

Desvirtualización legislativa y práctica del seguro decenal de daños

Autora: Josefa Brenes Cortés

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Resumen

En el presente trabajo se examinan las principales limitaciones de las que adolece el seguro decenal de daños de la edificación, ya que en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación esta garantía aparece configurada de modo muy particular (art. 19 LOE). Además, se impone la obligación de suscribir seguros únicamente a los agentes de la edificación, sin que de forma paralela se establezca tal exigencia a las entidades aseguradoras y se exonera del cumplimiento de esta garantía a las edificaciones en las que el promotor sea una Administración pública (art. 1.3 LOE).

Por último, el alcance del seguro decenal ha quedado restringido aún más con la modificación operada a través del artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que excluye de la obligación de suscribir las garantías obligatorias los supuestos de autopromoción individual y rehabilitación de edificios.

Palabras claves: seguro decenal obligatorio, limitaciones legales de la garantía, autopromoción individual, rehabilitación de edificios.

Abstract

In the present work there are examined the principal limitations from which there suffers the decennial assurance of damages of the building, since in the Law 38/1999, of November 5, of Arrangement of the Building this guarantee turns out to be formed in a very particular way (art. 19 LOE). Besides, there is imposed the obligation to sign assurances only to the agents of the building, without of parallel form such a exigency is established to the insurance entities and it is freed from the fulfillment of this guarantee to the buildings in which the promoter is a public Administration (art. 1.3 LOE).

Finally, the scope of the decennial assurance has remained restricted furthermore with the modification produced across the article 105 of the Law 53/2002, of December 30, of Fiscal, Administrative Measurements and of the Social Order, which it excludes from the obligation to sign the obligatory guarantees the suppositions of individual autopromotion and building rehabilitation.

Key words: decennial obligatory assurance, legal limitations of the guarantee, individual autopromotion, building rehabilitation.

Recibido: 26/01/2007

Aceptado: 16/03/2007

I. Introducción

El capítulo IV de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (comprendido de los arts. 17 a 20) establece un régimen especial de responsabilidad por daños en la construcción que viene a sustituir al que contempla el artículo 1591 CC e implanta, por vez primera, la necesidad de constituir unas garantías que aseguren a los damnificados el cobro de las indemnizaciones que puedan corresponderle. De esta forma se pretende ofrecer una solución legal a las situaciones, no poco frecuentes en la práctica, en que la insolvencia de los responsables por los defectos constructivos frustra las pretensiones resarcitorias de los perjudicados. Pues bien, será precisamente al regular esta materia (responsabilidades y garantías) donde se evidencien, como tendremos ocasión de comprobar, los más importantes defectos de la LOE, los cuales se han atribuido al organismo que ha impulsado su elaboración: el Ministerio de Fomento¹.

¹ Ese origen explica la naturaleza radicalmente imperativa de sus normas, la terminología iuspublicista de la Ley que revela una visión de quien sólo puede ver en los individuos y empresas sujetos pasivos de obligaciones frente al Estado, el desconocimiento del previo estado de la cuestión sobre la responsabilidad por ruina de los edificios que la nueva regulación pone de manifiesto y, en general, la ignorancia de sus redactores en materias

No obstante, el objetivo inicial de la LOE de erigirse en la primera norma de carácter estatal que regule unas garantías dirigidas a asegurar la efectividad del resarcimiento por los daños causados por defectos constructivos, queda desvirtualizado por la propia regulación en ella contemplada, por las importantes lagunas que presenta y por las modificaciones sufridas con posterioridad a su promulgación². En este sentido, tendremos ocasión de comprobar, que el alcance de la obligatoriedad de las garantías queda restringida a un reducido ámbito de supuestos y que, incluso, las medidas legales previstas para asegurar la efectividad de las garantías quedan en un mero reconocimiento legal sin auténtica fuerza coactiva y de muy escasa virtualidad práctica si nos atenemos a la realidad del proceso edificatorio.

