

LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN

Rafael RAMÍREZ DE LA SERNA

Inspector Técnico del Ayuntamiento de Granada

SUMARIO:

Introducción

1. Precario civil versus precario administrativo.
2. La cláusula de precario en los títulos administrativos.
3. La cláusula de precario en las licencias provisionales.
4. Conclusión
5. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El precario es una institución jurídica carente de legislación suficiente, para cuyo estudio se ha de acudir a la jurisprudencia, o a su delimitación con figuras afines como ocurre con el comodato. Será precisamente esta ambigüedad la que propicie que su régimen sea sensiblemente diferente, en el orden civil y en el administrativo, debido sobre todo a los principios que informan este último.

1. PRECARIO CIVIL VERSUS PRECARIO ADMINISTRATIVO.

La institución del precario tiene su origen próximo en el Derecho Civil- sin perjuicio de que pueda encontrarse algún antecedente en instituciones de Derecho romano que hoy, aplicando nuestras actuales categorías, pudieran tener carácter público,- que ha venido aplicándose, bien como cobertura de una situación basada en la tolerancia o la generosidad, bien como remedio procesal para la recuperación por el titular de la cosa que la ha cedido con la posibilidad de recuperarla a voluntad, o simplemente tolera o soporta la posesión de un tercero sin título.

El precario a diferencia de otras figuras análogas como el arrendamiento, la fianza o el depósito es una situación o concepto que no cuenta con una definición legal, debiendo acudir a la jurisprudencia -que ha elaborado la doctrina del precario, sea con base al art. 444 del Código Civil (poseedor sin título) o con base al art. 1750, CC

(especie de comodato)- para construir el concepto como la cesión de un bien inmueble a una tercera persona (precarista) realizada por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer, sin contraprestación o renta a cambio.

Por tanto, los elementos característicos del precario son:

- Cesión de un inmueble a un tercero
- Cesión sin establecer renta ni contraprestación, es decir, cesión gratuita.
- Cesión realizada por aquella persona que está legitimado para ceder el inmueble (propietario, usufructuario, etc.).
- Cesión sin una duración determinada o sin un destino o uso concreto: Esta característica es fundamental para comprender el concepto de precario, dado que en caso de haber fijado por escrito una duración determinada o un uso concreto, entonces no estaríamos ante un precario, sino ante un contrato de comodato.

Parece por tanto requisito necesario para que estemos ante el precario la necesidad de ausencia de pago, renta o merced que permita crear una cierta apariencia de título para mantener un derecho, la posesión, y que por lo tanto, eliminaría su libre revocabilidad.

Sin perjuicio de los problemas que en cuanto a tipificación ya hemos mencionado, podemos concluir que el precario civil se caracteriza, primero, por la gratuidad- en cuanto que el pago de precio, renta o merced, nos ubicaría en un contrato de comodato o de arrendamiento-, y, segundo, la libre revocabilidad, la cual queda a discreción del dueño el tiempo de su ejercicio.

Ahora bien, como ha señalado la doctrina, tales notas difícilmente pueden ser predecibles de una institución administrativa que por definición y de forma permanentemente, debe estar inspirada en el interés público, como se deduce de la posición que la Administración asume en el Ordenamiento articulada alrededor de dos grandes ideas: La sumisión a la legalidad (principio de legalidad) y la idea de servicio de los intereses públicos (vicariedad).

El principio de legalidad de la Administración, tiene una doble eficacia: por un lado, como legítimamente del ejercicio de la actividad de la Administración -en cuanto la misma se recoge por una norma-, y por otro lado, limitativa, ya que sólo puede actuar la Administración de la forma prevista y con el fin previsto por la legislación.

El principio de vicariedad o de servicio de los intereses generales es el otro concepto que explica la actuación de la Administración. Representa la posición de subordinación, de servicio, y de gerencia de intereses ajenos. Al igual que el principio

de legalidad, la vicariedad administrativa desempeña una doble función, legitimadora en cuanto justifica la intervención y actuación, y en segundo lugar, en cuanto implica la congruencia con los fines que justifican la intervención de la Administración.

Con estos rasgos, es difícil trasponer el esquema civil del precario al ámbito de lo administrativo, sobre todo en lo que constituyen los caracteres diferenciales del precario: una mera situación de hecho o de tolerancia gratuita y la libre revocabilidad, dado que las utilidades otorgadas a precario deberán estar previstas en la norma, y además deberá tener alguna relevancia pública no incompatible con los fines principales que inspiren la actividad de la Administración.

Respecto al segundo de los aspectos, la libre revocación goza de análogas restricciones de limitación por la legalidad y congruencia con los intereses públicos; ésta no podrá producirse sino en los supuestos en que lo autoriza una norma y para los fines para los que fue prevista la inclusión de esta cláusula. En este sentido y conforme a consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el precario administrativo se distinguen dos grados: - el de primer grado, en el que la utilización en precario del dominio público se prolonga significativamente en el tiempo, permitiendo el desarrollo de actividades industriales o mercantiles; - y el precario de segundo grado consistente en la utilización del dominio público de forma breve y puntual y que no sirve de base para iniciativas económicas duraderas. A este respecto el alto Tribunal ha reconocido de manera reiterada, que en el precario de primer grado, la recuperación del bien por la Administración ocasiona una lesión económica indemnizable.

