

La documentación del precario: una inscripción de Benevento ⁽¹⁾.

por José-Domingo RODRÍGUEZ MARTÍN
(Universidad Complutense de Madrid)

Roma nos ha legado innumerables testimonios de actos jurídicos, conservados en documentos de todo tipo: desde *ostraka* garabateados con escrituras cursivas, hasta inscripciones en mármol, pasando por tablillas de cera o planchas de bronce. Todos estos *instrumenta* son de gran valor para conocer la efectiva aplicación del Derecho Romano; de hecho, la imagen que podemos hacernos del ordenamiento romano a partir de los testimonios de los juristas sería sin duda incompleta si no comprobásemos, después, la efectiva aplicación del Derecho jurisprudencial en cada uno de los diferentes *negotia*.

1) Comunicación presentada en la 52ème Session de la *Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* (Madrid, 28 de septiembre–1 de octubre de 1998). En estas páginas se recoge el texto definitivo de la comunicación, una vez incluidas las observaciones que los profesores TALAMANCA, RAINER, CANNATA y ANKUM realizaron en el debate posterior a su presentación.

La propuesta de la presente Sesión de la S.I.H.D.A. es, por tanto, dejar hablar a los diferentes *negotia* que, documentados en sus *instrumenta*, nos muestran cómo se aplicaba, día a día, cada institución jurídica romana.

El *negotium* que he escogido para esta comunicación es una concesión de una servidumbre en precario, que se nos ha transmitido a través de una inscripción hallada en Benevento (2). La razón de esta elección es que el documento aporta datos que, en mi modesta opinión, describen el precario como una concesión de mucho más alcance de lo que se suele considerar: en efecto, normalmente se describe el precario como una simple concesión de un bien o facultad a quien lo ha solicitado mediante *preces*, y que es libremente revocable por parte del concedente. Y es precisamente esta característica de su libre revocabilidad lo que ha obstaculizado su consideración como verdadera y autónoma institución jurídica, relegando esta figura a la categoría de “mera relación de hecho”, y a la que se dedica tan sólo una breve referencia en los manuales, en los cuales si acaso se discute la cuestión de su origen (3) o la razón de la inclusión del precarista

2) La inscripción se encuentra recogida en DESSAU 6017 y FIRA III, § 106 r. La noticia de su aparición y la primera descripción son de GATTI (*Notizie degli scavi di Antichità*, en Atti della R. Accademia dei Lincei [1897], Serie Quinta, pág. 163.).

3) Vid. ZAMORANI, P., *Precariohabere*, Milán 1969, especialmente el capítulo primero de la obra, dedicado precisamente al origen del precario. De igual modo, *uid.* el artículo de KASER “Zur Geschichte des *precarium*”, en ZSS 89 (1972), págs. 94 y ss. (estas dos obras serán citadas repetidamente en el presente trabajo, como ZAMORANI, *Precario...*, y KASER, *Zur Geschichte...*). En síntesis, la discusión en cuanto al origen del precario se plantea entre dos opiniones: los que ven el origen de la figura en las concesiones del *ager publicus*, y los que lo encuentran en las relaciones de clientela. Vid., por otra parte, la opinión de MICHEL (*Gratuité en droit romain*, Bruselas 1962, pág. 129), que no cree que ambas soluciones sean excluyentes entre sí.

entre los llamados “poseedores anómalos” que el pretor ampara (4). En cualquier caso, queda como una práctica social de gran alcance pero de poca trascendencia jurídica.

Pero la inscripción que voy a comentar parece reflejar una realidad muy distinta. Veamos su contenido:

A · L · PHILEMONES · I M M I S S [] []
 [] [] VM · EAE · TIGILLA · L · CASSIVS
 L · L · PRIMVS · D · MARCIVM · D · L
 PHILEMNEM · P R E C A R I O ·
 R O G A V I T · V T E I · E O · P A R I E T E
 I M M I S S A · E S S E N

