

Relaciones posesorias problemáticas

Hay algunas relaciones posesorias respecto de las cuales las decisiones de nuestras fuentes dejan dudosa la cuestión de saber si implican la posesión o la tenencia, y en qué condiciones puede admitirse una u otra. Tales son las relaciones posesorias del *superficiario*, del *precarista* y del *negotiorum gestor*, así como la del *inventor de buena fe*. Examinémoslas.

I.—RELACIÓN POSESORIA EN LAS «SUPERFICIES»

Como es sabido, la cuestión de si el superficiario tiene la posesión jurídica o real de la cosa, es discutida. Está fuera de duda que estaba protegido por el pretorio y por el posesorio: el pretor había establecido para él un interdicto particular (L. 1, *de sup.*, 43, 18), en el cual la expresión *possidere* se evitaba de intento, reemplazándola por *frui (uti... fruimini)*. La cuestión de si es poseedor real o jurídico, no ofrece más que un interés teórico.

En mi concepto, todo depende de las circunstancias de hecho, que pueden variar.

En el caso previsto en la L. 3, § 7, *uti poss.* (43, 17): *si supra AEDES QUAS POSSIDEO CENACULUM SIT, IN QUO ALIUS QUASI DOMINUS (es decir, como superficiario) moratur*, no puede atribuirse una posesión real al superficiario, porque los juristas romanos no reconocían como posible en derecho la división horizontal de

la propiedad, y por consiguiente, la de la posesión de un edificio. Sólo quedaba, pues, para el superficiario la posesión jurídica. Puede aplicársele las palabras de que se sirve Papiniano en la L. 27, *de don.* (39, 5), hablando de la concesión de por vida del derecho de permanecer en un *coenaculum*: *QUASI LOCO POSSESSORIS constitutus, qui usum coenaculi accepit*. El jurista niega también en ese caso, al superficiario, el *interdictum uti possidetis*, reduciéndole al *de superficiebus*, que, como él dice, le pone en completa seguridad frente al propietario que intentare el *uti possidetis*. El jurista cita también a título de ejemplo de esta superficie parcial las moradas subterráneas (*χρῶματα*).

Nuestra vida actual ofrece también otra porción de formas semejantes: por ejemplo, las cuevas abiertas en la roca y los comercios o tiendas puestos en los soportales de las iglesias u otros edificios.

Pero las *superficies* pueden también presentarse como *total*, esto es, de suerte que todo el edificio, y con él el suelo, sean tenidos exclusivamente por el superficiario (1). También aquí habría bastado la posesión jurídica para asegurar la posición del superficiario, no habiendo motivo práctico para darle la real. Sin embargo, podría creerse que los romanos se han decidido en este caso por esta última. El argumento que varios autores sacan de la L. 1, § 5, *de vi* (43, 16), en la cual se concede al superficiario el *interdictum unde vi*, no es concluyente, porque se concede éste al usufructuario y hasta al usuario. (L. 3. § 13-16, *id.*), los cuales no tienen más que la posesión jurídica. Doy, en cambio, valor a la concordancia que existe entre esta relación y la del *ager vectigalis* y de la enfiteusis.

Tenemos aquí el mismo aspecto exterior de la relación con la cosa: poder de hecho exclusivo; y la misma situación jurídica: protección jurídica completa y libre derecho de enajena-

(1) Las fuentes sirvense aquí de *superficiaria insula* (L. 9, § 4; L. 39, § 2, *Damnús*, 39, 2). *Superficiarium PRAEDIUM* (L. 16, § 2, *de pign.*, 13, 7). *SUPERFICIEM imponere* (L. 18, § 4, *Damni inf.*)

ción. No había el menor motivo, para los juristas romanos, de organizar la relación posesoria en la *superficies* de un modo distinto que en el *ager vectigalis*. Admitiendo que en la época en que han debido decidirse, la superficie parcial fuese aún desconocida, cosa eminentemente verosímil, no tenían el menor motivo para inventar respecto de la superficie la noción de la posesión jurídica, o si estaba ya establecida para las servidumbres personales, ampliarla. Si no encuentran nada de particular en admitir la posesión real para el *ager vectigalis*, ¿por qué no la habrían de admitir también para la *superficies*? La posesión jurídica no se hace necesaria sino cuando surge en la *superficies* parcial, una forma nueva a la cual no podría aplicarse la real.

¿Cuál es de esas dos formas la que tiene en su favor la probabilidad de la prioridad histórica? La *superficies* es cosa artificial. El que quiere edificar una casa, compra el terreno: alquilar un terreno para edificar en él es una operación tan poco ordinaria, que es preciso investigar el motivo por el cual se ha llegado a ella. Ese motivo se ha visto, y con razón, en mi concepto, en la edificación sobre el suelo público. Sabemos que en Roma habría comercios sobre el suelo público (*Tabernae publicae* L. 32, *de cont. emt.* 18, I, hasta sobre el *Forum*; v. gr., despachos para el cambio). La idea de arrendar el suelo era aquí inevitable. El Estado, por motivos que no es preciso explicar, se reservaba la propiedad del suelo; éste no se vendía, se arrendaba. Fuera de la nueva obligación de pagar el *SALARIIUM*, era imposible admitir en este caso las consecuencias de un arrendamiento ordinario. La situación era exactamente la misma que acabamos de ver en el arrendamiento hereditario. El arrendatario del fundo del Estado debía tener las mismas garantías que el colono hereditario; de otra suerte no se edificaría. Era preciso concederle, como al colono, un derecho que no pueda serle arrebatado, teniendo a su disposición el petitorio y el posesorio; en suma, un *jus in re*, transmisible. De este modo se hacía independiente sin necesidad de intentar el Estado acciones por él.

Todo esto, como se ve, respondía al interés de *ambas* partes, como en el arrendamiento hereditario.

El origen público de la superficie nos proporciona así una explicación muy clara del carácter particular de esta institución, que de otro modo no comprenderíamos en manera alguna. Más tarde la *superficies* fué transportada por entero a las tierras privadas, del propio modo que la enfiteusis. El paralelismo de las dos instituciones revélase, no sólo en su origen, sino también en su desenvolvimiento ulterior; sólo después de haberse habituado a la superficie en ese aspecto originario, esto es, como superficie total, se aplicó a la superficie parcial. Como por los motivos indicados antes no podía aplicarse el *interdictum uti possidetis*, fué preciso crear un interdicto posesorio particular: este interdicto fué el interdicto de *superficiebus*, con la palabra *frui* en lugar de *possidere*.

La jurisprudencia considera la relación posesoria como una *juris possessio*, con igual razón que el *usus fructus* de la mujer casada.

Para la teleología de la posesión derivada, la antítesis del arrendatario hereditario y del arrendatario temporal es tan instructiva, como las del colono hereditario y temporal y del sustituto y del representante; el influjo determinante que el fin de las partes ejerce aquí, no puede manifestarse de un modo más claro que cuando en una misma relación obligatoria hay, ya posesión, ya tenencia, según las circunstancias diferentes del mismo caso.

2.—EL PRECARISTA

La posesión del precarista es uno de los fenómenos que estimamos más sorprendentes de la teoría romana sobre la posesión. Los juristas romanos colocan su relación con la cosa en la misma línea que la del comodatario (*simile commodato*: L. I, § 3, *de prec.*, 43, 26). Esto es ya demasiado, porque el comodato convenido por un tiempo determinado es jurídicamente obli-

gatorio (L. 17, § 3, *comm.*, 13, 6), mientras que el precario concedido por un tiempo determinado no es obligatorio (L. 12, pr., *de prec.*). El comodato es una convención jurídica (*geritur negotium invicem*: L. 17, § 3, cit.); el precario, no (*magis ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat*: L. 14, *de prec.*). Y sin embargo, el comodatario no obtiene más que la tenencia, mientras que el precarista obtiene la posesión.

El contraste con el colono es aún más fuerte. El colono da dinero para usar de la cosa; el precarista lo obtiene por nada. Si se le dijese a alguno que no sabe nada de su relación posesoria: uno de ellos tiene la posesión, el otro la tenencia, ¿quién no supondría que el colono es poseedor y el precarista tenedor?

La posesión del precarista, es de todos modos inconciliable con la teoría del *animus domini*, porque el precarista no quiere ejercer su propiedad, sino el derecho de otro, y hasta no lo hace en virtud de un derecho contractual que le sea propio, sino en virtud de una complacencia, revocable siempre.

Savigny tampoco se encuentra muy apurado en este caso por encontrar el motivo: «El motivo (pág. 302), dice, por el cual la traslación de la posesión es aquí la regla, está en que esta traslación no causa ningún perjuicio al propietario (*rogatus*): su usucapión continúa, en efecto, por la *accessio possessionis*, y tiene un interdicto especial, *recuperandae possessionis*, para recobrar la posesión enajenada». Pero si eso es así, ¿por qué los romanos no han tratado de igual modo el arrendamiento, el comodato, etc? Ese motivo no explica en modo alguno la situación particular del precarista.

Para acabar de hacer la cosa incomprensible, el derecho romano reconocía al lado de la posesión, como forma regular de la relación posesoria en el precario (1), la posibilidad de no atribuirle más que la simple tenencia (2): ¿por qué? Porque es

(1) La impresión que en este punto dejan las fuentes no es dudosa, véase, por ejemplo, la L. 4, § 1, *de prec.* (43, 26). Paulo. *S. R. V.* 6, § 11-12, siendo también esta opinión más extendida. Savigny, p. 302.

