de una manera graciosa consentía el patrono, y como tal favor podía dar por terminado, limitando así la concesión que había hecho para que el cliente o liberto disfrutase el predio en cuestión.

De todas formas, como atinadamente advierte el profesor ARIAS RAMOS: “la importancia económico-social y la utilización como resorte de influencia política de esta institución, calificada de enigma por Savigny, debieron de ser muy grandes”². De ahí que el precario fuese utilizado como instrumento en el predominio político-social por los patronos que, sin obligación jurídica alguna y solo por mera generosidad o largueza, dejaban a sus clientes el uso de terrenos o de otras cosas que, si ciertamente no les producían compensación económica alguna, les aseguraban la fidelidad de sus clientes o, al menos, el agradecimiento y correspondencia de los beneficiados con el uso temporal y contingente que permitían llevasen a cabo los precaristas³.

Con las mismas características se dieron después casos de precario fuera de las relaciones entre patronos y clientes. Ante el derecho, el precarista era para el concedente como un extraño cualquiera, contra el cual podría ejercitar libremente las acciones que le correspondía como dueño de la cosa. Es curioso observar que, en esta primera fase, el concedente no tenía acción civil para rescatar el predio cuando declaraba terminado el disfrute del mismo y el concesionario se negaba a la restitución del predio. De esto se desprende, con claridad, que originariamente el precario era una mera situación de hecho sin contenido jurídico alguno.

2- DERECHO PRECLÁSICO

El precario, en este momento histórico, conserva la esencia y características del Derecho primitivo, destacándose la influencia del derecho pretorio en el aspecto procesal. El pretor, conociendo la importancia de esta figura y su peculiaridad posesoria así como su transcendencia económica, la dotó, en consecuencia, de defensas procesales: unas

² Cfr. ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano, cit.*, vol. II, p. 608, n. 494.

³ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, C., *El precario en el Derecho civil español, cit.*, p. 21.

establecidas particularmente para él, y otras por aplicación de la protección concedida al poseedor⁴.

Así, en el Derecho preclásico, el concedente, que no por fuerza tenía que ser dueño de la cosa, tuvo frente al precarista un interdicto especial: “de lo que por precario” *-quod precario-* de carácter restitutorio; y el precarista, frente a terceros, era amparado por el Pretor con interdictos posesorios, lo que comportaba que la inicial situación de hecho pasase a ser auténtica posesión *-possessio-* en sentido técnico *-ad interdicta-*⁵.

3- DERECHO CLÁSICO

Es en el Derecho clásico donde la figura del precario llegó a adquirir su más completo desarrollo, desfigurándose en tiempos de Justiniano.

El precario originario, reforzado con las defensas procesales establecidas a su favor por el derecho pretorio, fueron los elementos que los clásicos utilizaron en la creación formal de la figura que nos ocupa.

3.1- Concepto y naturaleza

La definición de precario del jurisconsulto Ulpiano aparece recogida en un fragmento del Digesto, que encabeza el Título XXVI del Libro XLIII (título relativo al precario) y que dice así:

D.43.26.1 *pr.* (*Ulp. 1 inst.*)

“Precario es lo que se concede en uso al que lo pide con ruegos y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente”

Por lo tanto, el precario *-precarium-* de *prex-precis* *-ruego-* es una figura consistente en que una persona *-concedente, precario dans-* entrega a otra *-precarista,*

⁴ MORENO MOCHOLI, M., *El precario, cit.*, pp. 69 ss.; CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, pp. 31 ss.

⁵ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 598.

precario accipiens- una cosa para que éste la use gratuitamente y la devuelva cuando el primero se la pida⁶.

En suma es: la concesión gratuita y revocable del uso de algo.

Como pone de relieve CANO MORIANO⁷, en el Derecho romano clásico, el precario no es un contrato, sino un acto de liberalidad que, provocado por el ruego, da lugar a una concesión, permiso o simple tolerancia que determina la situación posesoria que lo caracteriza.

El aspecto contractual queda excluido implícitamente por virtud de la frase que agrega el mismo Ulpiano a la definición de precario: “Clase de liberalidad ésta que proviene del derecho de gentes” (D.43.26.1.1, *Ulp. 1 inst*). Esta frase patentiza la unilateralidad de su constitución y la ausencia de obligaciones inherentes a la figura del precario.

El jurisconsulto Paulo, contemporáneo de Ulpiano, mantiene esta dirección y declara: “Ya que la condición del precario se parece más a las donaciones y a la causa de liberalidad que a la de un contrato” (D.43.26.14, *Paul. 13 Sab.*).

3.2- Objeto

En un principio fue cuestión muy debatida si el precario tenía por objeto solo cosas inmuebles o se extendía también a las cosas muebles.

El jurista Ulpiano sostuvo que se extendía también a las cosas muebles: “También se da el precario en cosas muebles” (D.43.26.4, *Ulp. 71 ed.*).

Por lo que se refiere a los derechos como objeto del precario, hay que resaltar que la situación de precario aplicada a las servidumbres se anticipó a la noción muy posterior de la cuasi posesión.

⁶ IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990, p. 430; PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 597.

⁷ Cfr. CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, p. 37.

Como sostiene IGLESIAS CUBRÍA⁸, hay que admitir la posibilidad de que en el Derecho clásico existiera precario sobre derechos reales sobre cosa ajena –*iura in re aliena*-. Esto se desprende, al menos, de los siguientes fragmentos de los juristas clásicos –Gayo y Pomponio, juristas de la época de Adriano, mediados del siglo II d.C.- en los que se admite que se pueden tener en precario servidumbres prediales rústicas y urbanas:

D.43.26.2.3 (*Ulp. 71 ed.*)

“Se entiende que tiene en precario el que está en posesión de una cosa o derecho a causa tan sólo de que solicitó y consiguió que se le dejara poseer o usar”.

D.43.26.3 (*Gai. 25 ed. prov*)

“Por ejemplo, si me hubieras solicitado en precario poder pasar tú o llevar ganado por mi fundo o verter sobre mi tejado o el solar de mi casa el agua de lluvia que cae de tu tejado, o empotrar una viga en mi pared”.

D.43.26.15.2 (*Pomp. 13 Sab.*)

“También podemos tener en precario lo que consiste en un derecho, como las servidumbres de apoyo y voladizo”.

3.3- Sujetos

3.3.1- *Precario dans* o concedente

A quien concede el uso o posesión de la cosa, se le llama “*precario dans*”.

La concesión, sea expresa o tácita, o la simple actitud de condescendencia o de tolerancia, no implica acto de disposición dominical, sino que es el poseedor quien realiza o permite la concesión, porque junto al poseedor propietario, también puede darse la concesión del poseedor no propietario. Para conceder bastará contar con la posesión de la cosa⁹.

⁸ IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, *loc. cit.*, pp. 791 s.

⁹ CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, p. 42.

A) Derechos del concedente

El concedente propietario tiene todas las facultades que integran el dominio, menos la de usar y disfrutar la cosa. Así puede recuperarla cuando quiera, gravarla, enajenarla; sin embargo, si el propietario vende la cosa dada en precario, subsiste éste en tanto en cuanto el nuevo adquirente no lo revoque¹⁰:

D.43.26.8.2 (Ulp. 71 ed.)

“Pero cabe preguntarse qué pasa cuando me has solicitado algo en precario y yo lo he enajenado: si dura el precario después de la enajenación. Es lo más cierto que, si el adquirente no lo revoca, puede ejercitar el interdicto como si hubieras recibido en precario de él y no de mí, y si tolera durante algún tiempo que tengas en precario de él, podrá ejercitar rectamente el interdicto como si hubieras recibido en precario de él”

B) Deberes del concedente

No se puede deducir que el concedente contrae deberes, ya que el ruego del precarista no tiene fuerza vinculante, y el propietario no se compromete a respetarle en el precario durante un tiempo determinado, ni siquiera en el supuesto de que se hubiere rogado hasta una fecha fijada de antemano, o que se hubiera convenido expresamente una duración prefijada, pues este pacto es nulo, y el precarista no puede paralizar las acciones o interdictos recuperatorios del propietario por medio de la excepción derivada de lo pactado¹¹; pues, como arguye agudamente Celso, es nula la fuerza de aquella convención, para que sea lícito poseer una cosa contra voluntad de su dueño:

D.43.26.12 pr. (Cels. 25 dig.)