4) Como es sabido, a la par que el secuestrario y el acreedor pignoraticio; *uid.* las obras citadas en la nota anterior, *partim*, donde ZAMORANI expone su teoría de que la naturaleza del precario es un “vicio posesorio” (“precarietà-vizio”), mientras que KASER aprecia que es una concesión de mayor entidad, un “Leihverhältnis von besonderer Art” (como se comentará *infra*). Precisamente, la inscripción que es objeto de esta comunicación aparece comentada por estos autores, pero desde el punto de vista de la naturaleza del derecho que concede: para KASER, es una prueba de que el precario no puede ser una *possessio* viciosa, ya que la concesión de una servidumbre no otorga posesión de ningún tipo (*uid.* KASER, *Zur Geschichte...*, págs. 100-101). ZAMORANI, por su parte, aporta numerosos testimonios en favor de su tesis, y estima que la inscripción comentada es una excepción casi aislada que no rompe la regla (*uid.* ZAMORANI, *Precario...*, págs. 68 y ss., y por otra parte 65, especialmente nota 18, donde también se citan CIL III 3626 y X 1285). Sobre la concesión de derechos como objeto del *precarium*, recientemente, GARCÍA VÁZQUEZ, C., “*Precarium usus iuris*”, BIDR 35-36 (1993-94), págs. 279 y ss..

-----D.Marcus]

A. (=D.?) *l(ibertus) Philemones immis[s]a*

dom]u meae (5) *tigilla: L. Cassius*

L. l(ibertus) Primus D. Marcium D. l(ibertum)

Philem[o]nem precario

rogavit uti eo pariete

immissa essen[t]

El comienzo de la inscripción está cortado, pero incluyo la reconstrucción de uno de sus editores, ARANGIO-RUIZ, en negrita. El texto recoge una declaración de Décimo Marcio Filemón, liberto de Décimo (6), por la cual se sabe que su casa soporta unas vigas (*tigilla*) del vecino. Y acto seguido, la inscripción explica la causa de dicha *immissio*: el que suponemos que era su vecino, Lucio Casio Primo (liberto de Lucio) había pedido a Décimo Marcio Filemón que le permitiese apoyar, en precario, las citadas vigas en su casa.

5) ARANGIO-RUIZ advierte en FIRA, con razón, que la forma correcta sería *in domum meam*, dado que el acusativo con preposición suele ser la forma más utilizada con el verbo *immitto*.

6) Aunque, como se puede ver, la inscripción recoge A. *l(ibertus)*, “liberto de Aulo”(?). Sin embargo, como de nuevo advierte ARANGIO-RUIZ en FIRA, por el sentido del texto que sigue y según la costumbre de que los libertos adoptaran el *nomen* y *cognomen* de su patrono, parece lógico pensar que la A se habría grabado por error en lugar de la D que sería de esperar (así lo indico en negrita en la transcripción de la inscripción).

La primera cuestión salta a la vista: si las concesiones en precario son libremente revocables, ¿cómo es posible que se decida construir todo un inmueble, teniendo en cuenta que el concedente puede pedir que se retiren las vigas en cualquier momento? Parece sorprendente que la construcción de algo que por su propia naturaleza exige una perdurabilidad dependa de algo tan arbitrario e inseguro como el precario.

Pero el dato está claramente atestiguado por la inscripción. Esto nos obliga a replantearnos la cuestión, aceptando que quizá las concesiones en precario pudieran tener una larga duración, y que por tanto su libre revocabilidad (que constituye su característica esencial) no suponía necesariamente una concesión efímera en el tiempo. Como esta inscripción demuestra, el precarista podía fundar expectativas a largo plazo (tales como la edificación de inmuebles) en una mera concesión en precario (7).

Pero esta seguridad del precarista respecto de su concedente, que le permite incluso construir una casa apoyando sus vigas en precario, ¿estaría fundada en la mera confianza en que el

7) Se podría pensar que la construcción era provisional; pero la mención de las “vigas” hace suponer que más bien se trata de una estructura con visos de perdurabilidad. TALAMANCA considera, sin embargo, que el uso del *tigillum* (diminutivo de *tignum*) denota una construcción efímera. La apreciación es, sin duda, sugerente, pues ofrece una solución sencilla para la cuestión; sin embargo, existen otros usos de *tigilla* en las fuentes que atestiguan precisamente el sentido de permanencia que creo encontrar en la inscripción: así, *uid.* S. Agustín, *Ciu.*, 7,11, donde se comentan los epítetos dedicados a Júpiter; uno de ellos es precisamente “*tigillus*”, “el que sostiene el universo” (“*quod tamquam tigillus mundum contineret ac sustineret...*”).

concedente no revocaría la concesión... o se apoyaría más bien en algún tipo de protección jurídica?