(2) L. 6, § 2, *ídem*; L. 10, § 1, *h. t.*; L. 11, § 12, *quod vi* (43, 24).

de interés para el cedente conservar la posesión. Pero entonces, ¿cómo ha llegado el derecho a establecer la transmisión de la posesión al precarista como regla, es decir, como respondiendo al fin de la relación y a la intención presunta de las partes?

A este enigma que nos presenta la relación posesoria se añaden otros todavía. Es un principio universalmente conocido en derecho romano, que quien tiene un interés en un contrato responde de la *culpa levis*. Ahora bien: el precario, según la teoría de los juristas romanos, está constituido en interés exclusivo del precarista, y sin embargo, éste no responde más que del dolo y de la culpa lata. En todos los demás casos, la obligación de restituir una cosa dada provisionalmente, está sancionada por medio de un *actio in personam*; aquí lo está por medio de un interdicto: ¿por qué? Además ese interdicto ha sido introducido para las cosas inmuebles (1), aplicándose sólo más tarde a las muebles: ¿no es esto extraño? ¿Es que los romanos han empezado por abandonar las cosas inmuebles en uso gratuito antes que las muebles?

Sabido es, sin embargo, que las concesiones gratuitas no respondían en general a sus gustos, por lo que parece inconcebible que hubieran sido tan frecuentes para los inmuebles, que el pretor llegara a verse forzado a establecer para ellas un interdicto particular.

La impresión que causan todos estos enigmas impone la necesidad de buscar una aplicación. Savigny ha creído encontrarla en el origen histórico de la institución, admitido por Nieburg, a saber, en la concesión hecha por el patrono a sus clientes de la explotación de parte del *ager publicus* que tenía en su posesión (2). En su concepto, «eso descifra todos aquellos enig-

(1) Resulta eso del lugar que ocupa en el edicto, entre los interdictos relativos a los inmuebles, y a los cuales no se unieron sino después los relativos a los muebles. Es un orden este conservado por los *Pandectas* (D. 43, 16, 28 y 29, 33). Véase también la L. 4, § *de prec.: In rebus etiam mobilibus precarii rogatio consistit*, e Isidoro, *Orig.* V, 25 ... FUNDI.

(2) T. Mommsen, que antes admitía la opinión de Nieburg (*Röm. Forschungen*, t. 1.º, p. 380, y *Röm. Geschichte*, t. 1.º, 4.ª edic., p. 194), ha

mas» (pág. 464). Tal es también la opinión más admitida, y por mi parte no recuerdo que se haya ensayado por nadie la refutación de la tentativa de explicación dada por Savigny.

Lo que sigue demostrará que tal explicación es insostenible.

Parto yo también de la idea de que el precario ha sido originariamente la forma de la concesión de las tierras por el patrono al cliente (1). Pero esta relación no era de naturaleza *jurídica*, según quiere y sostiene Savigny. Como la relación personal del patrono con el cliente, hallábase bajo la protección de los *usos*.

El cliente no podía personarse en justicia; el patrono lo hacía por él: no cabía, pues, una acción del patrono contra el cliente.

La idea de Savigny, de que el interdicto *de precario* había sido hecho para ese caso, olvida tres cosas. Primeramente, ese interdicto era *jurídicamente imposible* en la relación que existía entre esas personas. Además, aunque hubiera sido posible, era *prácticamente inútil*. El caso de un «cliente recalcitrante» (Savigny, pág. 464), no era de prever, como no lo era tampoco la rebelión de un esclavo o de un hijo de familia; el patrono estaba siempre en situación de vencer la resistencia. Por último, el interdicto *de precario* no puede remontarse hasta la época antigua, porque la actividad creadora del pretor no comienza sino con la introducción del procedimiento formulario (2).

La relación del patrono con el cliente no era distinta de la del *paterfamilias* con sus hijos, y en el pasaje donde lo mencio-

creído recientemente encontrar un segundo caso de precario en las relaciones de los poseedores del *ager publicus*. En mi concepto, esto es un error. El *ager publicus* se daba en arriendo público por los censores; ahora bien: el arrendamiento y el precario se excluyen. L. 10, § 1, *h. t.*

(1) He procurado sentar esta opinión, refiriéndola a la relación personal existente entre el patrono y el cliente. Véanse las explicaciones que he dado en mi *Esp. del D. R.*, I, págs. 236 y sigs.

(2) Véase mi obra citada, II, p. 98; III, p. 649.

na (*Patres*), Festo la cita al lado de este último con respecto a la concesión de tierras (1); el precario encontrábase jurídicamente al lado del *peculium*.

Síguese de esto que la relación no podía ser sino de tenencia, no la posesión. Con esto sólo queda demostrada la realidad práctica para la época más antigua de la *in possessione esse* del precarista; también aquí se ha verificado nuestro punto de vista, según el cual la tenencia tenía su base, no en la determinación de la voluntad del tenedor, sino en una circunstancia completamente independiente de su voluntad; es decir, en un *obstáculo a la posesión* (nuestro—*n*): este obstáculo era en este caso el mismo que para el hijo de familia: la relación de dependencia personal.

A su tiempo he tratado de sentar la opinión de que el aspecto originario de la tenencia ha consistido en la coposesión real *al lado* del señor de la posesión. He querido descubrir la extensión gramatical de esta idea en las palabras *in possessione esse*. Esta relación era también exacta para el cliente (*Clients*, de *κλῆειν*, pertenecer). Vivía a la manera de los vasallos o siervos sometidos a la gleba de la Edad Media, en la tierra del señor que les cedía una parte (2) para explotarla. El cliente llevaba a pastar su ganado (*peculium*, de *pecus*) a los pastos del patrono (3). Los servicios que se le imponían constituían el equivalente del beneficio que se le concedía. Según Nieburg, a quien todos los autores han seguido, el patrono le había concedido tan sólo una parte del *ager publicus* que tenía en su posesión. No ha presentado ninguna prueba de esto, ni se ve ninguna.

De lo que precede resulta que la opinión de Savigny sobre la organización del precario en la época primitiva es insostenible.

Lo que piensa acerca del desenvolvimiento ulterior del pre-

(1) *Agrorum partes (tenioribus adtribuebant) perinde ac LIBERIS.*

(2) V. el texto citado de Fest.; *PARTES agrorum.*

(3) V. las pruebas en mi *Ob. cit.*, p. 242, nota 1.^a.

cario, no es menos erróneo. «Sin embargo, dice (p. 465), el *precarium*, inútil al fin, hubiera quizá desaparecido por completo si *accidentalmente* no hubiera alcanzado importancia desde el punto de vista de otra relación jurídica (refiérese al *mancipatio fiduciaria*. En el derecho de Justiniano, este género de aplicación ha desaparecido también».

Debo hacer a tal propósito las observaciones siguientes: en primer lugar, en la época clásica la utilidad práctica del *precarium* no se restringía la cosa que Savigny dice; había otra porción de casos de aplicación, sobre todo en materia de prenda, haciéndose de él un uso cotidiano (1). Además, el aserto de que el precario hubiera acaso desaparecido de no haber encontrado accidentalmente una prolongación vital en la relación jurídica indicada, trastorna por completo la sucesión histórica de los hechos. Aun cuando el precario no hubiera existido, hubiera sido preciso crearlo en las relaciones en que lo encontramos en el derecho nuevo. Puede prescindirse por completo de su aplicación originaria, sin que eso dañe en modo alguno la interpretación de su existencia exterior. Y queda, por fin, el aserto de que el precario perdió toda aplicación en el derecho de Justiniano. ¿Cómo explicar entonces que los compiladores le hayan consagrado todo un título del Digesto? (2). Todos los casos que allí se mencionan eran tan prácticos, con relación a la época de Justiniano, como con relación a la época de los juristas clásicos.

La consideración histórica que, según la promesa de Savigny, debía resolver el enigma del *precarium*, no hace más que provocar otra. Pretende aquélla hacernos creer que una institución calculada para las relaciones de la época primitiva, se ha mantenido durante siglos por la sola fuerza de la inercia. Ni uno solo de los numerosos pretores que todos los años proponían

(1) Ulpiano, L. 6, § 4, de *prec.* (43, 26) ... *COTTIDIE enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt.*

(2) El título muy importante—de *Publiciana in rem actione* (VI 2), no contiene más que 17 pasajes; éste 22. El título reproduce hasta en las *Basilicas* (58, 24).

de nuevo el *interdictum de precario*, que se pretende tomado de la época primitiva, y el mismo Juliano, en la redacción del *Edictum perpetuum*, hubieran concebido la idea de hacer de él un examen crítico desde el punto de vista del presente, de dejarlo si es que resultaba ya inútil; mucho más si se tiene en cuenta que el comodato, que poco hacía tenía una acción, les habría proporcionado una ocasión para ello, o cuando menos, de reorganizarle según convenía.

Hay, cuando menos, tres puntos que suscitan sorpresa.