“Cuando se da algo en precario y se conviene que el precarista posea hasta las calendas del mes de julio próximo, ¿acaso debe defendérsele con una excepción para que se le prive de la posesión antes de esta fecha? No, porque de nada vale ese convenio para poseer una cosa ajena contra la voluntad de su propietario”.

¹⁰ Cfr. IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, *loc. cit.*, p. 796.

¹¹ Cfr. IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, *loc. cit.*, p. 796.

3.3.2- *Precario accipiens* o precarista

El precarista es la persona sometida por algún vínculo político-social, primero, y, más estrictamente familiar, después, que obtiene el disfrute pleno de una cosa sin más limitaciones que la potestad revocatoria a favor del concedente. A pesar de que después la relación pasó al seno de lo jurídico-privado, se mantiene la idea de supeditación que le acompañará siempre. Pueden ser precaristas cuantos puedan ser considerados como poseedores¹².

A) Derechos del precarista

El precarista tiene no solo la facultad de usar, sino también la de disfrutar. Hace suyos los frutos y productos de la cosa. Pero esta regla sufre una excepción: Cuando la cosa objeto de precario es una esclava¹³, advierte Pomponio: “*Se entiende convenido que se tenga también en precario el hijo que nazca de ella*” (D.43.26.10, *Pomp. 5 Plaut.*).

Respecto a los gastos extraordinarios o mejoras que el precarista verifique en la cosa, y principalmente las inversiones suntuarias, por adorno o recreo, se admite a su favor el *ius tollendi*, o derecho a arrancarlas, siguiendo la doctrina general en esta materia, ya que por otra parte se ha reconocido al concedente la facultad de revocar el precario *ad libitum*, sin incurrir en responsabilidad por los daños que pueda causar al *precario rogans*, a menos que proceda dolosamente¹⁴.

B) Obligaciones del precarista

El principio general nace de la regla enunciada por Ulpiano con estas palabras: “*Ex hoc interdicto (de precario) restitui debet in pristinam causam*” (D.43.26.8.4, *Ulp. 71 ed.*).

¹² CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, cit., p. 42.

¹³ A diferencia de lo que ocurre con las crías de los animales que son considerados frutos, en el Derecho romano, los hijos de las esclavas no tienen la consideración de frutos. Sobre los diversos argumentos que aducen los jurisconsultos clásicos para justificar esta decisión de excluir el *partus ancillae* de la noción de fruto, vid. SESMA URZAIZ, M.V., *El principio “salva rerum substantia” en el usufructo en Derecho romano*, Kronos, Zaragoza, 1996, pp. 287 ss.

¹⁴ Cfr. IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, *loc. cit.*, p. 797.

Esta primordial obligación de devolver la cosa al concedente, cuando quiera que se la reclame, impone al precarista otras obligaciones sin cuyo cumplimiento no sería posible la devolución:

- a) Conservar la cosa con normal diligencia. A este propósito, advierte Ulpiano, que si el objeto de precario fuera una servidumbre que se pierde por el no uso, queda obligado el precarista frente al concedente solo si lo hizo con dolo (D.43.26.8.5, *Ulp. 71 ed.*).
- b) Indirectamente viene también obligado a satisfacer los gastos indispensables o necesarios para el uso y disfrute de la cosa, lo contrario llevaría a un estado que haría en ocasiones inservible el objeto, y no podría cumplir su fin¹⁵.
- c) El precarista responde del dolo en todo caso y de la culpa lata equiparable al dolo, pero no de la culpa leve, nota esta que le diferencia del comodatario, como se desprende del siguiente fragmento de Ulpiano:

D.43.26.8.3 (*Ulp. 71 ed.*)

“También ha querido el pretor que quede sujeto por el interdicto de precario el que dejó dolosamente de poseer. Obsérvese que el precarista no responde de su culpa, sino tan sólo del dolo, aunque el comodatario responde no sólo por el dolo, sino por su culpa. Con razón sólo responde del dolo el precarista, puesto que se trata de una liberalidad que le hace el concedente y ya es suficiente que responda del dolo. Sin embargo, se puede decir que entra también la culpa lata próxima al dolo”.

- d) Finalmente, después de expedido el interdicto, responde del dolo, culpa lata y de toda causa, porque cuando alguno incurre en mora en el precario, debe resarcir todo daño y perjuicio, por lo que desde aquel día restituye también todos los frutos o su valor¹⁶ (D.43.26.8.6, *Ulp. 71 ed.*).

¹⁵ Cfr. IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, *loc. cit.*, p. 798.

¹⁶ Cfr. IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, *loc. cit.*, p. 799.

4- DERECHO POSTCLÁSICO Y JUSTINIANO

Como acabamos de ver, la figura del precario alcanzó en el Derecho clásico un gran desarrollo, lo que no ocurre en las épocas postclásica y justiniana, consumando en las mismas su decadencia¹⁷.

El precario, en fin, se convierte en contrato cuando al concedente –además de las acciones que le competen como dueño- se le otorga una acción personal –*actio in personam*- contra el precarista, lo que se debió conceder en fase avanzada del derecho imperial. Con Justiniano aparece entre los contratos innominados y tutelado por *la actio praescriptis verbis*¹⁸.

A medida que el precario tomaba carácter obligatorio, se debilitaba la relación del precarista con la cosa: la posesión ya no fue considerada como inherente al precario, y se constituyó el precario atribuyendo al precarista también la simple detentación de la cosa, aunque manteniendo la protección interdictal. De esta forma, el precario se aproximó mucho al comodato, pero sin llegar a confundirse con él, como veremos a continuación.

5- DIFERENCIAS ENTRE EL PRECARIO Y FIGURAS AFINES

En cuanto a su naturaleza jurídica, el precario se debe distinguir de la donación y del comodato, figuras con las que guarda analogías¹⁹.

A) Respecto a la donación:

1ª.) La libre revocación del precario y por tanto su carácter temporal²⁰.

2ª.) El no ser *iusta causa traditionis* que posibilite la adquisición de la propiedad del objeto cuyo uso se cede. Circunstancias que no se dan en la donación.

¹⁷ MORENO MOCHOLI, M., *El precario*, cit., pp. 220 ss.; CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, cit., pp. 47 ss.

¹⁸ PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., pp. 598 s.

¹⁹ PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., pp. 598 s.

²⁰ D. 43.26.1.2 (*Ulp. 1 inst*): “*Se distingue de la donación en que el que dona da para no recibir nada y el que concede en precario da como para recibir tan pronto quiera poner fin al precario*”.

B) Mayores analogías presenta con el comodato ya que, a fin de cuentas, se trata de la cesión temporal y gratuita del uso de una cosa²¹. Sin embargo, también son hondas sus diferencias. Así se aprecian:

1ª.) En su naturaleza contractual, ya que el precario es un contrato innominado y el comodato es un contrato real.

2ª.) En la distinta situación del precarista y del comodatario, pues el precarista es autentico poseedor *-possessor ad interdicta-* y el comodatario es mero detentador o poseedor natural *-possessor naturalis-*.

3ª.) En el objeto, pues el precario además de sobre cosas corporales puede recaer sobre derechos.

4ª.) En el contenido, porque el uso de la cosa es más amplio en el precario pues es *in genere* y en el comodato está restringido en el modo, en el fin o en el tiempo.

5ª.) En la tutela jurídica del concedente y comodante, *actio praescriptis verbis* y *actio comodati*, respectivamente.

6ª.) En la extinción, ya que el precario es siempre revocable y no así el comodato.

III- EL PRECARIO EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

1- DERECHO MEDIEVAL

1.1- Derecho canónico

El precario fue una institución destacada en el Derecho canónico²². En el Derecho medieval, en ocasiones, los particulares donaban bienes a favor de la Iglesia, y ésta devolvía acto seguido a los donantes los bienes recibidos, acrecentados casi siempre con otros de su patrimonio, mediante el pago de cierto canon estipulado al efecto, o la prestación de ciertos servicios a condición de que, expirado el término convenido, volviesen los bienes al poder y dominio de la Iglesia. El conjunto de estas relaciones es lo

²¹ D. 43.26.1.30 (*Ulp. 1 inst*): “*Se parece al comodato, pues el que presta el uso de una cosa lo hace para que el que la reciba no adquiera la propiedad, sino para dejarle usar de la cosa comodada*”.