La primera opción, la confianza entre concedente y precarista, concuerda con la opinión tradicional de que el origen del precario está en la relación patrono-cliente⁽⁸⁾: así, la posición de sumisión del cliente supondría la libre revocabilidad de la concesión⁽⁹⁾, pero ésta estaría a su vez limitada por el deber del patrono de amparar en sus necesidades a su cliente. Sus deberes ético-sociales (*officia*) le impedirían probablemente ejercer con arbitrariedad su derecho a recuperar lo concedido.

Pero en el caso de nuestra inscripción, tanto el cedente como el precarista son libertos, y no parece lógico que entre ellos se hubiese establecido una relación de clientela, dadas las restricciones jurídicas y sociales que este tipo de personas sufría en la sociedad romana. Por otra parte, y en términos más

8) Es la explicación que prefieren ZAMORANI (*Precario...*, págs. 15 y ss.) y KASER (*Zur Geschichte...*, págs. 96-98.). Para éste, la cosa concedida en precario sería fácilmente recuperable gracias al “Hauszucht” (o “disciplina familiar”) del *pater familias* respecto de su cliente. En este ámbito, la aparición del *interdictum de precario* a favor del cedente quizá se deba a la extensión de las concesiones en precario a personas que no se encontraban sujetas por la relación de clientela. Nótese que, gracias a la *exceptio uitiosae possessionis*, la concesión de este interdicto dejaba de todos modos al *pater* la vía del ejercicio de su propio poder respecto de sus clientes.

9) ZAMORANI (*Precario...*, págs. 11-12) llama la atención sobre la interpretación que BOZZA (*La «possessio» del «ager publicus»*, Nápoles 1938, pág. 174), hace del término *precarium*, que en su opinión conlleva etimológicamente esta idea de sumisión; se utiliza este dato, entre otros, para negar el origen del precario en la *possessio* del *ager publicus*, pues la raíz de *possidere* significa “señorío, dominio”, y no “sumisión”.

generales, se sabe que las concesiones en precario se habían extendido más allá del ámbito familiar en época clásica (10).

¿Existía, pues, algún tipo de límite jurídico a la revocabilidad de la concesión, que permitiera al precarista crearse unas expectativas a largo plazo fundadas en su concesión?

KASER estudió el problema, a raíz de una profunda recensión a la obra de ZAMORANI (11), y aportó valiosísimos testimonios en los cuales se apreciaba que el precario podía constituir una concesión a plazo, irrevocable dentro de dicho período de tiempo, y que tenía muchos y variados efectos jurídicos. Aunque en esta comunicación no se puede abordar todo el problema, baste citar que KASER aporta ejemplos del uso del precario en conjunción con la *locatio conductio* o la *emptio uenditio*, en los cuales el concedente se ve privado de su facultad de revocar la concesión en un plazo marcado por dichos contratos (12); incluso advierte

10) Como ya apunté *supra* (nota 8), es precisamente la aparición del *interdictum de precario* en el Edicto lo que hace suponer una extensión del precario a personas ajenas al círculo de la familia, en su sentido más amplio.

11) El artículo de KASER, *Zur Geschichte...* (*cit. supra*, nota 3) es en realidad la recensión a la obra de ZAMORANI, *Precario...*, *cit. ibidem*. Aprovecho esta sede para subrayar la elegancia con que el maestro alemán realiza sus comentarios, puesto que la minuciosa y profunda crítica que realiza en múltiples puntos a la obra del entonces joven romanista italiano (entre ellos, su tesis principal de la concepción del precario como “precarietà-vizio”), no le impide alabar y estimular su trabajo en esa línea (*uid.* KASER, *Zur Geschichte...*, pág. 148).