Primer punto.—La jurisprudencia había desenvuelto en el intervalo la teoría de la culpa, estableciendo el principio de que el que tiene un interés en el contrato, responde de la *culpa levis*; en su virtud había declarado al comodatario responsable de *culpa levis*. A pesar de eso, el pretor, en el interdicto, restringía la responsabilidad del precarista al *dolus*; la extensión de esta responsabilidad a la *culpa lata*, fué obra de la jurisprudencia. ¿Por qué obró así el pretor? ¿Únicamente porque en la época primitiva el interdicto no mencionaba más que el *dolus*?

Segundo punto.—El comodatario puede reclamar el reembolso de sus gastos necesarios; el precarista, no. ¿Por qué? ¿Únicamente por el motivo histórico de que el cliente no podía tener un crédito contra el patrono?

Tercer punto.—El comodatario *tiene*; el precarista *posee*. Admitiendo que hubiese tenido la posesión en la época primitiva, y acabamos de establecer lo contrario, ¿por qué no se le coloca, en este respecto, en la misma situación que el comodatario?

Creo haber demostrado suficientemente que la vía histórica, por la cual se aventura Savigny, no conduce al fin. Intentemos a ver si lo logramos, siguiendo por la vía *práctica*.

Hay tres puntos que piden explicación; la *posesión* del precarista; la restricción de su responsabilidad al *dolus* en el interdicto; la exclusión de su derecho a las *impensas* o gastos. La clave de la explicación se halla en la *función práctica* del precario para la vida romana, de la cual hemos de dar una idea. A este propósito distingo dos funciones: la función *contractual*

y la función *liberal*. Los juristas romanos no conocen esta distinción; no mencionan más que la función liberal (1), y creo poder demostrar cómo han llegado a establecerla. Se verá por lo siguiente que, de hecho, es imposible no admitir también la otra función.

A) *Función contractual del precario*

Nuestras fuentes citan dos casos en que el precario se presentaba unido a un acto jurídico concluído entre dos partes, es decir, en su función contractual. Uno de estos actos era la *dación en prenda*; el otro, la *transmisión de la propiedad*.

La *dación en prenda*.—Sabido es que el derecho romano conocía dos formas de ella: la forma *fiduciaria*, que no era aplicable más que a las *res mancipi*, y en la cual el deudor transfería la propiedad por *mancipatio* o *in jure cessio*, reservándose el rescate durante cierto tiempo determinado por medio de una convención accesoria (*fiducia*), originariamente desprovista de acción, pero revestida más tarde de ella; y la *forma hipotecaria*, en el sentido actual de la palabra, por medio del *pignus* o de la *hypotheca*.

Tratándose de bienes inmuebles, el acreedor podía dejar sin peligro, provisionalmente, la posesión al deudor; pero no dejaba de ofrecer importancia para su posición jurídica la manera como lo hacía. Si no había hecho ninguna reserva, no podía procurarse la posesión más que por medio de la *in rem actio* y por la *fiducia*; había además en este caso la particularidad de la *usureceptio lucrativa* (Gayo, II, 60), es decir, de la prescripción extintiva adquirida por el transcurso de un año. Obviaba el acreedor estas dos dificultades arrendando el fundo al deudor o dándoselo en precario. Se recomendaba el primer medio cuando se había prestado el capital por muchos años y se había

(1) LIBERALITAS: L. 1, § 1; L. 2, § 2; L. 8, § 3; BENEFICIUM: L. 14. Analogía con la donación y el comodato. L. 1, § 2, D. de prec (43-26).

convenido el pago de intereses periódicos; la renta ocupaba aquí el lugar de los intereses del capital. Cuando el préstamo se había hecho por un tiempo más corto, y el capital y los intereses no debían pagarse hasta el día del vencimiento, se recurría al *precario*. En ambos casos el acreedor se hallaba en situación de poder procurarse inmediatamente la posesión el día del vencimiento. Tenía, como poseedor respecto del tenedor, en el primer caso, y como *possesor justus* frente al *possessor iniustus*; en el segundo, la facultad de recobrar la cosa por su propia autoridad, y si encontraba resistencia, tenía, allí el interdicto *uti possidetis*, aquí el interdicto *de precario*. La *usureceptio* estaba excluida en los dos casos por la cualificación particular de la posesión.

Aun en el caso de la garantía hipotecaria, en que no existía el riesgo de la *usureceptio*, el *precario* era ventajoso en extremo para recuperar inmediatamente la posesión. En la *actio hypothecaria*, el acreedor debía suministrar la prueba, sujeta en ciertas circunstancias a grandes demoras, de su derecho hipotecario; en el interdicto *de precario* no tenía que practicar más que la prueba facilísima del *precarium*. En cuanto al *pignus*, sucedía exactamente lo mismo cuando el deudor había conservado su posesión.

Esta aplicación del *precarium* al derecho de prenda explica las cuatro particularidades siguientes:

Ante todo, la regla de que no es necesaria la posesión por parte del que concede la cosa (1). Esta regla parece hecha expresamente para el caso presente. Si hubiera sido necesaria la posesión por parte del concedente, hubiera debido ser transferida del deudor al acreedor, para ser transferida nuevamente del acreedor al deudor, lo que hubiera ocasionado largas demoras y grandes dificultades en cuanto a los fundos lejanos. La re-

(1) Juliano, L. 18, id, *Unusquisque potes rem suam, QUAMVIS NON POSSIDEAT, precario dare ei, qui possideat*. Sólo de esto resulta ya el error de la opinión de Savigny, que designa el interdicto *de precario* como un interdicto *RECUPERANDAE possessionis*. Véase una refutación más detallada, en mi trabajo sobre *El fundamento de la protección posesoria*.

gla enunciada permitía evitarlas. La garantía fiduciaria e hipotecaria de los fundos con concesión de precario podía constituirse hasta en ausencia de las partes. Así, pues, con pleno conocimiento de causa, dirigió el pretor el interdicto, no hacia la transmisión de la propiedad, sino hacia *quod precario ab illo HABES*; tal era la traducción, en el procedimiento, de la regla mencionada.

Si los juristas romanos hubiesen participado de la idea moderna, refutada más arriba, de la aplicación ilimitada del *constitutum possessorium*, Juliano, en vez de decir en el texto, reproducido en la nota, que se puede dar la posesión *precaria* sin tenerla uno mismo, hubiera podido, invocando el punto de vista indicado, admitir la existencia de la posesión por parte del concedente.

Luego, la regla de que el deudor propietario de la prenda conserva la *posesión*. La circunstancia de que el precario en su forma originaria, en el cliente, no daba más que la tenencia, excluye la explicación de esta regla por la vía histórica, y no deja lugar a duda sobre la intención manifiesta con que se ha reemplazado la tenencia por la posesión. Además, ¿qué otra forma hubiera podido adoptarse? Admitiendo que no se hubiese querido dar al deudor más que la tenencia, en caso de interrupción o pérdida de la posesión, el acreedor hubiera debido intentar los interdictos posesorios en su lugar. Viviendo las dos partes en un mismo sitio, es o no presentaba gran dificultad; pero no sucedía lo mismo cuando el prestamista vivía en Roma y el prestatario en un municipio lejano, por ejemplo, en la Italia septentrional o meridional. En este caso, el deudor hubiera necesitado ir primero a Roma a reclamar el socorro del acreedor, mientras que, pudiendo obrar como poseedor, la tenía a su alcance. La independencia de la posesión del deudor se hallaba reclamada aquí por el interés del acreedor lo mismo que tratándose del enfiteuta, mientras que él mismo, bajo el aspecto posesorio, se hallaba suficientemente garantido por el interdicto *de precario*.

¿A qué, pues, apartarse de lo que convenía al interés bien entendido de ambas partes y de lo exigido por la idea popular

y natural que vea en el otorgante de la garantía al poseedor y al propietario?

En tercer lugar, la restricción de la responsabilidad del deudor al *dolus* en el interdicto (*aut dolo malo fecisti, ut desineres habere*). El acreedor a quien se da la prenda tiene su propia cosa en su mano, en el sentido rigurosamente jurídico, por la dación en prenda, y en el sentido económico, por la garantía fiduciaria. Constituye esto, para él, el aguijón más poderoso de la *diligentia*: corta en su propia carne, cuando deja inculto el fundo o permite que se arruine la cosa (1).

Ciertamente, perjudica también, en este caso, al acreedor; y si los romanos, en el establecimiento de sus reglas de derecho, se hubieren dejado guiar por posibilidades abstractas, y por el deseo de hacer categorías completas, puestas al abrigo de toda crítica, por ideas doctrinales, en una palabra, el pretor hubiera debido hacer al deudor responsable de su *culpa levis*, porque también el acreedor puede sufrir con ella. No lo ha hecho; no ha establecido siquiera la responsabilidad por la *culpa lata*, sino únicamente por el *dolus*, y aun restringiéndola a la condición de *dolo desinere habere*. ¿Por qué? No había necesidad de prever que alguien hubiese deteriorado sus propios bienes para perjudicar indirectamente a otro. El único riesgo que en la práctica corría el acreedor consistía en la enajenación, pues dañaba únicamente al acreedor, constituyendo una ventaja para el deudor. Cuando en la L. 8, § 3, *de prec.*, Ulpiano extiende la responsabilidad a la *culpa lata*, los términos en que lo hace: *culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit*, prueban que expresaba, no una regla fijada en la práctica, sino una opinión individual, y el estado de las cosas en materia de prenda, tal como acabamos de exponerlo, porque la responsabilidad en cuanto a la *culpa lata* no había surgido en la práctica. Aun en materia de garantía hipotecaria, no se la menciona en ninguna parte en nuestras fuentes. Se objetará que es porque no hay aquí relación obliga-

(1) Se puede aplicar aquí lo que dice la L. 1 § 23, *de coll* (37, 6), *hic et sibi insidiatus est*.

toria entre las dos partes; pero esto no es más que una simple apariencia. Si los romanos hubiesen juzgado necesario en la práctica que el deudor hipotecario respondiera hacia el acreedor, hasta de la *culpa*, no hubieran dejado de establecerlo como regla y los juristas hubieran partido de aquí para declarar obligatoria la relación.