²² Sobre las aportaciones del Derecho canónico a esta institución, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO, C., *El precario en el Derecho civil español*, *cit.*, pp. 18 s.; MORENO MOCHOLI, M., *El precario*, *cit.*, pp. 260 ss.; CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, *cit.*, pp. 54 ss.

que se denominaba *precaria*²³. En muchas ocasiones, la Iglesia realizaba estas concesiones por su espontánea voluntad, para que los bienes fueran atendidos y las tierras cultivadas con mayor aprovechamiento, ya que tenía interés en conservar y aumentar su patrimonio, pero también lo tenía en extraer del mismo un rendimiento adecuado; ayudaba con tal beneficio a los concesionarios, pero sin dejar de percibir un canon con el que también se beneficiaba la cedente.

Entre las ventajas que se derivaban para el donante en esta clase de donaciones a favor de las instituciones eclesiásticas estaban: mayor protección ofrecida por los organismos de la Iglesia con respecto a las de los antiguos señores; mayor benignidad y comprensión en la exigencia de las obligaciones contraídas; dispensa de ciertas cargas y prestaciones personales, como la del servicio militar, y, principalmente, la exención de impuestos y demás tributos. En realidad, el canon que comúnmente se estipulaba no excedía del importe que el precarista hubiera satisfecho por concepto de tributos.

Las instituciones eclesiásticas, por su parte, se beneficiaban también con este régimen de donaciones y concesiones simultáneas, pues al constituir la *precaria* y devolver a los donantes las tierras recibidas, agregaban a ellas una cantidad mayor de las comprendidas en su patrimonio, dando movilidad, de esta forma, a sus propios bienes, sin que perdieran por ello su inalienabilidad. La Iglesia se desprendía temporalmente de los bienes que integraban la donación, pero una vez muerto el donante los recuperaba en pleno dominio; todo ello sin perjuicio de la facultad que le asistía para revocar la *precaria*²⁴.

En definitiva, como pone de relieve CANO MORIANO²⁵, por medio de la institución de la *precaria* eclesiástica, que sin duda debe sus orígenes al precario romano,

²³ Cfr. CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, cit., p. 54.- El documento en que se consignaba esta estipulación se denominaba *carta precaria*, de las cuales se encuentra gran abundancia en los antiguos cartularios. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, C., *El precario en el Derecho civil español*, cit., p. 19.

²⁴ Cfr. CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, cit., p. 55. Según esta autora, entre los distintos tipos de *precaria* más frecuentes –*data*, *oblata* y *remunerata*–, la *precaria data* era el verdadero precario, el que menos se apartaba de la tradición romana. Tiene su punto de arranque en la posesión territorial del *dominus*. Consiste en las concesiones de los bienes eclesiásticos para el goce de las tierras por cierto tiempo, extendiéndose a las vitalicias y hereditarias revocables (*op. cit.*, p. 56).

²⁵ Cfr. CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, cit., pp. 57 s.- Sobre las diversas opiniones de los canonistas a este respecto, hay quienes consideran la *precaria* como institución esencialmente distinta del precario, mientras que otros mantienen la tesis de que la *precaria* procede del precario, sin negar las particulares características que en la primera aparecen y que desvirtúan las peculiaridades del segundo, *vid.* MOCHOLI, M., *El precario*, cit., pp. 262 ss.

se mantiene éste, ampliamente desfigurado si tenemos en cuenta sus elementos originales, pero se mantiene a pesar de todo y en esencia a través de una dilatada época de la historia. Mientras perdura, bien transformado en precaria o asumiendo cualesquiera otras modalidades, se van cumpliendo sus fines específicos de profundo interés humano, con evidentes repercusiones en lo económico y social, de facilitar y extender el disfrute de las tierras acaparadas en unas pocas manos por razones históricas, entregándolas a quienes las necesitaban para que así pudiera cumplirse el objetivo fundamental de hacerlas producir

1.2- El precario en los cuerpos legales de esta época

En el Fuero Juzgo, el disfrute en precario, al hacerse la versión castellana, es tratado como situación arrendaticia. El Fuero Viejo de Castilla recoge las limitaciones en cuanto al tiempo de las defensas interdictales romanas, dando como plazo un año y un día. Esta solución, en cuanto al término, también es adoptada por el Fuero Real²⁶.

En las Partidas de Alfonso X El Sabio no se recoge ninguna referencia a la figura del precario, cuya decadencia era notoria en la época de su publicación; se desentendieron completamente, desapareciendo éste en el Derecho de Castilla. Las Partidas se ocupan únicamente y con mucho detalle del contrato de comodato²⁷. En P.5.2.1 se da una definición del comodato:

"Commodatum es vna manera de prestamo, que fazen los ornes vnos a otros, assi como de caualllos, o de otra cosa semejante, de que se debe aprouechar aquel que la rescibio, fasta tiempo cierto. E esto se entiende, quando lo faze por gracia, o por amor, non tomando aquel que lo da, porende, precio de loguero, nin de otra cosa ninguna. Commodatum quiere dezir, como cosa que es dada a pro de aquel que la rescibio".

Y en P.5.2.9 se ciñe su ámbito de aplicación al decir:

"Para seruicio cierto, o fasta tiempo señalado, rescibiendo alguno de otro, cauallo u otra cosa semejante, emprutados dezimos, que luego que el seruicio fuesse fecho o el tiempo sea cumplido, tenuto es de tornar a su señor..."

²⁶ Para una exposición más extensa y detallada del tratamiento del precario en estos cuerpos legales, vid. MORENO MOCHOLI, M., *El precario*, cit., pp. 272 ss.

²⁷ Sobre el comodato en Las Partidas, vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., "El comodato en Las Partidas", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 87 ss.

De este modo, en opinión de MORENO MOCHOLI: “Se prescinde acertadamente del supuesto por el cual no se señalare tiempo o servicio. No ocurre como en algunos de los códigos modernos, donde se adopta una solución intermedia, híbrida y desconcertante”²⁸.

2- DERECHO MODERNO

No es hasta la Novísima Recopilación, donde puede apreciarse alguna alusión a la precaria, en relación con los beneficios eclesiásticos²⁹.

A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, con las llamadas Leyes Señoriales, Desvinculadoras y Desamortizadoras, momento en el cual se abolieron todas las relaciones que vinculaban al hombre con la tierra y el señor de ésta, dando lugar a las circunstancias idóneas para el resurgimiento del precario, configurado como el precario del Derecho romano³⁰. De esta forma podemos decir que resurge con la Constitución española de 1812, la cual, estaba empapada de actitudes abolicionistas de las relaciones de vasallaje.

El Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813 y la Ley de 9 de abril de 1842 fueron las bases que impusieron la creación del juicio de desahucio que podíamos encontrar en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, ley que sirvió de preliminar para el resurgimiento de la institución. No fue hasta ese momento cuando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contempló la situación de precario³¹.

Fue en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 donde, sus arts. 636 y ss., regularon por primera vez en España el juicio por desahucio. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 18 de junio de 1877 y el Decreto de 2 de julio de 1877 unieron definitivamente el supuesto de precario con los motivos de desahucio, en el cauce común del juicio para todos ellos establecido. Así el precarista no podría continuar ocupando el fundo indefinidamente, ni el propietario se vería privado de recuperarlo en plazo breve³².

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 extendió el ámbito del juicio de desahucio al supuesto del precario, en su art.1565, apartado 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

²⁸ MORENO MOCHOLI, M., *El precario, cit.*, pp. 278 ss.

²⁹ MORENO MOCHOLI, M., *El precario, cit.*, p. 285; CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, p. 59.

³⁰ CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, p. 60.

³¹ MORENO MOCHOLI, M., *El precario, cit.*, pp. 302 ss.

³² MORENO MOCHOLI, M., *El precario, cit.*, pp. 310 s.

“Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe”.

En opinión de IGLESIAS CUBRÍA³³, los legisladores de 1881, al elaborar las normas procesales, esperaban que en la legislación sustantiva, cuya codificación ya se había comenzado en aquella época, se precisara el concepto de precario; pero ante la omisión del CC., el Tribunal Supremo se ha visto necesitado de definir, a lo largo de los años y ante la realidad que el vivir impone, la naturaleza jurídica del precario, como veremos más adelante.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil incluye el precario dentro del juicio verbal, art.250.1 inciso segundo:

“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 poseer dicha finca”.