12) KASER, *Zur Geschichte...*, págs. 103-104, sobre la caracterización de una concesión como *locatio conductio* o precario en función de que exista un pago como contraprestación; esta medida iría destinada a evitar la *usureceptio ex fiducia*; *ibidem*, págs. 105 y ss., donde se concede al arrendatario la cosa en precario, quizá para permitir al *locator* el recurso del *interdictum de precario* además de la *actio locati*; como efecto paralelo, se produce la no revocabilidad del precario hasta que hubiese pasado el plazo establecido en el contrato de arrendamiento. Efecto parecido se consigue en la *emptio uenditio* (págs. 111 y ss.), al conceder el vendedor al comprador la cosa en precario hasta que no pague el precio: el vendedor tiene así el *interdictum de precario* para una rápida recuperación de la cosa, pero no puede ejercitarlo hasta que el comprador no incurra en mora.

que ciertos juristas clásicos admiten ya un precario “*ad tempus*”, entendiendo la libre revocabilidad del mismo como un *ius dispositiuum* al que el concedente puede temporalmente renunciar (13).

Considero que la citada inscripción se encuadra dentro del marco establecido por KASER, pues de este modo se entiende la concesión de una servidumbre de apoyo de viga en precario, con la exigencia de perdurabilidad que dicha concesión supone.

Pero además, esta inscripción atestigua la utilidad jurídica de una figura como el precario, y es que la concesión de una servidumbre en precario permite evitar el obstáculo de que el cedente no pueda, o no quiera, constituir la de modo definitivo: con esta concesión eludiría D. M. Filemón, en el primer caso, una hipotética prohibición de gravar su fundo con una servidumbre, prohibición que podría tener su origen en alguna disposición *mortis causa* o norma urbanística(14); en el segundo caso, quizá el cedente quisiera simplemente garantizar la

13) Vid. KASER, *Zur Geschichte...*, págs. 113 y ss..

14) ZAMORANI (*Precario...*, págs. 68-69) cita D. 8,2,32 pr. y D. 8,4,17 como ejemplos de este uso del precario.

revocación de la concesión de la servidumbre otorgando un precario a largo plazo, lo cual le permitiría concederla de hecho y “extinguirla” fácilmente después a través del *interdictum de precario*.

Por fin, la inscripción que comentamos nos aporta otro dato en favor de la importancia y trascendencia jurídica del precario, tal y como preconizaba KASER: es la misma documentación del precario en un texto escrito lo que nos permite deducir que una concesión tan duradera necesitaba un *instrumentum* en el que las partes pudiesen fundar sus pretensiones jurídicas ⁽¹⁵⁾. Más aún: teniendo en cuenta que la inscripción se realizó en piedra ⁽¹⁶⁾, destinada por tanto a su exposición pública, queda patente que la documentación del acto importaba no sólo a las partes sino también a terceros ⁽¹⁷⁾.

15) Se debe advertir que la inscripción no puede considerarse, *stricto sensu*, el *instrumentum* del negocio, puesto que probablemente no sea otra cosa que una copia del documento original, hecha para su difusión pública. La inscripción es, sencillamente, la única copia que conservamos del *instrumentum* original.

16) Según la descripción de GATTI (*op. cit. supra*, nota 2), la inscripción se realizó sobre un paralelepípedo de piedra calcárea, de 0,42 x 0,19 x 0,14 m., que sin duda estaría expuesto en la fachada de la casa.

17) RAINER duda de esta aplicación de la documentación y publicación del precario, puesto que el precario tiene como rasgo esencial la limitación de sus efectos exclusivamente a las partes del *negotium*. Ante tal objeción, cabe pensar que quizá el comienzo desaparecido de la inscripción contuviera más detalles sobre la concesión en precario que indubitadamente pudieran ser de interés de terceros, tales como la conclusión de otro negocio en combinación con el de precario (sobre esta posibilidad, *uid. supra*, la nota 12). No obstante, la objeción del profesor austriaco responde a una concepción del precario más restringida que la de KASER, y que en mi opinión es la que aparece en esta inscripción.

Y cabe entonces preguntarse: ¿para qué fines concretos serviría el *instrumentum* de una concesión en precario? En relación con este punto, la inscripción no nos ofece más datos, pero se pueden deducir las consecuencias jurídicas del negocio realizado por los libertos D. M. Filemón y L. C. Primo, para las cuales sería útil recoger la concesión en un documento: en primer lugar, la concesión en precario de una facultad tan especial como es el apoyo de viga debía quedar documentada para poner sobre aviso de la situación a los hipotéticos adquirentes o sucesivos poseedores del edificio del precarista; dichos terceros podían fácilmente creer que la casa disfrutaba de un *ius tigni immittendi*, cuando la realidad era muy distinta: toda la construcción estaba bajo la espada de Damocles de una posible revocación de la concesión por parte de quien la otorgó. Este documento, pues, evitaría cualquier tipo de confusión del adquirente o hipotéticas actuaciones dolosas por parte del precarista⁽¹⁸⁾. La inscripción supliría así la consabida falta de registros inmobiliarios en la época.