La inadmisión de una relación obligatoria por parte de la teoría significa únicamente que el derecho no ha juzgado *necesario* establecer del lado del deudor propietario de la prenda, una responsabilidad por la *culpa*.

En cuarto lugar, la exclusión del derecho al reembolso de las *impensas* hechas por el precarista. En todas las otras relaciones, nuestras fuentes no olvidan nunca hacer mención de este derecho, por ejemplo, hasta en el comodato (L. 18, § 2, *Comm.*, 13-6); sólo lo omiten para el *precario*. ¿Es por casualidad? No lo creo; veo más bien en ello la denegación tácita de este derecho (1). ¿Cuál puede ser la razón? No puede ser la circunstancia de que el *precario* no era una relación de obligación, pues en la *rei vindicatio* se concede este derecho hasta al poseedor; tampoco puede ser el pretendido hecho de que el *precarium* databa de una época en la cual el derecho no admitía todavía las pretensiones reconventionales del demandado, pues las reconocía ya para la dote en la época más antigua (2). Aunque admitamos que en la época de la primera introducción del interdicto no hubieran sabido elevarse todavía a la idea de una reconvencción del demandado, no se advierte; porque, una vez introducida en todas las otras relaciones, no la acogieron también para el *precarium*, con las modificaciones necesarias en el interdicto. No era éste un fragmento estereotipado, invariable, del poseedor; se le proponía de nuevo todos los años y podía, por lo tanto, acomodarse a todas las necesidades del presente.

En cuanto a la prenda, la razón es de toda evidencia. El

(1) Véase también Windscheid, *Lehrbuch*, II, § 376, nota 7.

(2) *Esp. del D. R.* IV, p. 66 y siguientes. Resulta así de la regla: *Impensae necessariae dotem IPSO JURE minuunt*.

acreedor con prenda hace los gastos sobre su *propia* cosa (sabido es en qué sentido se toma aquí esta palabra); a ella la mueve su propio interés y las impensas no aprovechan al deudor más que bajo forma de acción refleja. De aquí la exclusión de su derecho de reembolso y su irresponsabilidad por la *culpa*; una y otra son consecuencias de un solo y mismo punto de vista: su *independencia económica*.

Hasta aquí no hemos encontrado ninguna regla de *precarium* que no se aplique a la prenda. Hay, sin embargo, dos reglas que no le son aplicables: una es que el *precarium* contiene una *liberalidad*; otra, que puede ser revocado en todo tiempo por el que le concedió.

Ocupémonos de la primera regla; refiriéndonos, respecto de la segunda, a nuestra segunda relación, donde demostraremos su falta de fundamento.

Hay liberalidad, cuando, sin hallarse obligado a ella al perfeccionarse el contrato, el acreedor concede voluntariamente al deudor la posesión de la prenda. Si se ha hecho una convención a este efecto, no puede tratarse de liberalidad; la cláusula accesoria sobre la posesión forma entonces parte del contrato principal.

El acreedor que deja al deudor la posesión, no le hace un favor, no le presta un servicio, ejecuta simplemente la obligación que ha contraído. ¿Cómo han llegado los juristas romanos a caracterizar el *precarium* como servicio de una manera absoluta, sin dejar lugar para la desviación que pueda causar la voluntad de las partes en el contrato de prenda? No hallo otro motivo que el motivo histórico que expongo a continuación.

La garantía fiduciaria, en la cual, según todas las probabilidades, se ha manifestado por primera vez el *precarium* moderno, originariamente no confería derecho alguno al deudor. El contrato por el cual se reservaba el rescate, era una parte incompatible con el acto principal, *mancipatio* o *in jure cessio*, y como tal, no podía ocupar un lugar en la fórmula (1). Era una

(1) *Espiritu del D. R.*, III, 530.

cláusula accesoria, sin fuerza obligatoria, garantida únicamente por la *fides* (*fiducia*).

Ahora bien: con la posesión pasaba exactamente lo mismo que con la reserva del derecho de rescate; jurídicamente hablando, no había en este caso sino obligación, y cuando el acreedor permitía de hecho al deudor rescatar y poseer, lo hacía, jurídicamente hablando, porque quería.

En este sentido es como se puede decir que el *precarium*, *convenido* entre las partes, constituye, como el *precarium libre*, una *liberalidad*.

Puede comprenderse que la jurisprudencia antigua de Roma haya establecido este punto de vista; pero ¿cómo ha podido mantenerlo la jurisprudencia del derecho nuevo? En el intervalo, el contrato fiduciario había sido provisto de una acción (*actio fiduciae*) y se había reconocido por este medio la fuerza obligatoria de la convención sin formas. La lógica hubiera exigido reconocerla igualmente para el *precarium*, y, bajo el aspecto práctico, es lo que realmente sucedió: el principio de la revocabilidad voluntaria quedó en desuso, en la jurisprudencia nueva, para el *precarium* contractual (véase más abajo). Pero la *teoría* continuó atendida a la noción tradicional de la *liberalitas*. Lo por ella abandonado nosotros podemos repararlo; la noción de *liberalitas* no reviste la menor exactitud en cuanto al *precarium* *convenido* con ocasión de una relación contractual; no contiene, en realidad, ningún servicio, sino únicamente la ejecución de una *obligación* asumida por contrato.

La segunda relación en la cual aparece el *precarium* en nuestras fuentes bajo su forma contractual, es el *contrato de venta*, o, para hablar con más propiedad, dos cláusulas accesorias de este contrato: la *lex commissoria* y la *addictio in viem* (1). Cuando, para su seguridad, el vendedor al fiado quiere reservar-

(1) Véase, respecto de la primera: L. 20. *de prec.* (43-26); L. 3, *Cod. de pact. int. emt.* (4-54); en cuanto a la segunda: L. 11, § 12, *quod vi* (43-24). Las L. 13, § 21, *de act. emt.* (19-1); L. 38, *p. Damn. inf.* (39-2), hállanse concebidas en términos generales.

se la propiedad, tiene para ello en el derecho actual lo que se llama el *pactum reservati dominii*.

La forma romana era el *precarium*. Dar la cosa en simple *precarium* era declarar que no se realizaba la tradición para transferir la *propiedad*, sino únicamente para transferir la *posesión*; el precarista reconocía de este modo que el *tradens* continuaba siendo propietario.

En este respecto sólo hay *liberalitas* en el contrato de prenda. El vendedor no le hace un favor al comprador cuando le entrega la cosa antes del pago; éste ha sido convenido por contrato, y el comprador tiene, pues, derecho a la posesión. Precisamente por esto no puede privársele de la posesión hasta el advenimiento de la circunstancia que confiere al vendedor el derecho de reclamar de nuevo la cosa. Así lo reconocía expresamente Ulpiano, en la L. 20, *de prec.* (43 26):

Ea, quae distracta sunt, ut precario penes entorem essent, quoad pretium universum persolveretur, SI PER ENTORUM STETIT, QUOMINUS PESSOLVERETUR, venditorem posse consequi.

Antes del cumplimiento del término no puede, pues, el vendedor intentar con buen éxito el interdicto *de precaria*. Ignoramos qué sanción jurídica se había impuesto a esta prohibición, si una pena convencional o plazos concedidos por el juez (i).

(i) En cuanto al precario en materia de prenda, se ha establecido expresamente que se extingue por el pago; L. 11, *id.*: ... *pecunia soluta PRECARIUM solvitur*, es decir, no cabe el interdicto. Era indiferente que el pago no se hiciese más que en el curso del proceso (Gayo, IV, 114), aun según la opinión rigurosa de los proculyanos, porque el *precarium* pertenecía al *jus gentium*: L. 1, § 1, *id.* Lo mismo exactamente debe de haber pasado en la *lex commissoria* y la *addictio in diem*, cuando había fallado la condición resolutoria hasta la expiración del término fijado; el juez, que había esperado a decidir hasta este momento, descargaba entonces al demandado de la manera que se lo permitía la fórmula

La pretendida revocabilidad voluntaria del *precarium* no resultaba, según esto, fundada en este caso; era absolutamente incompatible con el fin del contrato y hubiera hecho imposibles las relaciones. Pues bien: lo que es cierto en este caso, debe haberlo sido igualmente en Roma para el caso de la dación en prenda.

Es imposible admitir que el *propietario* anterior, al cual había dejado el acreedor convencionalmente la posesión hasta el día del vencimiento, y a quien debía volver esta posesión con el pago, fuese tratado más desfavorablemente que el *comprador*, cuya propiedad se hallaba todavía en suspenso por algún tiempo.