En el ámbito del Derecho Civil, el proyecto de Código Civil de 1851 ignora la figura del precario. El Código Civil de 1889, actualmente en vigor, no recoge la figura del precario, aunque algunos autores, consideran que está refundido, junto con el contrato de comodato, en el art. 1750 CC., de forma que sería una modalidad de comodato caracterizada porque en ella se puede terminar el contrato a voluntad del comodante.

IV- EL PRECARIO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Nuestro Código Civil no contiene norma alguna reguladora del precario y, como pone de relieve IGLESIAS CUBRÍA³⁴, “sólo relacionándolo con el concepto romano podemos hallar una reminiscencia en el art. 1750, que se refiere a cuando se entrega una cosa a una persona sin pactar la duración ni el uso a que ha destinarse la cosa prestada (en el Derecho romano, recordamos que cuando se entregaba una cosa para un uso

³³ Cfr. IGLESIAS CUBRÍA, M., “El precario en el Derecho español”, en *Información Jurídica*, nº 77, octubre, 1949, p. 1410.

³⁴Cfr. IGLESIAS CUBRÍA, M., “El precario en el Derecho español”, *loc. cit.*, pp. 1409 s.

determinado existía comodato), y si aquel uso no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante (concedente) reclamarla a su voluntad. Tan poca atención mereció el precario a la Comisión legisladora y tal la decadencia a que había llegado el concepto de precario, que el único precepto que le dedican lo incluyen entre las normas del comodato”.

Así, el art. 1750 dispone: “Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario”. Para buena parte de la doctrina, como veremos más adelante, este art. 1750 regula, sin mencionarlo, el precario, entendido como una forma de comodato en la que la cesión de uso se ha hecho sin establecer el tiempo de la misma, de forma que el comodante puede exigir libremente la devolución en cualquier momento.

Aunque el Código Civil no contempla expresamente el precario, se entiende que la situación de precario está reflejada en el art. 444 (los actos meramente tolerados no afectan a la posesión). Sí se refieren expresamente al precario las leyes procesales: en el Derecho moderno el precario solo aparece como base para el ejercicio de remedios procesales, y el concepto de precario ha servido al Tribunal Supremo para calificar ciertas situaciones de hecho para permitir al propietario recuperar la posesión de una cosa.

No importa el contrato de precario, que solo sería una modalidad de comodato prevista en el art.1750: lo que tiene trascendencia es la situación de precario, calificada por la necesidad de orden procesal. En efecto, cuando se promulgó el Código Civil, la Ley de enjuiciamiento civil entonces vigente, de 1881, regulaba el desahucio por precario. Conforme al art.1565.3 Lec 1881:«Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe».

El desahucio era un juicio sumario, no se discutía la propiedad ni la titularidad real y sus pronunciamientos no eran definitivos. La jurisprudencia llegó a elaborar una doctrina según la cual, «cuando el tema de oposición planteado por el demandado es complejo, lo que obliga a un examen pormenorizado y reflexivo distinto del que en forma simplista se ofrece en el planteamiento de una oposición que puede ser resuelta en el proceso sumario de desahucio, es forzoso recurrir al procedimiento ordinario, donde sin

estrecheces pueden debatirse ampliamente los puntos en pugna, con la ventaja además , de la obtención de la seguridad jurídica que presta la cosa juzgada material de que está revestida la sentencia del juicio ordinario y que no ofrece el procedimiento sumario de desahucio» (STS 31 de enero de 1995).

Esto explica, en opinión de PARRA LUCÁN³⁵, que en muchas de las sentencias se descartara que el asunto fuera precario a efectos de excluir que procediera el desahucio por la vía del juicio sumario. En general, sin embargo, el concepto de precario se extendía en la práctica no solo a los casos en los que inicialmente había un título contractual sino también a los casos en los que nunca había habido una cesión consentida.

La vigente Ley de enjuiciamiento civil de 2000 prescinde del carácter de sumario del desahucio y establece un cauce procesal, el juicio verbal, para recuperar la posesión de una finca cedida en precario. Así, conforme al art. 250.1.2, se decidirán en juicio verbal; cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: «Las 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 poseer dicha finca». Se trata de un proceso plenario, solo para inmuebles, en el que puedan plantearse y debatirse, con plenitud de medios probatorios, todas las cuestiones, y la sentencia produce los efectos de la cosa juzgada (art. 447 LEC 2000)³⁶.

La norma establece un cauce procesal, que es independiente de la cuantía del asunto, para el ejercicio de las acciones de reintegración posesoria cuando el demandando sea un precarista convencional («cedida en precario», dice el art. 250.2 LEC). A la vista de los antecedentes y del empleo de la palabra «cesión», la jurisprudencia menor está vinculando el uso de este cauce a las cesiones a título gratuito, de forma que quedaría fuera la cesión a título de arrendamiento (en particular, las reclamaciones suscitadas cuando, finalizado el contrato de arrendamiento, no se restituye la posesión)³⁷.

³⁵ PARRA LUCÁN, M.A, “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11955.

³⁶ PARRA LUCÁN, M.A, “Del Comodato”, *loc. cit.*, p. 11956.

³⁷ Sobre la jurisprudencia menor, *vid.* GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., «La eficacia de la cosa juzgada en el juicio de desahucio por precario», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 11/2012., p. 273.

1- CONCEPTO DEL PRECARIO EN LA DOCTRINA

Si bien nuestra figura fue creada y desarrollada en el Derecho romano, su concepto, sin embargo, no se ha precisado en ninguna de nuestras leyes sustantivas. En nuestro ordenamiento jurídico el concepto de precario no tiene una construcción unitaria, por lo mismo que tampoco cuenta con una regulación específica. Como consecuencia de esto, la doctrina científica, a semejanza del estudio de cualquier otra figura jurídica, toma como punto de referencia la naturaleza jurídica del precario para llegar a una definición de esta institución.

Existen dos grandes posiciones doctrinales, perfectamente diferenciadas, una la representada por los partidarios del precario contractual, y otra la de aquellos que sostienen que se trata de una simple situación posesoria.

1.1- El precario como contrato

Dentro de este grupo cabe distinguir los que consideran al precario como una variedad del comodato y los que hablan de un contrato autónomo, es decir, del «contrato de precario».

1.1.1- El precario como variedad del comodato

Como ya hemos mencionado anteriormente, en nuestra doctrina son numerosos los autores que consideran el precario como una variedad del comodato. Para ello se basan en el ya citado art. 1750 del Código civil. En opinión de PARRA LUCÁN³⁸, considerar el precario como una modalidad del comodato tiene la consecuencia de entender que la figura se rige por las reglas del Código civil referidas al mismo. Dentro de esta corriente, entre otros muchos, cabe destacar los siguientes:

Según IGLESÍAS CUBRÍA³⁹, «cabe hablar del precario como contrato: sería un contrato real, consensual, bilateral imperfecto, en virtud de cual una persona (el concedente) entrega a otra (el precarista) un fundo, para que lo cultive y disfrute con arreglo a su naturaleza, sin cobrar merced o canon alguno, durante el tiempo que agrade al concedente». En este caso implica una posesión rogada implicando, pero según este

³⁸ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, pp. 11954.

³⁹ Cfr. IGLESÍAS CUBRÍA, M., “El precario en el Derecho español”, en *Información Jurídica*, nº 77, octubre, 1949, p. 1411.

autor, también puede dar lugar al precario «toda situación en la que una persona se halle gratuitamente poseyendo un fundo ajeno en base a la tolerancia o liberalidad expresa o tácita del propietario o de quien tiene derecho a impedir tal situación de hecho, sin que medie otro título vinculatorio» en este caso, supone una posesión tolerada.

CASTÁN TOBEÑAS⁴⁰, al estudiar el contrato de precario, afirma que «hay en nuestro Código civil una reminiscencia de la antigua distinción entre el comodato y el precario, pues si se determina el uso de la cosa prestada (caso del comodato propiamente dicho), el comodante no puede reclamarla sino después de concluido ese uso (art. 1749 del Código civil), mientras que si no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa prestada y no resulta éste determinado por la costumbre de la tierra (hipótesis del precario), puede el comodante reclamarla a su voluntad, incumbiendo, en caso de duda, la prueba al comodatario (art.1750)». A continuación advierte «que en el Derecho español existe otra acepción de precario, muy distinta de su sentido estricto a que acabamos de referirnos y no exenta de antecedentes romanos, que amplía los casos de precario a todos aquellos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. Esta acepción extensa del precario no supone necesariamente un contrato o una posesión concedida o tolerada; se trata de una situación posesoria de puro hecho o incluso ilegítima en razón de la cual se utiliza el juicio de desahucio».

