

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
y PABLO VIDAL FRANCÉS

SE CONFIGURA COMO CESION DE USO ASIMILABLE AL COMODATO Y POR TANTO NO INSCRIBIBLE AL USO DE UN EDIFICIO PROPIEDAD DEL AYUNTAMIENTO A LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA DETERMINADOS FINES SOCIALES. (RESOLUCIÓN DE 4 DE OCTUBRE DE 1989. BOE DE 30 DE OCTUBRE DE 1989.)

Hechos.—I. El día 16 de enero de 1986 el Notario de San Clemente, don José María San Román San Román, autorizó escritura pública mediante la cual el Ayuntamiento de Sisante cedió el uso de una finca de su propiedad a la Tesorería General de la Seguridad Social para ser destinada a los fines del servicio social de la tercera edad del Instituto Nacional de Servicios Sociales, pactándose que dicho Instituto se haría cargo del acondicionamiento, dotación y mantenimiento necesarios para el correcto funcionamiento del mismo y cumplimiento de sus fines.

II. Presentada primera copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de San Clemente, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento por no ser inscribible el acto que contiene, de conformidad a los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento, pues se trata de un derecho sin trascendencia real que tiene vedado el acceso al Registro. No se practica anotación de suspensión.—San Clemente, 3 de agosto de 1987.—El Registrador.—Firmado: *Eduardo Pizarro López*"

III. El Procurador de los Tribunales don Francisco Ponce Riaza, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que, de acuerdo con el artículo 2, apartado 2.º, de la Ley Hipotecaria, se considera que la cesión de uso efectuada por el Ayuntamiento de Sisante en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social debe ser calificada de auténtico derecho real, ya que limita el pleno ejercicio de las facultades dominicales del Ayuntamiento. Que la Tesorería General de la Seguridad Social ha adquirido un derecho sobre una determinada cosa para la realización de un bien social, derecho que es merecedor de la tutela que la inscripción registral comporta. Que se discrepa del criterio mantenido en la nota por el señor Registrador, considerándose que procede la inscripción de la cesión de uso, ya que por su naturaleza se trata de un derecho real que aunque

no se halle expresamente citado en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria el sistema registral español permite la inscripción de los derechos reales innominados.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota informó que se expone, coincidiendo con el argumento del recurrente, que el título que da vida a un derecho real de uso es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad. Que lo que se debe determinar con absoluta precisión es si la cesión que del uso se hace por parte del Ayuntamiento de Sisante en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social constituye un derecho real de uso o es exponente de la transmisión de la mera detentación del inmueble, en cuyo caso entrañaría un pacto de naturaleza personal no inscribible. Que si bien el recurrente manifiesta que las facultades dominicales del Ayuntamiento quedan limitadas por la cesión, ello sólo es cierto en la medida que da el carácter obligacional al pacto, con efecto entre los contratantes, pero sin trascendencia real. Que el derecho adquirido por la Tesorería sólo será merecedor de la tutela que la inscripción conlleva cuando se den en el negocio jurídico que lo sustenta los requisitos de fondo y forma que exige el Ordenamiento jurídico español. Que parece existir una cierta contradicción en el recurrente cuando dice no hallarse expresamente nombrado en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria el derecho discutido, con lo que parece referirse a un derecho distinto al real de uso. Que el Ordenamiento jurídico español no requiere fórmulas sacramentales para que un derecho obtenga la categoría real, pero sí que reúna determinados requisitos estructurales de fondo y forma. Que conforme a lo establecido en cuanto al uso en los artículos 523 y 524 del Código Civil y comprendiendo el uso tanto el *uti* como el *frui*, en el caso que se contempla, la circunstancia de destinarse la finca a los fines del servicio social de la tercera edad no se encuentra en ninguna de las clases de frutos, cuya definición aparece en el artículo 355 del citado Código. Que de una lectura atenta de la escritura en cuestión y de los documentos complementarios resulta que lo que se pretende es transmitir la mera detentación del inmueble a la Tesorería General de la Seguridad Social para ciertos fines, pero sin que el Ayuntamiento de Sisante pierda ninguna de las facultades inherentes al dominio, resultando ello tanto por la insuficiente regulación del contenido del pretendido derecho real, por lo que el cedente no pierde la inmediatez del poder sobre la cosa ni el derecho de persecución y exclusión *erga omnes*, como por la poca precisión con que en dichos documentos se expresa, no pudiendo deducirse, por tanto, que se constituye un derecho real de uso o que se cede el derecho real de uso. Que en consecuencia, el pacto que se contempla o tiene el carácter de personal o, a lo sumo, se trata de la transmisión de la posesión en su acepción de "tener", "ocupar" o "detentar"; y precisando más, puede constituir una posesión en concepto de tenedor de la cosa para disfrutarla o conservarla, perteneciendo el dominio a otra persona, distinción irrelevante porque en el primer caso no se inscribe por tratarse de un derecho personal, y en el segundo porque no lo permite el artículo 5 de la Ley Hipotecaria.