Pero ¿cómo llegaron los romanos a apelar al *precarium* para efectuar este abandono contractual de la posesión? ¿Por qué no hacer simplemente este abandono por contrato?

Hallo explicado esto por la circunstancia de que los romanos ignoraban completamente la idea de una transmisión de posesión *abstracta*, tal como se la ha figurado la teoría subjetiva. Posesión, tenencia, propiedad, se referían, conforme a su concepto, a ciertos actos jurídicos concretos, a ciertas *causae*. Una de las *causae possessionis* era el *precarium*. Abrigo fundadas sospechas de que con la idea de complacencia que implicaba, según ellos, la etimología de la palabra *precarium* (*quod preces adhibuit*: L. 2, § 3, íd.), los juristas romanos del derecho nuevo introdujeron en la noción del precario un elemento que le era enteramente extraño, según las ideas de la jurisprudencia antigua. Puedo figurarme que esta última atendía, no a la antítesis de la posesión *incierta* y la posesión *cierta*, sino a la de la posesión *transitoria* (pero, por lo demás, asegurada) con la posesión *definitiva*; es decir, con la posesión de propiedad o *ad usucapionem*. Es la única manera de explicar que en materia de prenda, donde, sin embargo, era incontestable el derecho del

quod HABES del interdicto; los principios rigurosos de la *intentio juris civilis* no encontraban ciertamente aplicación en este caso; no se trataba, realmente, como en la *rei vindicatio* de la existencia de la posesión en el momento de intentar la *actio*, sino en el momento de la *sentencia*.

que la constituía, a una posesión *asegurada*, se recurriera al *precarium*. En todo caso no ofrece duda, según todo lo que precede, que el dogma actual de la revocabilidad del *precarium* es inexacto; es preciso restringirlo al precario *liberal*; no tiene ninguna aplicación al precario *contractual*.

La posición del comprador a quien el vendedor ha entregado la cosa con reserva de la propiedad, es la misma que la del deudor al cual el acreedor con prenda ha dejado la posesión de ésta. El *precarium* está considerado como un estado transitorio al cual seguirá más tarde, como estado definitivo, según la intención de las partes, la adquisición o la renuncia de la propiedad (liberación del *nexus*).

Todo lo dicho más arriba acerca de la posición jurídica del que ha constituido la prenda, se aplica igualmente al comprador, con la sola excepción de la *primera* de las cuatro reglas formuladas que no tiene aplicación alguna aquí. La *segunda*: restricción de la responsabilidad al caso del *dolo desinere possidere*, descansa aquí sobre la misma consideración; el comprador no debía ser obligado a la *diligentia* para su propia cosa. Lo mismo pasa con la *tercera*: exclusión del derecho al reembolso de las *impensas*; el comprador las hace en su propio interés. Si conserva la cosa, recaen en su provecho; si vuelve al vendedor, debe imputarse a sí mismo el haberlas hecho; hubiera debido esperar a que se decidiera la cuestión o asegurarse bien del consentimiento del vendedor. La *cuarta*: la posesión, resulta forzosamente de la posición de propietario atribuída al comprador.

A estos dos casos de la función contractual del *precarium*, contenidos en las fuentes, se añadía, en mi opinión, por lo menos en Roma, un tercero. Ciertamente es que las fuentes no lo reconocieron; pero no puede ser objeto de la menor duda cuando se imagina la vida romana, pues era prácticamente inevitable. Era el empleo del *precarium* con el objeto de representar al poseedor ausente.

Partía un romano para la guerra, o se veía obligado a emprender un largo viaje: no por esto se interrumpía la explota-

ción de su fundo; dejaba tras sí en la hacienda a sus hijos y a sus esclavos, y todo seguía su curso habitual. Pero bajo el aspecto jurídico había allí un vacío que colmar; no existía, en el intervalo, representante del fundo, y los terceros, que quizá no habían esperado más que una ocasión favorable, podían aprovecharse de esta circunstancia. El vecino se ponía a ejecutar el edificio que proyectaba hacía mucho tiempo; el individuo que apetecía la propiedad ejecutaba la *dejectio* que tenía preparada. Había un estado de ausencia práctica de derecho, pues no había nadie para reclamar la protección de las leyes. Reducir al propietario a hacer valer su derecho después de su vuelta, era darle un menguado consuelo; mientras tanto, su familia había sido desposeída de su hacienda, percibía otro los frutos y la *operis novi nunciatio* no podía darse después del regreso; debía intentarse inmediatamente, pues si no, caducaba (1).

¿Qué hacer en esta situación?

La representación era desconocida en el antiguo derecho; el medio que más tarde abrió el derecho nuevo, de nombrar de antemano un representante para todos los negocios que se presentaran durante la ausencia, no era conocido todavía en esta época. Pero la época antigua tenía el genio de la invención. La persona que se había elegido como representante estaba provista del derecho necesario o establecida como *portador del de-*

(1) Fué éste uno de los defectos de este medio de derecho que determinaron al pretor a establecer el interdicto *quod vi aut clam*. Ofrecía la ventaja de dar igualmente protección contra la *opus* emprendida durante la ausencia del interesado (*clam*). El segundo defecto era que constituyendo la *operis n. n.* el primer paso de la *actio confessoria* o *negatoria*, no podía ser entablada más que por el propietario. El pretor extendió su medio de protección al *poseedor*, y esto en la más amplia acepción de la palabra. Un tercer defecto era que la *Op. n. n.* no daba protección más que a los *edificios*; el pretor extendió su medio a toda *opus in solo factum*. Su interdicto no era más que el complemento de la *op. n. n.*; los dos estaban basados en la misma idea: protestar contra un *opus* con el efecto de obligar al adversario a restablecer los lugares en su estado anterior, *a su costa* (*restituas*: L. 20, pr., de *Op. n. n.* 39-1). La *actio confessoria* y la *actio negatoria* como *in rem actiones*, no podían tender a este fin.

recho, según la expresión que he empleado en otra parte (1). Para darle la cualidad necesaria para las contestaciones o los actos eventuales, por ejemplo, la *operis novi nunciatio*, que tenían por condición la *propiedad*, ésta le era transferida *fiducize causa* (2).

Para habilitarlo a fin de perseguir los derechos contractuales, se le hacía intervenir en la conclusión del contrato como acreedor correal (*adstipulator*); para darle los poderes de nuestros actuales ejecutores testamentarios, se le instituía heredero (3).

El medio indicado no ofrecía dificultad respecto de los fundos o las cosas muebles, cuya propiedad se podía prever de antemano que sería disputada, por ejemplo, por los esclavos, ob-

(1) *Espíritu del D. R.*, IV p. 223-253.

(2) En este sentido dice Gayo, II, 60, que el fin de la *fiducia cum amico contracta*, era: *quo TUTIUS nostras res apud eum sint*. Se ha sostenido que, no hallándose todavía el depósito provisto de acción en la época antigua, el que quería asegurar una cosa contra los riesgos exteriores, por ejemplo, durante su ausencia o en previsión de un incendio, no se limitaba a depositarla simplemente en manos de otro (*depositum*), sino que transportaba su propiedad por *mancipatio* (*fiducia*). Pero la *fiducia* no se hallaba tampoco provista de acción, y la transferencia de la propiedad le hubiera concedido al tercero mucho más de lo preciso para la simple conservación de la cosa, le hubiera permitido transferir la propiedad a otro, sin contar que, en caso de incendio, inundación, etc., era imposible proceder a una *mancipatio* para cada una de las cosas que había que guardar; esta operación no estaba indicada más que en los casos en que el fin perseguido exigía que el tercero tuviese la propiedad.

La palabra *tutius*, empleada por Gayo, se refiere a la seguridad de la *propiedad*, y no a la de la *cosa*. Tal era el caso en que se procuraba una garantía contra las confiscaciones que llevaban consigo la proscripción durante las guerras civiles. El que huía para librarse de ellas, comenzaba por hacer una venta aparente de sus inmuebles a uno de sus amigos: *fiducia cum amico, quo tutius apud eum essent*. Su propiedad se encontraba así asegurada (*tutius*), no contra los riesgos de incendio, contra la sustracción, sino contra los riesgos jurídicos, contra los litigios sobre la propiedad que pudiesen surgir durante su ausencia; el fiduciario le daba todas las garantías en este respecto.

(3) *Espíritu del D. R.*, IV, p. 247.

jeto de una *vindicatio in libertatem* inminente. Pero era imposible mancipar *fiduciae causa* todas las cosas muebles contenidas en un patrimonio, sin contar que la fiducia era imposible respecto de las *res nec mancipi*. Se proveyó a este inconveniente por la *lex Hostilia* (pr., J., de *iis per quos*, 4-10), que permitió a las personas encargadas de los intereses del ausente intentar por él la *actio furti*, en el caso de sustracción, al cual se equiparaba, como *furtum nec manifestum*, la evicción violenta de la cosa.

El *precarium*, a mi juicio, servía para la posesión, con el mismo fin que la transmisión de la propiedad *fiduciae causa* para la propiedad.

El precarista debía desempeñar el mismo papel en la posesión que el fiduciario en la propiedad; era un *representante fiduciario*, un portador del derecho. A las palabras: *Quo tutius res nostrae essent*, de Gayo, en la nota antepenúltima, corresponden las palabras: *CUSTODIAM ET AFFECTURUS tradidit* de la L. 38, p. *Dam. inf.* (39-2). No se trataba, entiéndase bien, de dar al representante el goce de la cosa; los esclavos y los hijos la explotaban exactamente como antes, y el producto se vertía en la caja del dueño.

