

V A R I A

CIRILO MARTÍN RETORTILLO: *El Precario en el Derecho Civil Español.*—Edic. Aguilar. Madrid, 1948.

La virtud más preciada que puede adornar a cualquier escritor—científico o literario—es la de interesar. Y saber ser ameno. Enseñar sin enfado, huyendo de toda afectación.

Para ello precisa espigar en aquellos temas cuyo sólo enunciado capte nuestra atención, sea como una invitación al estudio, a la reflexión.

Abordar, pues, la cuestión que a todos apasiona, de la que hablamos constantemente, pero que, sin embargo, dispersa, se nos ofrece huidiza; concentrarla, presentarla a nuestra consideración limpia, sencilla, meridianamente, es el talento del investigador, virtud cardinal, según dijimos, de todo escritor, de la que puede enorgullecerse D. Cirilo Martín Retortillo.

Así, hace unos años nos sorprendió con “La lucha contra el fraude civil” (ed. Bosch, Barcelona, 1943), título inquietante repleto de promesas como durante nuestra guerra de liberación, atraído por la tremenda realidad de aquellos días, diversos trabajos relacionados con la misma salieron de su pluma, cual ahora ve la luz; discreto y oportuno, éste sobre el Precario, del que, con la brevedad que el tiempo y espacio requieren, nos vamos a ocupar.

* * *

Con un esbozo del Precario en el Derecho antiguo empieza el autor su estudio del mismo, siendo interesante resaltar la opinión de los que entienden que acaso el precario surgió como una forma irregular del

crédito hipotecario, sobre todo en los primeros tiempos en los que no se había dibujado la hipoteca, ya que consistió la institución del precario en que el deudor obtuviese lo que precisaba de su acreedor, a quien, en garantía, le cedía el inmueble, y después dicho acreedor, a petición del deudor, le entregaba la finca, permitiéndole su aprovechamiento desinteresadamente y hasta el momento en que lo consideraba oportuno.

Refiriéndose al Derecho romano de la primera época, dice el Sr. Retortillo que se aprecia bastante unanimidad de pareceres en estimar que el precario no constituyó un contrato propiamente dicho. Era—como dice Sohm—una mera relación de hecho, sin contenido jurídico alguno.

Pero el fino instinto de justicia que caracteriza al pueblo romano bien pronto puso término a esta anómala situación otorgando al concedente el *interdictum* de precario contra el precarista para reclamarle la posesión de la finca cedida. Y ya conformado, es definido por Ulpiano en el Digesto (XLIII, 26, I). Su característica esencial es que la cesión se hiciera a ruego del favorecido, gratuita y revocable a voluntad del cedente.

En el Derecho justinianeo, a medida que van desarrollándose otros contratos y se eleva la condición social de los hombres, la institución del precario declina.

* * *

Por lo que respecta a nuestra Patria se aprecia una extraordinaria uniformidad en los autores de la primera mitad del pasado siglo de asimilar el precario al comodato.

Y tal era su decadencia al elaborarse el Código civil que pudo escribir D. Víctor Cován que el Precario romano habrá desaparecido en el siglo XIII. De lo que se desprende que aquellos beneméritos jurisconsultos (los de nuestro primer cuerpo legal) nunca pudieron pensar en el nuevo concepto del Precario del que—para nuestro autor—tanto se usa y abusa en nuestros días.

Con razón apunta Retortillo que no está en lo cierto Manresa cuando entiende que la primera parte del artículo 1.750 se refiere a la hipótesis del precario, pues si el legislador hubiese querido referirse a ella nada le costaba haberle dedicado un artículo, o, sencillamente, un apartado, para al menos, marcar la asimilación del precario a otra cualquier figura jurídica.

Tras una relación de opiniones de nuestros más destacados comentaristas del Código civil, cree Retortillo—con Castán—que puede percibirse en dicho cuerpo legal una reminiscencia de la antigua distinción entre el comodato y el precario, pues si se determina el uso de la cosa prestada (comodato propiamente dicho), el comodante no puede reclamarla sino después de concluir ese uso (art. 1.749), mientras que si no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa prestada (precario), puede el comodante reclamarla a su voluntad (art. 1.750).

Alude a continuación a la conferencia que sobre el tema dió Sánchez Román (para el que la *concesión y la posesión injusta* son los dos elementos que modernamente le caracterizan), a las ideas de D. Jerónimo González y a la magistral esquematización que del mismo hace Roça Sastre.

Desaparecida la clásica concepción del Precario, encauza el autor sus reflexiones a puntualizar lo que es el mismo en la actualidad, rechazando la—para él—manida frase de constituirlo “toda posesión sin título”.

Y siguiendo a Sánchez Román estima que es anómalo derivar la obligación de restituir sólo de tal estado de *posesión sin título*. Precisa que sea revocada la concesión para que la posesión se convierta en viciosa.

En la concepción moderna—expresa Retortillo—, el motivo originario o creador de la situación que se denomina precario no es la concesión que por afecto o tolerancia daba vida al precario antiguo; la concesión está sustituida por un título inicialmente válido para una posesión civil adecuada al mismo; y la revocación del antiguo precario, estará sustituida por la caducidad o extinción de aquel título.

* * *

De lo expuesto puede vislumbrarse la posición del autor en tan debatida materia; esto es, inclinando toda su fuerte dialéctica (que dejamos sin desvelar para mayor incentivo del posible lector del Libro) a favor del que—¡oh paradoja!—hemos dado en llamar parte débil: poseedor, arrendatario, inquilino.

Por ello encuentra peligrosa la doctrina—sana, a nuestro juicio—que viene repitiendo nuestro más Alto Tribunal “que, inscrita en el

Registro de la Propiedad a favor de un titular la finca objeto del desahucio, tal inscripción produce, mientras subsista, la presunción de posesión establecida en los artículos 41 de la Ley Hipotecaria anterior y 38 de la vigente, a favor del que tenga inscrito el dominio *a todos los efectos legales*, uno de los cuales es el señalado en el artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo como parte legítima para promover el juicio de desahucio al poseedor real a título de dueño". (Sentencias de 4 de marzo de 1941, 15 de enero de 1946 y 27 de febrero de 1947.)

* * *

Después de una interesante exposición de casos de Precario resueltos por el Tribunal Supremo, de la ordenación del mismo en la ley rituaría, del tránsito a precario del poseedor legítimo, del ámbito del juicio de precario, de la analogía y diferencia de éste con el comodato y otros más que culminan de interés y sugerencias; aboca el autor a la necesidad imperiosa de la regulación de la institución comentada, que, por otra parte, ofrece el contraste que mientras nuestro Código civil no la menciona siquiera, la ley procesal le reserva un procedimiento especial.

Terminamos. Hubiéramos querido ser más extensos. Porque el libro apasiona, remueve cuestiones siempre inconclusas—por su esencia, por la diversa realidad conque se presentan—, inquieta, invita a polemizar.

Y ésta, como al principio dijimos, es su principal virtud.

GINÉS CÁNOVAS
Registrador de la Propiedad.