BELLO JANEIRO⁴¹, en su estudio sobre el precario, considera al precario como una «modalidad del contrato de préstamo o comodato en el que el comodante puede reclamar la cosa prestada en cualquier momento al comodatario, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, asimilando también las situaciones en las que el comodante pueda reclamar la cosa en su voluntad».

1.1.2- El precario como contrato autónomo

Esta concepción de precario como contrato autónomo ha sido seguida por una corriente minoritaria de la doctrina. En este sentido, por ejemplo, REYES MONTERREAL⁴², asegura que «aunque no se diga en el art. 1750 del Código civil, en él se concede la posibilidad al comodatario de que pruebe el verdadero contenido del

⁴⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español*, común y foral, vol. IV, Reus, Madrid, 1993, p. 488.

⁴¹ BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico práctico*, ed. Comares, Granada, 1997, p. 23.

⁴² REYES MONTERREAL, J.M., “La figura del precario”, en *RGLJ*, Julio-Agosto, 1965, p. 67.

contrato, y podrá, efectivamente llegarse a la conclusión de que existe un auténtico precario en el caso de que, con independencia de lo que externamente se deduzca del convenio, dicha parte no sólo no logre probar que se concertó un específico tiempo y un determinado uso –aunque se deduzca a través de esa costumbre de la tierra a que la norma se refiere, sino también, y esto es lo relevante a nuestros fines- que la omisión de tales especificaciones correspondía a la voluntad expresa de las partes de dejar a la libre voluntad del comodatario el uso, tiempo y restitución de la cosa. En el caso de que no pruebe tales concreciones ni sea determinable la duración del uso y el uso mismo por la costumbre local, evidentemente las probanzas habrán puesto de manifiesto que la razón por la que faltaron las mismas fue, contrariamente, por el designio de las mismas partes de atribuir a la voluntad del comodante la incondicional facultad de revocar la concesión cuanto tuviera por conveniente». Es, a través de esta vía, por la que este autor considera que sería concebible un contrato de precario autónomo, muy similar al que imperó en el Derecho Justiniano.

1.2- El precario como una situación posesoria

Es la tesis mantenida, fundamentalmente, por MORENO MOCHOLI⁴³, quien poniendo en duda la naturaleza contractual del precario y su relación con el comodato, aduce la falta de vínculo obligatorio que hay en ese supuesto convenio. Se enfrenta con el art. 1750 del Código civil, considerándolo «antijurídico y prácticamente inútil, sea cual fuere la interpretación que se le dé». Abunda diciendo: «Si vemos en el art. 1750 alusión al precario propiamente dicho, sus efectos nunca podrán tener por base los preceptos que regulan el comodato, por inadaptables, y habrá de acudir en todo caso a las normas básicas sobre la posesión, sus defensas, y, en general, a los elementos que sirven de fundamento y sustento a sus efectos característicos que para nada son –repetimos- los del comodato, y sí los de aquella que tratan de su protección y remedios procesales, en los cuales, aunque implícitamente, está el sostén legal de la institución en nuestro Derecho». Finaliza afirmando que en el precario de hoy renace una «íntegra y verdadera situación posesoria».

⁴³ MORENO MOCHOLI, M., *El precario*, 2ª ed, Eunsa, Pamplona, 1976, pp. 319 s.

A esta corriente se adhiere, entre otros, CANO MORIANO⁴⁴, aduciendo varios fundamentos que justifican la consideración del precario como una situación posesoria de hecho.

2- CONCEPTO DEL PRECARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO

Como acabamos de ver, en nuestro Derecho no existe un concepto legal de precario, de manera que tal y como éste aparece en la actualidad es consecuencia de la cuidadosa atención que a esta figura ha dedicado el Tribunal Supremo. «Ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha sacado la institución del anonimato en que, durante tanto tiempo, estuvo sumida: vivificándola contra el inconveniente de una ausencia de regulación sustantiva»⁴⁵

El concepto dado por la doctrina del Tribunal Supremo, actualmente, es una definición amplia de precario. Se considera que existe precario en aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho a ello, es decir, aquellos que sin pagar renta ni merced tienen la posesión de un inmueble sin otro título que la mera tolerancia del dueño y ello porque nunca lo han tenido para justificar el goce o posesión de la cosa o, porque habiéndolo tenido en tiempo anterior ha perdido su eficacia.

Este concepto de precarista elaborado por la jurisprudencia, y citado en numerosas sentencias posteriores, lo encontramos resumido en la Sentencia de 30 de octubre de 1986: “Conforme a repetida jurisprudencia el concepto de precarista a que alude el nº 3 del art.1565 de la LEC no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó al Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y, como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del

⁴⁴ Vid. su argumentación en CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, cit., pp. 108 ss.

⁴⁵ Cfr. CABALLERO GEA, J. A., *El desahucio por precario: problemática judicial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 29.

tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto del precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de una bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por lo tanto la falta de un 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»; el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, «siendo atacada la entrega» en tal concepto, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación (Sentencia de 10 de enero 1964)”⁴⁶.

En este sentido han sido muchísimas las resoluciones del Tribunal Supremo, un ejemplo de ello es la Sentencia de 19 de septiembre de 2013: “Se define 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 que el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga”. (TFG)

⁴⁶ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A, “Del Comodato”, *loc. cit.*, pp. 11955 s.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor, numerosas sentencias de Audiencias Provinciales han seguido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de marzo de 2015 en la que se dice que “el precario se identifica con la situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien inmueble ajeno, cuya posesión jurídica no corresponde al detentador de la posesión material; se basa, pues, en la falta de título que habilite y justifique el goce de la posesión, bien porque nunca se tuvo, bien porque, habiendo existido, se pierda o devenga ineficaz, de modo que comprende tanto la posesión sin título, como la posesión tolerada y la posesión concedida”. Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales han acotado el concepto de precario precisando que la cosa sea “cedida en precario” como viene literalmente recogido en el art. 250.1.2º LEC. Ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 14 de Julio de 2006 en la que se dice: “La nueva LEC, al regular el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia, artículo 250.1.2 , recoge un concepto de precario más reducido, en el sentido de que el precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, por lo que en contraposición con la regulación anterior que permitía la amplitud en el concepto de precario (...) la nueva regulación introduce el término de "cedida en precario ", mucho más preciso que el anterior, de manera que da idea de una relación entre las partes, por las que una cede a otra el inmueble a título gratuito y a su ruego, lo que conlleva que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al antiguo concepto de precario según la definición del Digesto, constituido por la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente”. Algunos autores como BONET NAVARRO⁴⁷, han considerado que ésta interpretación vacía de contenido el precepto, ya que bastaría con que el demandado (precarista) afirmara que la ocupación se produjo por cualquier otro concepto, como una titularidad dominical o como una ocupación sin título existente, por ejemplo, para excluir el juicio de desahucio por precario con base en la inadecuación de este procedimiento.

En conclusión, podemos definir el precario como una cesión gratuita de un bien inmueble, sin pago de renta o merced, siendo una posesión meramente tolerada por el dueño, sin título para ello, bien porque nunca existió o bien porque habiendo existido se

⁴⁷ Cfr. BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio. Especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 75.

hubiera perdido o devenido ineficaz, extinguiéndose cuando el precarista restituya la cosa, sea de manera voluntaria o forzosa, ya que la persona que ostenta el derecho a esa posesión puede reclamar la cosa en cualquier momento.

3- CARACTERES DEL PRECARIO

Partiendo de la definición jurisprudencial citada anteriormente, pasamos a exponer los caracteres de la figura del precario.

3.1- Situación posesoria

El precario es una situación posesoria y por tanto se regirá por las reglas de las situaciones posesorias. Debemos precisar que la posesión del precarista no es apta para adquirir por usucapión ya que falta la posesión en concepto de dueño. Una ardua discusión es determinar si la posesión es un hecho o un derecho. En el Código Civil español la posesión aparece configurada como un derecho en los arts. 440, 443 y 446, encontrando la única excepción en el art. 5 LH, que establece que: “Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles”.