Pero, como ya ha quedado dicho, la documentación de la concesión no sólo sería útil frente a terceros, sino también entre las partes interesadas, concretamente a favor del concedente: para prever posibles actuaciones dolosas o hipotéticos malentendidos,

18) De nuevo parece confirmarse la teoría de que el *precarium* había excedido los límites de la confianza patrono-cliente.

D. M. Filemón dejaría bien claro en el documento que la concesión se realizaba exclusivamente a título de precario, con lo que evitaría la *usucapio* de una verdadera servidumbre por parte del precarista. El *instrumentum* declararía así, tanto en su versión original como en su copia expuesta públicamente, que el precarista no contaba con una *possessio* válida para consumir una usucapición. Y en caso de que el precarista se negara a derribar el edificio si el concedente revocara su concesión, el documento bastaría para justificar ante el pretor el ejercicio del *interdictum de precario*.

Con esto termina mi exposición. Valgan estos breves comentarios para aportar, sencillamente, un argumento más en favor de la magnífica reconstrucción de KASER, el cual estimaba que ya en época clásica el precario había dado ya sus primeros (e importantes) pasos para convertirse en una verdadera institución jurídica, sin tener que esperar a su canonización postclásica como uno de los contratos innominados justinianos, y por cierto de unas características muy diferentes a la figura en que los bizantinos la convirtieron ⁽¹⁹⁾: un peculiar tipo de préstamo (“Leihverhältnis von besonderer Art”) ⁽²⁰⁾, con una amplia

19) Vid. KASER, *Zur Geschichte...*, págs. 144 y ss., en relación con ZAMORANI, *Precario...*, que en las págs. 75-117 expone su versión de la evolución de la figura en el occidente postclásico; el autor italiano estudia también su desarrollo posterior en la parte oriental del imperio (págs. 117 y ss.), y la sistematización de Justiniano (según su interpretación), en las págs. 183 y siguientes.

20) En este sentido, KASER se preguntó porqué no utilizaban los romanos el *commodatum* para conseguir los mismos efectos: la respuesta que parece encontrar más plausible, es que el concedente no estaba interesado en tener sujeto al concesionario por un contrato, sino tan sólo garantizar una efectiva y rápida devolución del bien por medio del interdicto *de precario* (*Zur Geschichte...*, pág. 104).

aplicación no sólo en la práctica social, sino en el terreno jurídico (21). Una institución, en fin, de mucha más amplitud de la que tiene en nuestros días (22), y que queda velada quizá porque inconscientemente la estudiamos desde el punto de vista actual.

Por mi parte, sólo queda volver a recordar, con el ejemplo de esta inscripción, la riqueza de datos que ofrecen los *instrumenta*, y por supuesto agradecerles a todos Vds. su atención.

21) KASER (*Zur Geschichte...*, pág. 147) considera que las aplicaciones principales del precario en época clásica, según ha quedado atestiguado por la casuística romana, son en relación con la *fiducia*, el *pignus*, la compraventa y el arrendamiento. Esta inscripción testimonia el uso del precario en otros ámbitos.

22) Por poner el ejemplo del ordenamiento jurídico español, el precario sólo aparece citado como tal en el artículo 1565 de la LECiv., como tercera causa de deshaucio. Fuera de esta mención, la figura no está regulada en nuestro Derecho; se suele interpretar como una alusión al precario la que hace el art. 1750 del CC, cuando establece que un comodato sin plazo determinado es libremente revocable por quien entregó la cosa (en esta línea, *uid.* la Ley 534 de la Comp. de Navarra, donde se establece que la obligación de devolver en un préstamo para el cual no se ha pactado un plazo, surge desde el momento de la entrega); pero como se puede apreciar, la figura ha quedado reducida a un comportamiento de hecho reconducible, si acaso, al comodato.