Así mismo y a diferencia con el precario civil, el destino o uso concreto por el cual se otorga el precario, si habrá de ser tenido en cuenta, por cuanto no podrá ser anormal o contrario al uso atribuido al bien en cuestión.

En el mismo sentido nada empuja para que se pacten gastos por mantenimiento de instalaciones o consumos pese a la liberalidad que preside la institución, -habida cuenta de que estos en definitiva son sufragados por la totalidad de contribuyentes- lo que supone una quiebra respecto del precario civil.

Se puede colegir fácilmente por tanto, los importantes matices entre el precario civil y el precario administrativo.

2. LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LOS TÍTULOS ADMINISTRATIVOS.

Si bien el precario normalmente es una situación de hecho, podrá serlo “de derecho”, esto es, existen ocasiones en que podrá pactarse un verdadero contrato, como ocurre en el ámbito de la Administración en virtud del principio de legalidad ya aludido. Tal situación ha sido muy discutida, pues esta figura del precario como

cláusula de estilo se sitúa más cerca del comodato (préstamo de cosa no fungible) que de la propia posesión, haciéndose por ende necesario definir la figura afín del comodato.

El Comodato es un contrato de préstamo regulado en los artículos 1741 y siguientes del Código Civil en virtud del cual se cede un bien a una tercera persona (comodatario). Son elementos característicos del comodato:

- El bien lo cede su titular, usufructuario, o aquella persona que tiene un derecho de posesión sobre el mismo (comodante).
- La cesión se realiza sin contraprestación a cambio, es decir, sin renta que pagar por el comodatario a cambio del uso del bien (en caso de establecerse renta estaríamos ante un contrato de arrendamiento y no ante un comodato).
- La cesión se realiza estableciendo una duración determinada o especificando el uso concreto que el comodatario dará al bien.

De este modo si bien la existencia de la cláusula de precario hemos determinado que puede existir como parte de un contrato o para el caso de documentos administrativos como una prescripción de las licencias y autorizaciones, su mera determinación nos podría colocar ante un contrato de comodato y no ante un autentico precario. Por ello y para diferenciar claramente cuando estamos ante uno y otro caso, estaremos a los siguientes criterios:

- En el comodato conocemos cuando va a terminar el préstamo, ya que las partes han fijado una duración determinada del préstamo o, por lo menos, determinable. El precario por el contrario carece de periodo ni de forma de determinarlo¹.
- En el comodato se encuentra identificado el uso que se le dará al bien. El precario se concede sin especificar este uso¹.
- En el precario la persona que cedió el inmueble puede reclamarlo en cualquier momento (por no existir plazo determinado o determinable de finalización del préstamo del inmueble), en tanto que en el comodato el comodante no podrá reclamar la devolución del inmueble al comodatario antes del vencimiento del plazo fijado.

Como contrato, el precario, sólo puede manifestarse como una modalidad del comodato: aquélla en que el concedente de la cosa prestada no ha fijado plazo de duración del uso. De esta forma, dicho concedente se reserva la facultad de terminar

¹ La S.T.S. de 2 de diciembre de 1992 (R.J. 199210250, Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe), establece que el uso preciso y determinado es una de las características que diferencia el comodato del precario

cuando quiera el préstamo y exigir del concesionario, llamado aquí precarista, la devolución de la cosa. El precario no es un contrato que pueda celebrarse de forma tácita mediante la detentación tolerada. Es una situación jurídica que se singulariza por los remedios procesales de que dispone el dueño de la cosa frente al precarista que ostenta la posesión de ella. Y así, cuando el propietario quiere recuperar dicha posesión, puede esgrimir la acción de desahucio, que habitualmente procede cuando hay una relación contractual previa. A este respecto hay que señalar que la acción de desahucio la prevé la legislación en materia de patrimonio, junto a la recuperación de oficio como potestades y prerrogativas de la Administración respecto a sus bienes.

Obviamente tratándose de una situación posesoria no es objeto de inscripción registral ni de la protección que esta brinda, al quedar excluida su inscripción por mor del artículo 5 de la Ley Hipotecaria.

3. LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LAS LICENCIAS PROVISIONALES.

Limitadas en el tiempo, se conceden para autorizar usos, construcciones, edificaciones e instalaciones que no están expresamente prohibidos por la legislación urbanística o sectorial, ni por el planeamiento municipal. El fundamento a esta excepcionalidad lo argumenta el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de noviembre de 1998 de la siguiente manera: “Con este tipo de licencias se viene a dar expresión al sentido esencial del Derecho Administrativo que aspira siempre a armonizar las exigencias del interés público con las demandas del interés privado. Así cuando está prevista una transformación de la realidad urbanística que impediría cierto uso, pero, no obstante, aquella transformación no se va a llevar a cabo inmediatamente, el uso mencionado puede autorizarse con la salvedad, en atención al interés público, de que cuando haya de eliminarse se procederá a hacer sin indemnización”.