V. El Notario autorizante del documento informó: 1.º Que de los artículos 2, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario se deduce que la cesión de uso contemplada en la escritura es un derecho de trascendencia real, deduciéndose de este último precepto dos características para poder considerar inscribible un derecho. 2.º Que las dos características anteriores, típicas de los derechos inscribibles, las tiene la cesión de uso. 3.º Que si conforme el artícu-

lo 2, párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria, son inscribibles los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que dicho precepto especifica, como mínimo a este derecho-cesión habrá de concederle dicha garantía, ya que modifica en mayor medida las facultades sobre el inmueble. 4.º Que no se trata del uso del artículo 523 y siguientes del Código Civil y el verdadero problema puede estar en el nombre de cesión de uso, ya que éste no está especificado en la Ley explícitamente, aunque, como se puede observar, es inscribible por la Ley Hipotecaria.

VI. El presidente de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 2 y 5 de la Ley Hipotecaria, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 1955 y 20 de septiembre de 1966. En que en el título presentado a inscripción se cede el uso de la finca descrita: "...para ser dedicada al fin social que se indica", cumpliendo un acuerdo anterior de "ceder en uso los locales", al mismo tiempo que se "acepta la cesión de uso", terminología insuficiente para generar el nacimiento y la constitución de un derecho o gravamen de naturaleza real a favor de la concesionaria, efectivo *erga omnes*, que queda reducido, por tanto, en el contexto de toda la escritura pública a la manifestación de un pacto de índole personal, o a lo sumo, como dice el Registrador en su informe, a la transmisión de la posesión en la acepción de "tener", "ocupar" o "detentar", o materializando una posesión como tenedor de la cosa para conservarla o disfrutarla, perteneciendo el dominio a otra persona, para lo que hay que recordar que la sola apariencia posesoria merece protección interdictal, pero su trascendencia real vendría o no determinada por el concepto, carácter o título en que se tenga, sobre lo que ha de existir la debida constancia, que no aparece reflejada en el documento en cuestión. En que el sistema adoptado en lo referente a los derechos reales por la legislación hipotecaria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2 de la Ley y 7 de su Reglamento, es el de *numerus apertus*, y según la interpretación que viene dando la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello no supone que autorice la constitución de cualquier figura jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos propios de un derecho real, sino que la manifestación de voluntad que determine tales derechos inscribibles ha de satisfacer los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, o sea, que no depende de una nominación formal o sacramental, parte del diseño institucional sobre el contenido específico de cada uno de los tipos que contempla el Ordenamiento y deja a la voluntad de las partes regular nuevas figuras de contenido equiparable a cualquiera de los tipos legales existentes, atendidos bien aisladamente o condicionados entre sí; supuesto que no se da en el caso contemplado como consecuencia de los términos parcos, ceñidos, equívocos e insuficientes que plasman la redacción del otorgamiento de la escritura pública rechazada. Por último, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 22 de febrero y 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 31 de mayo de 1951 y 1 de agosto de 1959.