Así, partiendo de la posesión como hecho, es clásica la clasificación de la posesión en justa (o no viciosa) e injusta (o viciosa). Por razón de la adquisición, se suele distinguir la posesión justa, que es la que se adquiere legítimamente, sin vicio jurídico externo (*nec vi, nec clam, nec precario*, según la técnica romana) y la posesión injusta (*vi, clam, precario*). Por lo tanto, como observa BELLO JANEIRO⁴⁸, para la tradición romanista la posesión (considerada como hecho) si se adquiere en precario es injusta. El precario puede ser un medio de adquisición de la posesión. Pero esta adquisición a la que nos estamos refiriendo, sólo sería justa, si se produce a través de la inversión de la posesión. Esto es, en un principio es legítima la posesión atribuida por el titular del bien a título de precario y después pasa a ser injusta cuando se mantiene en esa posesión sin título bastante, esto tras la petición de su legítimo titular para recuperarla.

La posesión del precario es un hecho y no existe título en su adquisición, lo que determina que es insuficiente para adquirir la posesión como derecho. De la misma

⁴⁸ BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico práctico*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 9.

forma, si se pierde o invierte el concepto posesorio ilegítimamente se pasa a la situación de precario⁴⁹.

Se constituye la situación de precario mediante un acto de liberalidad o concesión graciosa, o por tolerancia de los actos de ocupación por el precarista o la posesión de quien, por cualquier motivo, ha visto desaparecer el título que le legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un bien inmueble ajeno, que puede ser libremente revocado. Como pone de relieve, CANO MORIANO⁵⁰, el precario, como situación posesoria, sólo puede ser una posesión sin título. Esta ausencia de título puede responder a la inexistencia o invalidez del título, a su caducidad o la accidentalidad en la atribución de la posesión. Nos hallaremos en un supuesto de inexistencia o invalidez en aquellos casos en que el precarista no demuestre que ocupa la finca por algún título.

3.2- Inexistencia de pago de merced

La gratuidad es requisito fundamental del precario, sin el cual esta figura no aparecería bien caracterizada. Si existiese algún tipo de contraprestación por parte del precarista, transformaría esta modalidad posesoria en arrendamiento.

Por tanto, para que exista precario, no puede existir pago alguno de merced por parte del poseedor, ya que si éste demuestra la tenencia de un título acreditando el pago de rentas o mercedes, de las cuales se infiere una relación onerosa, dichos pagos excluirán la condición de precarista, recayendo, en principio, sobre él, la carga de la prueba⁵¹.

En efecto, una nutrida doctrina legal, ha venido declarando que no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler⁵².

No se consideran renta los gastos de mantenimiento de la finca como luz, agua, o cualquier otro que represente utilidad para el ocupante, ya que se trata de gastos que debe soportar el usuario. La gratuidad persiste en el precario a pesar de que el precarista

⁴⁹ Cfr. BELLO JANEIRO, D., *El precario, cit.*, p. 10.

⁵⁰ CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, p. 90.

⁵¹ CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, p. 95.

⁵² Cfr. BELLO JANEIRO, D., *El precario, cit.*, p. 12.

satisfaga algún pequeño pago o preste ciertos servicios al concedente como reconocimiento al beneficio recibido, siempre que no se haga como equivalencia del mismo⁵³.

3.3- Revocabilidad

El precario, por esencia, es revocable a voluntad del precario *dans*. La revocación en el precario *dans* equivale a la negación de su propia liberalidad o tolerancia y viene considerada como un requisito previo para el ejercicio de la acción de desahucio contra la persona que en precario ocupa la finca.

Esta facultad de revocación en cualquier tiempo por parte del precario *dans* ha sido realizada a través de un proceso histórico como requisito indispensable para la perfecta integración del precario, ya que de haberse establecido un determinado plazo para el disfrute de la finca por aquel a quien se había encomendado supondría estar ante la figura del comodato y no del precario.

Desde su origen, la revocabilidad del precario no aparece condicionada por circunstancia o forma alguna, aunque la acción podía ejercitarse en cualquier momento. En el derecho romano se entendía por revocación el acto preparatorio para llegar a la restitución de la cosa, ya que en tanto no se devolvía, el precario continuaba subsistente. Sólo cuando el precario *dans* recuperaba la posesión, se podía considerar extinguido el precario⁵⁴.

También en nuestro Derecho la situación posesoria que origina el precario puede considerarse subsistente mientras perdura la tolerancia del poseedor real, hasta que se utiliza la facultad revocatoria para ponerle fin.

4- ELEMENTOS DEL PRECARIO

4.1- Sujetos

1) Precario *dans*, ha de tener la posesión real de la cosa⁵⁵. Es quien crea el precario bien mediante un acto de liberalidad o concesión graciosa, bien tolera los actos de

⁵³ CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, pp. 95 s.

⁵⁴ CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, pp. 96 ss.

⁵⁵ MORENO MOCHOLI, M., *El precario, cit.*, pp. 392 s.

ocupación del precarista o la posesión de quien, por cualquier motivo, ha visto desaparecer el título que la legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un inmueble ajeno, que puede ser libremente revocado. El art. 38.1 LH establece la presunción de que los Derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento registral. Esta presunción alcanza al propietario de la vivienda que tiene inscrito su derecho en el Registro y lo legitima para promover la acción de desahucio contra el precarista. Si el actor cuenta con un título que le otorga un derecho a poseer y usar y disfrutar de la cosa, permitiéndole desalojar al precarista que la ocupa sin título, cabe afirmar que la acción de desahucio por precario es un medio de defensa posesorio que compete al poseedor civil para recuperar la posesión contra un poseedor de peor condición⁵⁶.

2) Precarista, según CABALLERO GEA⁵⁷, es todo el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello, o cuando el título invocado es ineficaz para enervar el dominical que ostenta quien ejercita la acción de desahucio. No comprende solamente a los que usan y disfrutan una cosa sin mediar renta o merced, por la mera condescendencia o liberalidad del dueño concedente, sino que se extiende también a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea inoperante frente al actor.

Por lo tanto, no se considera precarista a aquella persona que disfruta de la posesión de la finca cuando el propietario recibe a cambio de éste, una prestación que le suponga lucro, beneficio, etc. y siempre que la entrega sea admitida en concepto de pago, sin que equivalga a las rentas los gastos que haya realizado el precarista en su utilidad (facturas de gas, electricidad, etc.)⁵⁸.

La posesión del precarista se manifiesta en el poder de facto sobre la cosa, protegiéndose su posesión por la protección interdictal que se dispensa a todo poseedor establecida en el art. 446 CC.

⁵⁶ Cfr. CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, pp. 110 s.

⁵⁷ Cfr. CABALLERO GEA, J. A., *El desahucio por precario, cit.*, p. 39.

⁵⁸ Cfr. CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario, cit.*, pp. 111.

4.2- Objeto

La forma de precario que dio origen a la institución tenía por objeto bienes inmuebles. La Ley de Enjuiciamiento Civil actual en su art. 250.1 –al igual que la LEC de 1881 art. 1565.3- se refiere exclusivamente a la recuperación de la posesión de fincas rústicas o urbanas que hayan sido cedidas en precario.

Basándose en este precepto, la mayoría de los autores sostienen que solo pueden ser objeto de precario los bienes inmuebles⁵⁹.

4.3- Forma

Aun cuando no pueda hablarse de forma hay que tener en cuenta que, como situación posesoria que es, se constituye por la ocupación material de la cosa (art. 438 CC), motivada por la mera voluntad, cuando la causa originaria radica en la mera tolerancia del precario *dans*. El que pueda darse el caso de que se formalice, incluso con toda solemnidad, y ante la fe pública, no desnaturaliza la institución⁶⁰.