Posesión y propiedad no eran, pues, aquí más que simples imágenes jurídicas, sin ningún contenido real, económico. Así se comprende que según nuestras fuentes, el *precarium* pueda tener por objeto el simple *possidere* sin el *uti*; lo que, hecha abstracción del objeto de la representación aquí admitido, estaría desprovisto totalmente de sentido, pues la posesión, como tal, no tiene ningún valor económico.

Este tercer caso de la función contractual del *precarium* presenta un interés particular; hace comprender perfectamente una regla de la teoría del precario que no se aplicaba a los dos casos examinados arriba: la *revocabilidad voluntaria*.

El *precarium* de procuración era revocable en todo tiempo, como el mandato; es una consecuencia necesaria del fin de la representación.

No será necesario demostrar que los otros rasgos caracterís-

ticos del *precarium*, a excepción de la *liberalitas*, que no se aplica en este caso, como tampoco en los otros dos, responden plenamente a la relación.

La *posesión* del precarista se halla necesariamente exigida por el fin de la representación. El precarista estaba precisamente colocado para proteger la posesión del ausente, y no podía hacerlo más que constituyéndolo a él mismo en poseedor. Como tal, tenía los interdictos posesorios contra los terceros, pero no contra el mandante, por de contado, puesto que no era más que un simple representante.

L. 17, de *prec.*: *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus OMNES PRAETER eum, quem rogavit, uti potest.*

Se comprende también la restricción de la responsabilidad al *dolus*. No podía tratarse aquí de una *culpa* respecto al fundo, cuya explotación no concernía en modo alguno al mandatario; la única violencia de sus deberes de que podía hacerse culpable, consistía en el descuido para obrar en justicia por el mandante, y esta negligencia se hallaba comprendida en el *dolus*, como abuso de confianza, como acto de colisión con los terceros.

En la *adstipulatio*, la responsabilidad del hombre de confianza había sido igualmente restringida al *dolus* por el segundo capítulo de la *lex Aquilia*.

No quedaba lugar, en la relación, para un derecho de restitución de los gastos. El portador del derecho no se encontraba nunca en posición de hacerlos; correspondía esto a los hijos y a los esclavos, encargados de la explotación económica del fundo, mientras que el precarista, como simple fiduciario de la posesión, estaba exclusivamente encargado de la representación jurídica del propietario.

Tenemos aquí una nueva ocasión de convencernos del carácter insostenible del punto de vista de la *liberalitas*. Lejos de prestar en este caso el propietario un servicio al precarista, era

éste quien se lo prestaba a él. El precarista no obtenía la menor ventaja; quizá su posición no le valía más que trabajo y molestias.

Si se quisiera aplicar a esta relación la frase de Ulpiano: *quod preces adhibuit*, no sería exacta más que para el propietario, pues él era quien en su propio interés había pedido al otro que aceptara el papel de precarista.

La circunstancia de que las fuentes no hacen la menor mención de este tercer caso de aplicación de la función contractual del precario, suministrará quizás un argumento contra mi opinión. Suplicaré solamente a los que me lo dirijan, que me digan lo que hubieran hecho ellos si hubiesen vivido en Roma en la época remota en que era todavía desconocida la representación en justicia. En vano hubieran buscado otro medio de garantizar sus intereses durante su ausencia. El precario era tan a propósito para esto, que si los romanos no le hubieran conocido ya en la época antigua, hubieran debido inventarlo expresamente para este uso. Si las fuentes no mencionan esta aplicación, se explica suficientemente por la circunstancia de que resultó inútil desde la introducción de la representación en justicia.

Creo que las explicaciones que preceden habrán puesto fuera de duda la función contractual del precario en tres aplicaciones: en materia de prenda, de venta y de representación; y el lector puede ahora decidir por sí mismo qué debe pensarse de la afirmación de Paulo, en la L. 14, de *prec.*: *magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad NEGOTII CONVENTI spectat precarium*. Por mi parte, creo que es simplemente un error, como tantas otras opiniones de Paulo que hemos encontrado en el curso de esta obra. El que no quiera abandonar su confianza en la autoridad de Paulo, deberá ver cómo puede mantener en pie, frente al derecho romano, esta falsa abstracción y tantas otras del mismo autor. Yo sigo al derecho romano, y no a Paulo.

B) *La función liberal del «precarium».*

Supone esta función que un romano abandona pasajera-mente a otro el goce gratuito de un fundo o de una casa, y que, en vez de elegir para esto la forma del comodato (1), que está a su disposición y que hace a la otra parte responsable de la *culpa levis*, adopta la forma del *precarium*, que no le obliga más que por causa del *dolus* y de la *culpa lata*. Es evidente que sólo las relaciones personales particulares pueden haber motivado esta reducción de la responsabilidad afecta al contrato. Creo haberlas descubierto en el terreno de la *familia romana*. Veo el caso de su principal aplicación en la ventaja concedida por el padre a su hijo emancipado, con el objeto de procurarle la situación patrimonial que el *peculium* aseguraba al *filius familias*.

La condición de los hijos de familia en las clases elevadas en Roma era, sabido es, bien diferente la que tienen hoy. La patria potestad, cuando no se disolvía por la emancipación, duraba hasta la muerte del padre de familia, y así podía suceder que personas de edad, que habían desempeñado ya los más altos cargos en el Estado, se hallasen todavía bajo la patria potestad. Su dependencia económica y la conservación doméstica de los hijos en nuestros días, hubieran sido inconciliables con esa situación; el uso exigía que el padre procurase al hijo la independencia económica que convenía a su edad y a su posición social. El hijo de familia de un rango elevado tenía, para él solo, casa en Roma, casa de campo, instalaciones lujosas y numerosa servidumbre, todo con el capital necesario para subvenir, por medio de los intereses, a los gastos propios de su categoría. Era una parte del patrimonio paterno que el padre le abandonaba en vida; pero sólo en forma de peculio, y, por lo tanto, jurídicamente, revocable en todo tiempo; pero de hecho equi-

(1) L. 1, § 1, *Comm.* (13-6): *etiam habitationem commodari posse.*

valente a un patrimonio propio (1). Lo mismo sucedía en el interior del país. El gran propietario territorial asignaba a su hijo, para que los explotara por sí mismo, uno o varios de sus bienes rurales (2). Ni podía ser de otra manera para las otras clases menos afortunadas de la sociedad, en particular para las clases industriales. El hijo que quería ejercer una industria o un comercio, recibía de su padre los recursos necesarios a este efecto; la *actio tributoria* nos ofrece una prueba de ello.

¿Qué sucedía cuando el padre emancipaba a su hijo? Podemos admitir, aun sin el apoyo de pruebas positivas, que la situación de hecho continuaría siendo la misma. Se contaba para este efecto con una doble forma jurídica: la de la merced *jurídica* en forma de donación, el anticipo de la legítima, como diríamos hoy, y la forma de la merced de puro *hecho*, en la cual la propiedad continuaba siendo del padre, y el hijo no obtenía, como antes, más que el simple disfrute, es decir, el *precarium*.

En la práctica, el precario confería al hijo emancipado la misma situación que el *peculium* al sometido a la patria potestad. Si se mostraba digno de la confianza que se le había dispensado, si administraba como era debido, si se conducía con su padre de un modo conveniente, conservaba lo que tenía; si no sostenía su reputación, si se apartaba del camino derecho, si no tenía para su padre los miramientos y el respeto que le debía, si le rehusaba la obediencia, lo perdía todo. Para el hijo respetuoso, obediente, de buena conducta; para el buen hijo, en una palabra, esta dependencia nada tenía de molesta ni de inquietante; no era cadena pesada más que para el mal hijo. Pero esto era precisamente lo que se deseaba; el derecho de revocación le servía de freno y le colocaba bajo el poder del padre lo mismo que al *filius familias*; era la garantía de su buena con-

(1) *Espritu del D. R.*, p. 212, nota.

(2) Cicerón, que menciona este hecho en *Pro Rosc. Amer.*, c. 15-43 (*certis fundis patre vivo frui solitum esse*), añade esta noticia importante: *quod* CONSUETUDINE *patres faciunt*, es decir, que la concesión de una parte del patrimonio paterno era [de uso general. Festo, en el texto citado arriba, menciona igualmente esta costumbre.

ducta. De este modo el *precarium* establecía para el hijo emancipado la misma posición que el *peculium* para el hijo de familia: independencia económica de hecho con dependencia jurídica.

Se pueden emplear indiferentemente las dos expresiones y decir que el *peculium* era el precario del hijo de familia, y el *precarium* el peculio del hijo emancipado.

Esta aplicación del precario no encuentra tampoco el menor apoyo en los textos, y aquellos cuyo pensamiento no va más lejos que las decisiones de los textos, se prevaldrán de esta razón para condenar mi opinión.

Pero también aquí preguntaré a mis críticos, como hace poco a propósito de la función procuratoria del precario: ¿qué hubieran hecho si hubieran vivido en Roma? Creo que no hubieran obrado de otro modo que como, en mi opinión, obraron los romanos.