La posibilidad de otorgar licencias para usos y obras provisionales se ha de remitir al principio de proporcionalidad, siendo tales licencias para usos y obras provisionales una manifestación de dicho principio en un sentido eminentemente temporal, ya que si a la vista del ritmo de ejecución del planeamiento una obra o uso provisional no va a dificultar dicha ejecución, no resultará proporcionado impedirlo, siendo a la vez una medida adecuada para evitar restricciones no justificadas al ejercicio de los derechos cuando se trata de obras o usos que resultan inocuos para el interés público. Los derechos de los administrados sólo podrán verse limitados cuando resulte estrictamente imprescindible para proteger los intereses públicos.

Se trata pues de un enfoque del precario distinto al analizado en epígrafes anteriores. No estamos ante la detentación tolerada de la posesión de un bien de dominio público, sino ante la tolerancia en el uso de un determinado bien propiedad del

precarista, y esta vez sí, sujeta a plazo por lo que supone una clara quiebra a la figura general del precario. Será por ello que la aplicación de este régimen precario venga tasado por ley, y solo pueda aplicarse en las clases de suelos que esta contempla.

El urbanismo es una competencia exclusiva de las comunidades autónomas y por tanto, son las normativas autonómicas en materia de ordenación del territorio las que regulan el régimen jurídico de las licencias provisionales², aunque sean los municipios quienes ostentan la capacidad de otorgarlas.

De conformidad con la anterior STS, los requisitos que se han de cumplir para poder otorgar licencias provisionales en precario son los siguientes:

1º Ha de referirse a obras o usos justificadas y de carácter provisional. La provisionalidad de las obras o usos y la licencia solo podrá concederse si concurre alguno de los siguientes factores:

- Que se deduzca de las propias peculiaridades constructivas intrínsecas a la obra que se pretende realizar, sea por su liviandad, por su carácter desmontable o porque solo ofrezcan provecho para situaciones efímeras y determinadas.
- Que de circunstancias bien definidas, extrínsecas, objetivas y concomitantes a la obra o uso, se deduzca que solo han de servir para suceso o período concreto, determinado en el tiempo y con total independencia de la voluntad del peticionario.

Consecuentemente, la autorización solo podrá concederse sometida a plazo límite o condición extintiva que deriva de la propia naturaleza de la obra o uso solicitado.

2º Esas obras o usos, no pueden dificultar la ejecución de la ordenación urbanística futura.

3º El uso o las obras deberán cesar o demolerse respectivamente y sin derecho a indemnización alguna.

Si lo ejecutado o el uso en precario al que se está destinando la parcela no es conforme finalmente con lo que se pretende ejecutar -porque así venga determinado por el planeamiento-, dichas obras o usos permitidos al amparo de una licencia en precario o provisional deberán cesar -en caso de los usos- o retirarse/demolerse -en caso de obras-

² Aquí radican las peculiaridades de este sistema; aunque se permite otorgar licencia en precario en todas las comunidades, y los requisitos son los mismos, hay sustanciales diferencias por CCAA en relación a las clases y categorías de suelo sobre las que se podrá conceder las licencias en precario. Habrá comunidades donde su normativa permita solicitar licencia en precario sobre terrenos clasificados como urbanizables no programados (no sectorizados) y otras que, incluso las permitan en suelos urbanizables programados (o sectorizados).

cuando el Ayuntamiento lo acuerde. Incluso algunas legislaciones autonómicas prevén que la eficacia de estas licencias en precario estén sujetas a la condición legal suspensiva de prestación de una garantía por importe de los posibles costes de demolición.

4º Estas licencias provisionales han de inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Es decir, su eficacia quedará condicionada en todo caso a la inscripción en el Registro de la Propiedad del carácter precario de los usos, las obras y las instalaciones y su renuncia a cualquier tipo de indemnización por el incremento de valor que pudiera generar la licencia.

4. CONCLUSIÓN

La figura del precario permite la recuperación por el titular de la cosa cedida a voluntad, toda vez que este solo tolera o soporta la posesión de un tercero sin título.

No obstante trasponer el esquema civil del precario al ámbito administrativo es difícil, ya que existen quiebras importantes relativas a su libre revocación, indemnización, fines y otros que lo alejan del ámbito civil convirtiéndolo en un tertium genus.

5. BIBLIOGRAFIA

DESDENTADO DAROCA, EVA. *El precario administrativo: un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*. Editorial Thomson Aranzadi, 2006.

FERNÁNDEZ ACEBEDO, RAFAEL. “Sobre la figura del precario administrativo en referencia al dominio público”. *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 126, segundo trimestre de 2005.

MARTÍN MATEO, RAMÓN. “La cláusula de precario en las concesiones administrativas”. *Revista de Administración Pública*, núm. 56, pp. 93-121.