V- **CESIÓN GRATUITA DEL USO DE LA VIVIENDA EN LAS RELACIONES FAMILIARES, ¿COMODATO O PRECARIO?**

En la práctica, se plantean ante los tribunales con cierta frecuencia los conflictos que se suscitan en torno al uso de la vivienda cedida por los padres de uno de los miembros de una pareja (matrimonial o no) cuando ésta se rompe. La cesión del uso del inmueble se hace a título gratuito, sin establecer plazo de duración ni uso específico al que debe destinarse, pero dando por supuesto que con el fin de que sirva de vivienda al hijo, su cónyuge e hijos en su caso si no los tienen pero los llegan a tener. Tras la ruptura matrimonial, y en aplicación del art. 96 CC, la sentencia adjudica el uso de la vivienda familiar a la pareja del hijo del titular de la vivienda, y este ejercita una acción de

⁵⁹ Vid. por todos, CABALLERO GEA, J. A., *El desahucio por precario*, cit., pp. 62 s.- En sentido contrario, MORENO MOCHOLI (*op. cit.* p.132 ***COMPROBAR PAGINA**) asevera que no existe texto que excluya a los bienes muebles como posible objeto de precario, y que al hablar de los bienes inmuebles como objeto del mismo, se refiere a efectos del desahucio. Llegando a la conclusión de que, «allí donde haya un bien, muebles o inmueble, corporal o incorporal, en el que sea posible la posesión o la cuasi posesión, podrá darse el precario».

⁶⁰ Cfr. CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, cit., pp. 113.

desahucio por precario o una reivindicatoria para recuperar la vivienda⁶¹. Ante esta situación, el propietario alega que la cesión del bien fue en precario, por lo que el cedente puede reclamarla en cualquier momento (art. 1750 CC). La parte demandada, en cambio, sostiene que se trata de un comodato, de manera que la devolución sólo prosperará si el reclamante acredita “urgente necesidad” (art. 1749 CC). En definitiva, la solución dependerá de que se considere que el sujeto que ocupa la vivienda es un comodatario o un simple precarista⁶².

La situación que se plantea no constituye una hipótesis de laboratorio. Más bien al contrario. Dados los tiempos que corren, marcados por el altísimo precio de la vivienda y por el acceso cada vez más tardío de los jóvenes al mercado de trabajo, es muy habitual que las parejas que deciden contraer matrimonio no puedan acceder por sus propios medios a una vivienda. Por eso no es extraño que los padres ayuden a sus hijos a iniciar una nueva vida y, movidos por la ausencia de ánimo de lucro que rige las relaciones familiares, les cedan de manera gratuita la vivienda que precisan.

En cualquier caso, no hay que confundir esta situación con aquella otra en la que uno de los esposos es propietario de la vivienda, y tras la crisis matrimonial se le atribuye el uso al otro por el juez o en convenio regulador. Así sucede en la STS de 11 diciembre 1992, donde la vivienda era propiedad privativa del marido, pero cuyo uso se atribuye a la mujer en sentencia matrimonial. En este caso es claro que la esposa no carece de título posesorio, razón por la cual se desestima la acción reivindicatoria utilizada por el tercero adquirente de la misma⁶³.

1- LA VACILANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Durante años, la postura jurisprudencial fue vacilante, sin que pudiera identificarse una doctrina uniforme y consolidada que permitiera aventurar el futuro de pleitos semejantes, pues algunas sentencias calificaban la relación como comodato y otras como precario.

⁶¹ PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, p. 11960.

⁶² Sobre esta situación, *vid.* el interesante trabajo de MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, en *RDP*, Año nº 92, Mes 2, 2008, pp. 13 ss.

⁶³ Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, *loc. cit.*, p. 15.

La primera postura mantenida por nuestros Tribunales fue aquella que calificaba la relación jurídica como precario, así lo defendió el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de noviembre de 1964, esta sentencia negó que la cesión gratuita del uso de la vivienda por los padres a los hijos, al casarse, sin establecer plazo, diera lugar a un derecho real de habitación y calificó la situación de verdadero precario, por ser lo menos gravoso para el concedente, en el sentido de que cesa cuando quiera ponerle fin el cedente o cesionario; con estos argumentos considera procedente el desahucio por precario interpuesto contra la nuera (viuda del hijo) por el propietario de la vivienda. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990 y la sentencia de 31 de diciembre de 1994⁶⁴. Esta postura también fue seguida por diversas Audiencias Provinciales⁶⁵.

En definitiva, podemos decir que ésta posición entendía la cesión hecha por tercero de una vivienda, para que los cesionarios establecieran su domicilio familiar, como una mera posesión tolerada, es decir, nos encontraríamos ante una situación de precario, en la que no se determinaría el tiempo ni el uso, y daría lugar a la recuperación por parte del cedente en el momento en que lo decidiera. El poseedor tendría que devolver el inmueble, ya que, no sería admisible la incautación del bien al propietario por un procedimiento matrimonial en el que carece de legitimación para actuar.

Una segunda posición era aquella que calificaba la relación jurídica como comodato y, por tanto, excluía la situación de precario. Esta posición se apoyaba, esencialmente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992, esta sentencia declaró que en el caso hay un comodato porque la temporalidad deriva tácitamente del destino familiar del uso de la vivienda, y este continúa mientras la nuera y sus hijas tengan la posesión de la vivienda que le fue adjudicado en el convenio regulador homologado judicialmente: en el caso se estima el recurso de casación interpuesto por la nuera y se declara improcedente el ejercicio de la acción reivindicatoria para recuperar el

⁶⁴ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, p. 11960. Sobre esta sentencia, *vid.* también el comentario de MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, *loc. cit.*, pp. 15 s.

⁶⁵ *Vid.* la copiosa jurisprudencia recogida y comentada por MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, *loc. cit.*, pp. 18 s.

uso de la vivienda⁶⁶. Esta posición también fue sostenida por distintas Audiencias Provinciales⁶⁷.

En definitiva, podemos decir que los defensores de esta posición consideraban que la entrada y permanencia de los cónyuges en la vivienda cedida se explicaba con la figura del comodato en cuanto, aunque no se hubiera establecido plazo de uso, la cesión se hace para constituir el hogar familiar, de forma que la ocupación no estaba condicionada a la subsistencia del fin que originariamente se tuvo en cuenta para hacer la cesión, y esa finalidad de hogar familiar no desaparece aunque se haya producido para alojar a la familia aunque ya, por separación o divorcio, no la integre uno de sus miembros.

Como podemos observar, no había un criterio fijo en la materia, y la solución a favor de una u otra postura iba en función del caso concreto, dando lugar a numerosos conflictos entre las Audiencias Provinciales, incluso el propio Tribunal Supremo no tenía un criterio fijo para resolver estos litigios.

2- LA DOCTRINA FIJADA POR LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE DICIEMBRE DE 2005

La disputa entre ambas concepciones parece haber concluido con la sentencia del Tribunal Supremo de 26 diciembre 2005 que sienta la doctrina de que hay precario. La sentencia se ocupa de la acción de desahucio por precario interpuesta por el propietario de una vivienda que había cedido a su hijo y cónyuge para servir de hogar familiar y cuyo uso se atribuye en la sentencia de separación o divorcio a la ex pareja del hijo. La sentencia sienta la siguiente doctrina: “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, 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”.

⁶⁶ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, p. 11960. Sobre esta sentencia, *vid.* también el comentario de MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, *loc. cit.*, pp. 15 s.

⁶⁷ *Vid.* el exhaustivo elenco de sentencias recogidas y comentadas por MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, *loc. cit.*, p. 17 s.

Este criterio ha sido seguido después por muchas otras Sentencias del TS⁶⁸.

La misma doctrina se aplica cuando se trata de crisis de una unión extramatrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2008) e, incluso, cuando la pareja se extingue por fallecimiento de la propietaria de la vivienda, y son sus herederos quienes ejercitan la acción de desahucio contra el supérstite (STS de 27 de marzo de 2008: “no alega ningún título que justifique su posesión y le permita oponerla frente a la acción de desahucio por precario interpuesta por los titulares de la vivienda. Esta falta es determinante para el éxito de la acción ejercitada por los herederos”).

Como pone de relieve PARRA LUCÁN⁶⁹, el Tribunal Supremo, en definitiva, admite que la cesión de la vivienda puede constituir objeto de un contrato de comodato, pero niega que constituya un uso determinado en el sentido del art. 1750 CC la simple necesidad de la vivienda. El destino propio de la cosa no puede confundirse con el concreto uso para el que fue prestada la cosa, único elemento que permitirían calificar la situación como constitutiva de un comodato cuando se ha cedido gratuitamente y sin determinación temporal expresa (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010).