VII. El Procurador recurrente apeló el Auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que el examen de la escritura pública de cesión en uso es revelador de los derechos y obligaciones que en virtud de la misma contraen el otorgante y el aceptante, en cuya virtud la Seguridad Social, con motivo de dicha cesión, no está solamente obteniendo los beneficios propios de la utilización

de la cosa cedida, sino que está también efectuando costosos desembolsos pecuniarios necesarios para el acondicionamiento y realizando una serie de servicios que precisan de la protección registral *erga omnes*, con el fin de que esta situación pueda pervivir frente a los posibles avatares siempre que se mantenga el fin para el que se otorgó la cesión. Que la “cesión en uso” efectuada por el Ayuntamiento de Sisante a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social no constituye propiamente un derecho de uso ni un derecho de habilitación, pero ello no obsta a su naturaleza de derecho real, ya que dicha cesión en uso otorgada va más allá de estos derechos, habilitando a la Seguridad Social para utilizar el edificio cedido con destino a los fines de la tercera edad. No se establece en la escritura ningún límite a tal uso, sino el derivado del destino del propio uso. Por tanto, este derecho, aunque no esté expresamente contemplado en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, puede tener acceso al Registro. Que, por último, se entiende que en las figuras jurídicas de esta “cesión en uso” se dan los requisitos de fondo y forma que impone la naturaleza de los derechos reales.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 344, 348 y 1.740 y siguientes del Código Civil; 2 y 98 de la Ley Hipotecaria; 80 de la Ley de Bases de Régimen Local; 75, 94 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, entonces aplicable, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 22 de febrero y 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 29 de marzo y 31 de mayo de 1951, 1 de agosto de 1950 y 20 de septiembre de 1966.

1. En este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura pública en la que un Ayuntamiento “cede el uso” de un edificio de su propiedad a la Tesorería General de la Seguridad Social a los fines del servicio social de la tercera edad del Instituto Nacional de Servicios Sociales.

2. En la legislación sobre bienes patrimoniales de las entidades locales es tradicional distinguir entre los contratos que tienen por fin la utilización de los bienes, como son el arrendamiento y “cualquier otra forma de cesión del uso” y los actos de enajenación o gravamen, entre los que se regulan la cesión a título gratuito no ya del uso, sino de los bienes mismos en favor de entidades o instituciones públicas y para fines determinados. En el supuesto ahora calificado estamos, según el tenor de la escritura, ante un contrato de cesión del uso que, por lo dispuesto en el número 80 de la Ley de Bases de Régimen Local y en el párrafo 2.º del artículo 344 del Código Civil deben enjuiciarse por las normas del Derecho privado; y según éstas, los contratos de cesión del mero uso no dan lugar a enajenación de derecho real alguno, rigiendo, en su caso, las reglas del comodato. Para entender que el acto era gravamen del inmueble y que lo cedido era un derecho real, habría sido preciso que resultara de modo patente la voluntad de las partes de constituir un derecho de esta naturaleza dada la presunción de libertad de dominio (cfr. art. 348 CC). No habiendo derecho real, el contrato no es de los que puede ser inscrito por impedirlo los artículos 2.º y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 4 de octubre de 1989.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete.

1. *Comentario*.—El supuesto comentario incide en la distinción entre el derecho de uso como derecho real y la cesión del uso entendida como contrato de préstamo comodato el cual puede recaer sobre bienes inmuebles. Además entran también en consideración en el presente caso cuestiones referentes al régimen de contratación y bienes en el plano de Derecho administrativo al tratarse de un supuesto de cesión de uso —concretamente previsto en la normativa de bienes en las entidades locales— de un bien por parte del Ayuntamiento a favor de la Seguridad Social para cumplir un determinado destino. El argumento fundamental es la marcha del recurso para que de la cesión de uso no se deriva en el indicado supuesto la constitución de un derecho de uso con efectos frente a terceros es fundamentalmente registral: no se crea un derecho con la determinación necesaria para que tenga carácter real; de la interpretación del documento no resulta claramente la voluntad de las partes de crear un auténtico derecho real; no dándose los requisitos de fondo y forma necesarios para ello; el Centro Directivo, por su parte, utiliza también el argumento que da la legislación en materia de bienes de la Administración Local: la cesión de uso como figura cercana al arrendamiento con su propio régimen y en contraposición al régimen específico previsto para la constitución de derechos reales —enajenación y gravamen—; así pues la cesión de uso se desenvuelve en principio en el aspecto personal, configurándose como un supuesto de comodato dado que en caso de duda prevalece el principio de libertad de dominio.