A imitación del padre, podían otros parientes concebir la idea de dar de la misma manera una parte de su herencia futura a sus herederos abintestato. No son raras aun hoy semejantes cesiones revocables, mientras que las donaciones revocables a personas no parientes debían ser muy raras.

Desde el punto de vista de la forma pura, la revocación de la donación se encuentra, sin duda, en las mismas condiciones que la revocación de la venta; pero en la vida real tiene otro alcance muy diferente. La reserva de revocación en una donación entre vivos es tan contraria a la intención de dar, que, para comprenderla, hay que apelar a motivos particulares. No encuentro tales motivos más que en la hipótesis, admitida arriba, de la cesión de una parte de la sucesión futura al heredero abintestato; hipótesis en la cual la relación personal que existe entre las partes excluye el carácter chocante que, sin esto, tendría una donación semejante, y en la cual la circunstancia de que el mismo donante puede caer más tarde en necesidad, o de que el donatario puede mostrarse indigno de ella por su conducta, hace aparecer tal reserva como perfectamente justificada.

El derecho antiguo no conocía la donación revocable; dar y retener le parecía una *contradictio in adjecto*; la única forma que

ofrecía para verificar un anticipo de herencia con reserva de revocación, era el *precarium*. El derecho nuevo permite alcanzar, además, este fin, mediante la *donatio mortis causa*; pero el precario conservó su utilidad al lado de esta última. El donatario podía eludir el derecho de revocación del donante enajenando la cosa; el precarista, no.

Otra relación, en la cual es verosímil que el precario se haya aplicado frecuentemente en Roma, era la del patrono con el liberto. La concesión de una habitación libre (*habitatio*) al liberado, sea por testamento, sea entre vivos, formaba en Roma un objeto favorito de la generosidad patronal. Originariamente era una relación de puro hecho sin ninguna protección jurídica. Cuando se proveyó de acción a los fideicomisos, se hizo posible dar protección jurídica a la concesión de una habitación libre por disposición de última voluntad; pero la concesión de una habitación libre entre vivos continuó constituyendo como antes una relación de puro hecho, y en tanto, revocable a voluntad, es decir, un *precarium* (1). El único interés que ofrece esta relación para la teoría del *precarium*, es que nos presenta un caso del *in possessione esse* del precarista.

Debería probar ahora que esta función del precario liberal en las relaciones de parentesco responde al tipo trazado por los juristas romanos; pero creo estar seguro del asentimiento de mis lectores, enumerando simplemente los diversos puntos de que se trata aquí, y dejándoles el cuidado de examinar mi opinión.

Son los cuatro puntos siguientes:

- 1.º Revocabilidad voluntaria de la concesión.
- 2.º Responsabilidad restringida al *dolus* y a la *culpa lata*.
- 3.º Exclusión de las indemnizaciones.
- 4.º Posesión.

Concluamos, pues, que el precario liberal con concesión de

(1) Así resulta de los términos en que Papiniano justifica la revocabilidad en el caso de que trata (L. 27 de don., 39 5): *non MERAM donatorem esse, verum officium magistri quadam mercede REMUNERATUM reguallum, ideoque non videri donationem sequentis temporis IRRITAM esse*; o sea, en otros términos: no hay aquí *precarium*.

la posesión tiene prácticamente su lugar en el seno de la familia romana. Pertenece, si no en teoría, a lo menos por su función, a las instituciones de la vida de familia romana. El *precarium* estaba destinado al hijo emancipado y a los herederos abintestato, como la *dos* estaba destinada a las hijas, el *peculium* a los hijos, el *usus fructus* a la viuda y a los otros parientes.

La exposición precedente cree poder enorgullecerse de haber establecido cuatro casos en que el precario es perfectamente comprensible, tanto según su motivo, como según su aspecto jurídico; los tres casos de su función *convencional* en el derecho de prenda, en la transmisión de la propiedad, en la representación, y el caso único de su función *liberal* en las relaciones de familia.

Es posible que haya habido otros casos; por mi parte, no los he encontrado, y esperaré a que alguno haya hecho una demostración como la mía, para el caso que la opinión corriente tiene exclusivamente en cuenta: la *liberalitas* de una manera absoluta. Para hacer esta demostración, el que de ello se encargue, deberá contestar a la pregunta de lo que puede haber movido a los romanos a elegir, en vez de la única forma conveniente del comodato con tenencia, la absolutamente impropia del *precarium* con posesión, para el caso en que una persona quiera dejar pasajeraamente el uso de una cosa a otra que no se halle ligada con ella por los lazos de la afección.

He probado que la concesión de la *posesión* al precarista tenía en los cuatro casos *serios motivos prácticos*; el fin que se perseguía en todos no hubiera podido alcanzarse si no se hubiera dado al precarista la posición de hecho del propietario.

Pero el *precarium* podía del mismo modo no dar más que la *tenencia*, y esto suscita una nueva cuestión: ¿por qué la tenencia, y por qué no, como en otras ocasiones, la posesión? Evidentemente debe de haber habido casos de *precarium* en que la posesión no tenía razón de ser. ¿Cuáles eran estos casos?

Hemos aprendido ya a conocer uno de ellos, el de la concesión de una *habitatío* libre por parte del patrón al liberado. En este caso en que el precarista sólo obtenía una habitación en la

caso de otro, no podía tratarse de posesión, y no quedaba más que el *in possessione esse*. Otro caso, que puede darse entre nosotros como entre los romanos, y que no es del todo raro, es el siguiente: permite uno a su vecino, que se dispone a edificar, depositar los materiales en sus patios; le permite, después de un incendio, meter el rebaño en su establo, el carruaje en sus cocheras. No hay depósito en este caso; el concedente no asume ninguna *obligación* respecto de estas cosas, sino que se limita a conceder a la otra parte *autorización* para ponerlas al abrigo en su fundo. No es menos cierto que no hay aquí comodato; como contrato real, el comodato supone la tradición de la cosa, y el patio, la cuadra, la cochera, no son en el caso presente, objeto de tradición, sino que continúan en la posesión del concedente.

No queda, pues, más que el *precarium*; pero un *precarium* de otra especie que los que hemos aprendido a conocer hasta aquí; no tiende, para hablar el lenguaje de los romanos, a *possidere*, sino sólo a *in possessione esse*. Ya se comprende que para esto no se necesitaba una convención particular; la tenencia resultaba de que el concedente conservaba la posesión del fundo, y de que era imposible una *compossessio plurium in solidum*.

Sólo las apariencias exteriores distinguen ya este aspecto del *precarium* de las formas indicadas arriba y, para abreviar, podemos designarlo como precario *parcial*, en oposición al precario *total*. En esta última, el precarista obtiene la cosa *entera*; en la otra no obtiene más que una *parte*. Es la misma oposición que hemos aprendido a conocer más arriba en materia de *superficies*; es idéntico el motivo de la diferencia de aspecto de la relación posesoria.

Hecha abstracción de esta relación en que la tenencia era completamente incontestable, y a la cual se podría aplicar, en este respecto, el nombre de *precario* de *tenencia*, para distinguirla del *precario* de *posesión*, ¿dieron los romanos a la tenencia en materia de precario una extensión mayor aún, es decir, establecieron *convencionalmente* la tenencia, aun en los casos en que era posible la posesión en sí?

Esta pregunta se sale del objeto de estas explicaciones, que tendían únicamente a justificar por motivos prácticos la relación posesoria existente en el precario.

El precario de posesión figura todavía hoy en nuestros cursos de *Pandectas* como una institución práctica. En mi opinión, es un completo error, y me felicito de haber hallado recientemente en Bähr (1) esta idea que enseñó hace años en mis lecciones. No he oído en mi vida citar, ni he visto en los libros, un caso de este género; tiene, a mi juicio, su lugar propio en el cementerio de la Historia del Derecho que he creado en mi *Schers und Ernst in der Jurisprudenz* (p. 279) para este género de instituciones enteramente muertas para nosotros.

Se puede borrar completamente el precario de posesión de nuestro derecho actual, sin que por ello resulte la menor laguna para la aplicación del Derecho; el comodato lo suple perfectamente. Sólo se encuentra todavía hoy el precario de tenencia en los casos indicados y en otros análogos; pero en la práctica se halla desprovisto de toda importancia para la teoría de la posesión.

Estoy, pues, enteramente de acuerdo con Bähr, en que, cuando el precarista no quiere ceder a pesar de un requerimiento, el poseedor puede expulsarlo por su propia autoridad. Si prefiere obrar en justicia, tiene a su disposición el interdicto *uti possidetis*.

El interdicto *de precario* es, por consiguiente, del todo superfluo; no se le menciona más que por puro escrúpulo histórico.

3.—EL INVENTOR DE BUENA FE

La relación posesoria del inventor no ofrece interés alguno práctico para nuestro derecho actual. En efecto, sólo puede presentarse la cuestión respecto de las cosas muebles, y nues-

(1) En su artículo sobre la teoría de la posesión, *Fahrbücher*, 26, p. 293-297.

tro derecho actual no admite una protección particular para ellos que presuponga la posesión jurídica. Para los romanos, por el contrario, la cuestión ofrecía cierto interés a causa del interdicto *utrubi*, y me coloco en este punto de vista del derecho romano puro para examinar la cuestión en la práctica.

Distingo el inventor de buena fe del *negotiorum gestor*, de que se tratará más lejos; apenas hay necesidad de justificar esta distinción.