La misma doctrina se mantiene cuando la finca pasa a propiedad de un tercero como consecuencia de un procedimiento de ejecución, aunque el adquirente sea el padre del anterior propietario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010)

No cabe desahucio por precario entre los coherederos, porque estos, en cuanto tales, tienen derecho a usar la cosa, aunque no sea en exclusiva –en ese sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010: en el caso, uno de los hermanos ocupa una casa junto con su familia como vivienda; con anterioridad, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1968 -.

Con independencia de todo fenómeno de crisis familiar y adjudicación al no descendiente, en la jurisprudencia menor se ha sostenido expresamente que la cesión

⁶⁸ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, pp. 11961 ss.- Sobre la solución contenida en la STS de 26 diciembre de 2005 y la jurisprudencia posterior, *vid.* el comentario de MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, *loc. cit.*, pp. 19 ss.

⁶⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, p. 11962

gratuita de una vivienda hecha por los padres a los hijos para satisfacer la necesidad genérica de vivienda y no para un uso determinado es precario, al que se puede poner fin en cualquier momento⁷⁰.

Para concluir, la doctrina sobre vivienda familiar elaborada en torno al art. 96 CC ha sido amoldada en los casos en los que la vivienda pertenece a un tercero, como explica la STS de 14 de enero de 2009: si los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del art. 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue, en palabras de PARRA LUCÁN, “que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista⁷¹. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista”.

VI- CONCLUSIONES

1ª El precario, al igual que otras muchas instituciones actualmente en vigor en nuestro Derecho privado, tuvo su origen en el Derecho romano. El origen del precario es muy remoto y quizá se encuentre en la antigua sociedad romana y en las especiales relaciones que se daban entre el patrono y sus clientes, y en las que aquél, “a ruegos” de éstos, les dejaba disfrutar de sus tierras o algunas otras cosas. El precario no era considerado como contrato porque entre las partes no se constituía ninguna relación obligatoria. Era una mera situación de hecho, sin contenido jurídico alguno, revocable en cualquier momento en que el dueño de la cosa quisiera que cesase.

⁷⁰ PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, p. 11964.

⁷¹ PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, *loc. cit.*, p. 11965.

2ª El pretor, conociendo la importancia de esta figura y su peculiaridad posesoria así como su transcendencia económica, la dotó de defensas procesales. De esta forma la inicial situación de hecho paso a ser auténtica posesión en sentido técnico. Al precarista se le consideró *possessor ad interdicta* en el Derecho pretorio y podía así defender su posesión frente a terceros, pero no frente al concedente de la cosa poseída respecto al cual poseía en precario. El concedente dispuso asimismo de un *interdictum de precario* de carácter restitutorio contra el precarista.

3ª Es en el Derecho clásico donde la figura del precario llegó a adquirir su más completo desarrollo; no se consideró contrato, sino un acto de liberalidad por ruego generador de una situación posesoria particular. Los juristas clásicos definen el precario como “*lo que se concede en uso al que lo pide con ruegos y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente*” (D.43.26.1 *pr.*, *Ulp. 1 inst.*). Por lo tanto, el precario –*precarium*- de *prex-precis* –ruego- es una figura consistente en que una persona –concedente, *precario dans*- entrega a otra –precarista, *precario accipiens*- una cosa para que éste la use gratuitamente y la devuelva cuando el primero se la pida. En resumen, la concesión gratuita y revocable del uso de algo.

4ª En el Derecho postclásico y justiniano se inicia la decadencia de la institución. El precario se convierte en contrato cuando al concedente –además de las acciones que le competen como dueño- se le otorga una acción personal –*actio in personam*- contra el precarista. Con Justiniano aparece entre los contratos innominados y tutelado por *la actio praescriptis verbis*. A medida que el precario tomaba carácter obligatorio, se debilitaba la relación del precarista con la cosa: la posesión ya no fue considerada como inherente al precario, y se constituyó el precario atribuyendo al precarista también la simple detentación de la cosa, aunque manteniendo la protección interdictal. De esta forma, el precario se aproximó mucho al comodato, pero sin llegar a confundirse con él.

5ª La tradición romana se vio interrumpida, en varios aspectos, en nuestro Derecho histórico. Aunque por medio de la institución de la precaria eclesiástica se mantuvo, si bien ampliamente desfigurado, el precario; en las Partidas de Alfonso X El Sabio no se recoge ninguna referencia a la figura del precario. El precario no alcanzó la necesaria elaboración y mucho menos un completo y adecuado desarrollo; lo que por tal motivo, probablemente tampoco se ha logrado después en nuestra legislación positiva.

6ª Lo cierto es que nuestro Derecho positivo carece de una regulación legal específicamente dedicada al precario; tan solo encontramos una expresa mención en el art. 250.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que establece un cauce procesal, el juicio verbal, para recuperar la posesión de una finca cedida en precario: *“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 poseer dicha finca”*.

7ª Sin embargo, la generalidad de los tratadistas del Derecho civil y del Derecho procesal patrio han tratado, unos, de encontrar en nuestro Derecho positivo una regulación de la antigua figura del precario, o a desentrañar, otros, el preciso contenido y significación del artículo 1750 del Código Civil, catalogando al precario como figura similar o subespecie del comodato. Este precepto ha sido tomado, por algunos civilistas, no ya como un reconocimiento de la institución, sino como una regulación legal de la misma; y, a lo que no es más que una simple manifestación del comodato, la han bautizado con el nombre de precario, cuando las diferencias entre ambas instituciones son profundas, y la similitud, más o menos próxima de algún elemento, no autoriza a hacer perder a las instituciones su propia sustantividad, y menos a negarle su independencia.

8ª Esta carencia de preceptos legales específicamente consagrados a regular la institución, hace que destaque la labor de nuestro más alto Tribunal, quien, a través de una copiosa y bien razonada jurisprudencia, ha delimitado el concepto, caracteres y elementos del precario. El concepto dado por la doctrina del Tribunal Supremo, actualmente, es una definición amplia de precario. Se considera que existe precario en aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho a ello, es decir, aquellos que sin pagar renta ni merced tienen la posesión de un inmueble sin otro título que la mera tolerancia del dueño y ello porque nunca lo han tenido para justificar el goce o posesión de la cosa o, porque habiéndolo tenido en tiempo anterior ha perdido su eficacia.

9ª Para concluir, y en relación a los conflictos que se plantean con cierta frecuencia ante los tribunales en torno al uso de la vivienda cedida por los padres de uno de los miembros de una pareja (matrimonial o no) cuando ésta se rompe y es el otro miembro de la pareja el que tiene el uso de la vivienda por habersele atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio, como ya hemos visto, la STS de 26 de

diciembre de 2005 pone fin a la vacilante doctrina jurisprudencial, señalando que se trata de un precario.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vol. II, Madrid, 1991.

BELLO JANEIRO, D., *El precario. Estudio teórico práctico*, ed. Comares, Granada, 1997.

BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio. Especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

CABALLERO GEA, J. A., *El desahucio por precario: problemática judicial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1994.

CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, ed. Edersa, Madrid, 1999.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, vol. IV, Reus, Madrid, 1993.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Art. 1740 y ss., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

GARCÍA GARRIDO, M. J., “El comodato en Las Partidas”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 87 ss.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990.

IGLESIAS CUBRÍA, M., “La relación jurídica de precario en el Derecho romano”, en *Información Jurídica*, nº 72, mayo, 1949, pp. 771-811.

IGLESIAS CUBRÍA, M., “El precario en el Derecho español”, en *Información Jurídica*, nº 77, octubre, 1949, pp. 1405-1440.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?”, en *RDP*, Año nº 92, Mes 2, 2008, pp. 13 ss.

MARTÍN-RETORTILLO, C., *El precario en el Derecho civil español*, M. Aguilar editor, Madrid, 1948.

MORENO MOCHOLI, M., *El precario*, 2ª ed, Eunsa, Pamplona, 1976.

PANERO, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PARRA LUCÁN, M.A., “Del Comodato”, en AA.VV. (Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REYES MONTERREAL, J.M., “La figura del precario”, en *RGLJ*, Julio-Agosto, 1965, pp. 42-104.

SANCHEZ ALBORNOZ, C., “El *precarium* en Occidente durante los primeros siglos medievales”, en *Études d’histoire du droit privé, offertes à Pierre Petot*, ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1959, pp. 481-505.

SESMA URZAIZ, M.V., *El principio “salva rerum substantia” en el usufructo en Derecho romano*, Kronos, Zaragoza, 1996.