Ahora bien, las consideraciones indicadas y a la luz de la misma Resolución deben estar siempre mediatizadas por el caso de que se trate; o puede negarse al derecho de uso una virtualidad propia como derecho real que hunde sus raíces en el derecho romano; el Código Civil en paralelo con el usufructo y la habitación trata de él junto con estos derechos bajo el mismo título VI del libro II, refiriéndose sin duda a un origen común; el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria es claro en cuanto a la inscripción del título que recoja el derecho de uso.

Por ello, conviene considerar esta doble proyección del uso en nuestra legislación; el uso en cuanto derecho real previsto como tal en la legislación civil y, por tanto, inscribible según la legislación hipotecaria y la cesión del uso sin connotaciones reales, supuesto de préstamo comodato; habiéndose distinguido por la doctrina entre el comodato propiamente dicho si se determina el uso para el que la cosa ha sido prestada y el precario si ese uso no se determina aunque jurisprudencialmente el precario implica también la posesión meramente consentida, sin ningún título.

Desde un punto de vista histórico, el derecho de uso tiene su origen en el Derecho romano y está referido a la utilización de la cosa sin derecho a percibir los frutos si la misma los produce; la evolución de la figura llevó a permitir un aprovechamiento limitado de esos frutos y ese aspecto se reflejará en la definición del artículo 524, párrafo primero, del Código Civil, pero sin que ello excluya la facultad de uso como la más común incorporada a ese derecho por razones lógicas, históricas y además porque su regulación preferente vendrá dada por el propio título constitutivo (art. 523 CC). La posibilidad de que el uso se refiera a locales comerciales —supuesto paralelo al considerado— está específicamente

referida por ALBALADEJO en su *Derecho Civil*. El que el uso previsto se recoja requiriéndose la utilización del local para una determinada actividad no vendría más que a concretar y especificar este derecho de uso.

En resumen, la configuración en el Código Civil del derecho de uso como un *ius fruendi* limitado no debe hacer pensar que de él está excluido el *ius utendi* como primera manifestación del derecho de disfrute y por las consideraciones expuestas; de forma que, existiendo voluntad de crear un derecho real y dándose las condiciones mínimas para su determinación, el derecho de uso podrá ser inscrito en cuanto que derecho real con efectos frente a terceros (así la Sentencia de 30 noviembre 1964 acogiéndose al principio de libertad de dominio también pregonado por la Resolución que se comenta considera el supuesto entonces debatido como una cesión en precario al no constar expresamente la constitución del gravamen). De forma que si esa voluntad no está clara habrá que inclinarse por el indicado principio de libertad de dominio por considerar el supuesto como de comodato con efectos meramente obligacionales: a él se refiere el artículo 1.740 del Código Civil que configura el contrato como real y esencialmente gratuito. Dicha figura es admitida para bienes inmuebles pero como hemos dicho, exige con carácter esencial una nota: la gratuidad y la gratuidad desaparece si existe el pago de la renta (estaríamos en el supuesto de arrendamiento inscribible si concurre alguna de las condiciones a que se refiere el art. 2.5.º LH).

Pero también puede quedar en entredicho ese carácter esencialmente gratuito si la causa del contrato va más allá de la "mera liberalidad" (art. 1.274 CC); así ALBALADEJO considera que no hay comodato si el cedente realiza la cesión en atención a la contraprestación que implica un provecho que va a obtener de ella lo que va más allá de exigir para que la figura no surja una retribución económica en contrapartida a la cesión de uso; el supuesto se acercaría entonces al arrendamiento y si se da alguna de las condiciones que se exigen para la inscripción del arrendamiento la decisión sobre su inscripción o no sería más controvertida.

En el caso que consideramos —cesión de uso por la Administración Local— CHACÓN ORTEGA en *Bienes, derechos y acciones de las entidades locales* considera dicha cesión como precario, comodato si se determina el uso a que ha de destinarse el bien cedido, en base a la regulación que los artículos 92 y 93 del Reglamento de Bienes de las entidades locales hacen de la utilización de los bienes patrimoniales y a la aplicación como supletoria de la normativa del Código Civil conforme a su artículo 4.º 3.