El inventor tiene, sin duda, intención de entregar la cosa al propietario, y en este sentido, se podría decir que obra como gerente de negocios. Pero esto no es exacto. En efecto: en primer lugar, el gerente de negocios, una vez comenzado el negocio, está obligado a llevarlo a término (1), y seguramente nadie disputará al inventor el derecho de rechazar la cosa que ha inventado (2). Luego, en el inventor, a la intención de devolver la cosa al propietario, puede también unirse la intención de guardarla para sí, si no puede descubrirse al propietario.

Tras la intención de obrar para el propietario se encuentra, pues, la intención de obrar para sí (3). Así se comprende que las fuentes no mencionen en ninguna parte la aplicación de la *act. neg. gest.* contra el inventor. Las acciones de que tenía que servirse el propietario en caso de negativa a restituir la cosa, eran la *condictio furtiva*, la *actio furti* y la *actio ad exhibendum*, que garantizaban completamente sus intereses. Las disposiciones de nuestro derecho actual sobre los derechos del inventor impiden toda asimilación.

Ahora bien, ¿cómo debe concebirse la relación posesoria del inventor?

(1) L. 3, § 2; L. 21, § 2, L. 31, § 2. de *negot. gest.* (3-5).

(2) Puede tener para esto, motivos perentorios; por ejemplo, la cosa mancha su vestido, o sus manos; se cansa de llevarla tras de sí; encuentra gentes ante las cuales no puede presentarse con ella. Según el derecho romano, que no le obliga a restituir más que cuando la ha enajenado por *dolo* (*act. ad exhibendum*: L. 15, *ad exh.*, 10, 4), podía rechazarla.

(3) Delbrück, en los *Fahrbücher*, III, p. 48.

Según la teoría subjetiva, es indudablemente la *tenencia*, puesto que reconoce el derecho superior de otro, y tiene intención de restituirle la cosa. Con razón se ha decidido Mandry por la posesión, y ha establecido de una manera perfectamente justa la imposibilidad de hacer otra cosa. Hasta el descubrimiento del propietario, que estaría, según la opinión contraria privado de toda protección posesoria aunque el interés del inventor, lo mismo que el del propietario, la pidan imperiosamente; el inventor debe ser protegido, sino por él, en todo caso por el propietario.

Pero el camino de la deducción jurídica que sigue Mandry para alcanzar el resultado, no es, a mi juicio, el más seguro. Consiste en probar que el inventor no *puede*, en absoluto, tener intención de poseer para el propietario. Debe decirse que no puede *continuar* la posesión de éste, puesto que está perdida, ni *adquirirla* de nuevo, puesto que esto no es posible sin orden suya; no queda, pues, más que la intención de poseer para sí, siempre a reserva de transferir la posesión al propietario, si llega a ser descubierta. Pero admitiendo que la voluntad de poseer se determine según lo que al poseedor *debe* decirse y no según lo que se *dice*, empieza por no ser exacto que al inventor deba decirse que el propietario ha perdido la posesión.

Sabido es que la posesión de la cosa perdida continúa hasta tanto que el que la ha perdido nota la pérdida y trata de encontrarla; sólo cuando lo ha procurado infructuosamente, es cuando puede decirse que ha perdido la posesión (1). ¿Puede saber el inventor, al ver la cosa, si continúa la posesión o si se ha perdido? Encuentra un pañuelo en el bosque y lo recoge para devolvérselo a un hombre que va delante de él, a alguna distancia, y que supone es el que lo ha perdido; trata de alcanzar a este hombre, pero no lo consigue. Aquí la posesión no estaba perdida todavía. Supongamos que el inventor sea un jurista que conoce la teoría de la posesión y quiere ajustar a ella su *animus*.

(1) L. 3, § 13, h. t.: ... *vas ita exciderit ut non inveniatur*. L. 25, pr., ib.: *ut ignoremus ubi sit*.

Su intención no sólo *podía*, sino que *debía ser continuar* la posesión. Pero admitamos que la cosa encontrada engaña por su aspecto exterior; que llevaba ya cierto tiempo en aquel sitio; que, por consiguiente, había desaparecido la posesión: ¿se sigue de aquí que el inventor no pueda, sin poderes del propietario, adquirir la posesión para sí, que *deba* obtenerla él mismo aun cuando su intención no pasara de la tenencia, cuando es perfectamente libre de hacerlo según la teoría subjetiva? Mandry alega, para justificarlo, que sin esto no habría posesión; lo cual no se compece con la L. 1, § 20, *h. t.*, pero hemos mostrado más arriba el valor de la deducción que hace Paulo en este texto. La teoría de los juristas romanos se concilia perfectamente con la hipótesis de la tenencia en el uno, sin que haya posesión en el otro.

Mandry se veía obligado a hacer esta deducción, porque, sin atenerse a la condición del *animus domini*, se atenía, sin embargo, a la de la voluntad de poseer. Para poder admitir la posesión en el inventor, debía atribuirle el *animus possidendi*, que, en su opinión, no es incompatible con la intención de transferir en seguida la posesión al derechohabiente.

Según mi teoría, la voluntad de poseer, en el sentido de la teoría dominante, no tiene nada que ver aquí... ni en ninguna otra parte.

El inventor toma la cosa; por este sólo hecho detiene la posesión en tanto en cuanto no haya una disposición positiva que se la rehuse, y en vano buscamos en las fuentes semejantes disposiciones.

Se nos objetará que la lleva consigo necesariamente la lógica del derecho romano, puesto que el inventor tiene la intención de devolver la cosa al propietario, y por lo tanto, no puede tenerla de adquirir la posesión para sí. Pero también el mandatario tiene la intención de devolver la cosa al mandante, y, sin embargo, obtiene la posesión. La intención de obrar para otro y la posesión para sí mismo, se concilian perfectamente entre sí. El inventor adquiere la posesión como reemplazando al propietario; éste resuelve todas las dificultades. Para la juria-

prudencia antigua de Roma, que no conocía todavía la adquisición directa de la posesión por representante, éste era el único aspecto posible de la relación. Ciertamente, la jurisprudencia nueva hubiera podido aplicar aquí el punto de vista de la representación directa; pero no lo ha hecho, y ha hecho muy bien, según las razones prácticas que hemos indicado arriba.

Conclusión: *el inventor tiene la posesión.*

4.—EL GERENTE DE NEGOCIOS

Por los motivos que acabamos de indicar, el gerente de negocios no podía, según el derecho antiguo, obtener más que la posesión, y en mi opinión, la jurisprudencia nueva hubiera debido disponer lo mismo. Pero en el intervalo, la adquisición inmediata de la posesión en beneficio del representado se había hecho posible en los otros casos de representación (mandato, tutela), y se creyó que se debía extenderla igualmente a la gestión de negocios; no, bien entendido, en el sentido de que el representado obtiene la posesión sin voluntad, sino en el de que le bastaba su rectificación para obtenerla (1).

¿Cómo debemos representarnos la relación posesoria antes de esto? El gerente de negocios, ¿tiene o posee? Me he pronunciado por esta última manera de ver. El motivo principal que a ello me obliga es un motivo práctico. Si se concede la tenencia al gerente de negocios, habría en el intervalo hasta la decisión de parte del dueño del negocio—la cual puede hacerse esperar mucho tiempo si no es conocida todavía o si se halla ausente—un estado de carencia completo de protección de la posesión. En la adquisición de la posesión por un representante autorizado no existe esta situación puesto que es conocido el mandante. Se me objetará que, una vez que existe la posesión, no puede

(1) Ulpiano, L. 42, § 1, *h. t. Procurator, si quidem mandate domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem, quod si sua sponte emerit, non nisi ratam abuerit dominus emptionem.* Paulo, S. R. V., 2, 2.

convertirse en tenencia por una simple declaración de cambio de voluntad por parte de otro. No admito la negación; la relación de tenencia supone, según la teoría de los juristas romanos, tal como la he establecido, una *causa detentionis*. Antes que ésta exista no puede obrar; no puede, pues, tratarse de tenencia; si la cuestión de tenencia surge, no hay el menor obstáculo, porque obra sobre la relación posesoria; la posesión se convierte en tenencia en virtud de la regla del derecho.

Los juristas romanos no se pronunciaron acerca de la relación posesoria del gerente de negocios; se limitan a la regla de que el dueño del negocio pueda procurarse la posesión y la propiedad mediante su ratificación. Considero muy peligrosa esta regla; la garantía que la cosa da al representante autorizado, respecto de los gastos que ha hecho o las obligaciones que ha asumido, se la arrebató el gerente de negocios por el efecto reconocido a la ratificación (L. 42, § 1, cit.); el representado puede arrancarle violentamente la cosa a un simple tenedor, y a él le toca ver cómo ha de hacerse entregar lo que le concierne.

¡Cuánto más justo hubiera sido que la jurisprudencia nueva se hubiera conformado con la antigua! Quizá viva en la creencia de que ha acertado en todo; tiene que ver cómo puede conservar su fe en este caso. En cuanto a la antigua jurisprudencia romana, participo de esta creencia - cada fragmento que someto a un examen atento, me llena siempre de nueva admiración—; pero en cuanto a la jurisprudencia nueva, hace ya bastante tiempo que mi opinión ha cambiado.