No puede dejar de observarse, sin embargo, lo específico del supuesto, ya se aproxime el mismo a un forma de convenio de cooperación entre administraciones, excluido de la regulación en materia de contratación administrativa conforme al artículo 2.º 4 de la Ley de Contratos del Estado, supuesto a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Bases de Régimen Local, ya se configure el mismo —lo que parece ser la posición más correcta— como una forma de contrato administrativo en cuanto son entes públicos intervinientes y entra en juego la prestación de un servicio público conforme al artículo 70 del Texto Refundido de Régimen Local de abril 1986, ya se haga valer el aspecto del derecho privado a través de la idea del carácter patrimonial del bien sobre el que recae el contrato como ocurre en la Resolución, lo cierto es que estamos ante una forma contractual donde el aspecto público siempre presente en todo tipo de contratación con sujeto administrativo se manifiesta de forma obvia; podemos decir por ello que en cuanto contrato destinado a la prestación de un servicio público la causa general que debe anidar en todo contrato llevado a cabo por la administración

está aquí plenamente incorporado al convenio. En este sentido dice JOSÉ MARÍA DE SOLAS —en *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*— que en el contrato administrativo esa causa queda incorporada al contenido del convenio dando lugar a una especial regulación específica en el mismo; sea como fuere en este caso la incorporación es obvia siendo ambos sujetos administración y refiriéndose al convenio a la prestación de un servicio público. Si conforme al artículo 3.º de la Ley de Contratos del Estado todo contrato celebrado por la Administración habrá de tener una finalidad de interés público, esa causa general no impedirá en la mayoría de los casos aproximar el contrato en cuestión a figuras contractuales reguladas en el plano del Derecho civil, pero hará más difícil una aproximación de ciertas cesiones de uso a la figura del comodato al menos si por su esencial “gratuidad” entendemos no sólo la falta de pago de una renta, sino la falta de prestación de una determinada actividad que interesa al cedente en cuanto primer interesado en el bien público municipal. Así pues, aproximar la figura considerada a un comodato, cesión gratuita tradicionalmente encaminada a prestar el uso de una cosa sin interés en favor del cedente puede valer en cuanto figura aproximada a la que consideramos, pero tanto puede valer al menos su aproximación a una forma de arrendamiento donde la renta está en la prestación de un determinado servicio público dada la generalidad de las competencias del Ayuntamiento en cuanto a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal a la que, en definitiva, beneficiará la actuación de la administración cesionaria y sin que sea óbice de ello el que la actuación en cuestión se encuentre incorporada a las competencias de esa administración cesionaria —véase al respecto el art. 85 de la Ley reguladora de las bases del régimen local— (piénsese que doctrinal y jurisprudencialmente se admite que la renta no sea necesariamente un precio en metálico, pudiendo ser en especie o un “hacer” con un determinado resultado que interesa el cedente).

En este caso nos encontramos además con una normativa que claramente distingue la cesión de uso por un lado y la enajenación y gravamen (entre ellos la cesión de bienes) por otro. El Centro Directivo aproxima el supuesto en la consideración al comodato, en lugar de hacerlo a una forma impropia de arrendamiento, cuando los sujetos intervinientes y el fin de la cesión conlleven unas específicas peculiaridades que hacen que estemos ante una forma *sui generis* al menos de comodato.

Quizá por ello es más sencillo circunscribir la calificación negativa a la falta de los requisitos mínimos necesarios para la determinación de un derecho real unida a la carencia de una voluntad clara de creación de ese derecho real.

Por lo demás y admitiendo que estamos ante una cesión de simple uso la competencia para llevarla a cabo es del Alcalde como se deriva del artículo 21 de la Ley de Bases de Régimen Local en su número 1, letra M, recoge como atribución del mismo las demás que la legislación del Estado o que las Comunidades Autónomas asigne al Municipio y no confieran a otros Organos Municipales, competencia pues residual que juega para el supuesto considerado y que además ha confirmado con posterioridad el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales de noviembre de 1986, pero recordándola en el sentido de establecer la competencia excepcional del pleno del Ayuntamiento (art. 50.15) ni se trata de una cesión por más de cinco años y su cuantía excede del 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto.

JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