Entre las limitaciones de las que adolece el sistema de garantías es de resaltar que están concebidas de modo muy particular y sólo comprende la indemnización de determinados daños materiales localizados en ciertas partes de la construcción o en determinadas obras y que hayan sido consecuencia de ciertos defectos constructivos que se mencionan expresamente, lo que supone una reducción de la protección de la que gozaban los adquirentes de viviendas, pues, hasta la fecha de su entrada en vigor, todo defecto grave activaba la responsabilidad del artículo 1591 CC. Además la LOE impone la obligación de suscribir seguros únicamente a los agentes de la edificación, sin que de forma paralela se establezca tal exigencia a las entidades aseguradoras. A tales limitaciones hay que añadir la cuando menos discutible decisión de excluir de la obligación de suscribir las garantías obligatorias a las edificaciones en las que el promotor sea una Administración pública (art. 1.3 LOE). Por último, el alcance de la obligatoriedad de las garantías previstas ha quedado restringido aún más con la modificación operada a través del artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que excluye de la obligación de suscribir las garantías obligatorias los supuestos de autopromoción individual y rehabilitación de edificios.

II. Limitaciones a la obligatoriedad del seguro decenal

II.1. Inexistencia de la obligación de asegurar por parte de las Entidades Aseguradoras y del Consorcio de Compensación de Seguros

Como anteriormente hemos adelantado, la proclamada preocupación del legislador por establecer un sistema de garantías obligatorias dotado de suficiente efectividad en orden a proteger a los adquirentes de la vivienda, se va desvaneciendo a

de Derecho Privado (así lo ha destacado PANTALEÓN PRIETO, F, en la Ponencia ofrecida en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado en Córdoba los días 3 y 4 de mayo de 2001, bajo el título “Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación”).

² Vid. artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que reduce aún más el alcance de la obligatoriedad de las garantías previstas.

medida que nos adentramos en el estudio del contenido de las disposiciones legales que regulan esta materia.

En este sentido, como primera deficiencia hay que destacar que la LOE únicamente impone la obligación de suscribir el seguro de daño decenal a los agentes de la edificación, sin que de forma paralela se exija a las entidades aseguradoras la contratación de tal garantía. En consecuencia, puede acontecer que tales agentes, aun teniendo intención de cumplir con las prescripciones legales, no encuentren una entidad aseguradora que esté dispuesta a asumir la cobertura. Ante tal situación, se plantearán importantes problemas, habida cuenta de las consecuencias de carácter registral que el artículo 20 LOE vincula a la falta de suscripción de los seguros obligatorios³. *Item* más, el artículo 19.2 c) excluye expresamente la aplicación de la normativa reguladora de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes contenida en el artículo 4 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre. Esta referencia actualmente debe entenderse que se realiza al artículo único del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros⁴, modificado recientemente por el Real Decreto 1265/2006, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, aprobado por Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero⁵.

Concretamente el artículo 6 del citado Estatuto, establece que el Consorcio cubre los riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes indemnizando las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios acaecidos en España y que afecten a riesgos en ella situados. Entre ellos, el artículo 6.1.a) menciona expresamente los supuestos excluidos de la responsabilidad de la LOE y de las garantías por entrar en la noción de caso fortuito (terremotos, maremotos, inundaciones extraordinarias, erupciones volcánicas, tempestad ciclónica atípica y caída de cuerpos siderales y aerolitos). Y, además, en el artículo 6.3.c) del mencionado Estatuto se excluye la indemnización por parte del Consorcio cuando los daños o el siniestro se hayan debido a *vicio o defecto propio de la cosa asegurada*.

Por otra parte, la mencionada exclusión resulta congruente con la delimitación precisa que del riesgo cubierto realiza la LOE: las pólizas cubrirán única y exclusivamente los daños materiales causados en el edificio por los vicios y defectos que se concretan en el artículo 17.1 de la Ley y respecto de unos sujetos determinados que son los propietarios y terceros adquirentes. De toda esta regulación podemos concluir que queda totalmente descartada la posibilidad de que el Consorcio de Com-

³ BORRELL I CALONGE, A., "Los peritos forenses: la LOE y la LEC", en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. y DíEZ DELGADO, J., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, 431; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2005, 270.

⁴ BOE, nº 267, de 5 de noviembre de 2004.

⁵ BOE nº 279, de 22 de noviembre de 2006.

pensación actúe como asegurador subsidiario en los supuestos en que ningún asegurador privado quiera suscribir la garantía decenal con el promotor o constructor⁶.

II.2. Exclusión de la obligación de prestar garantías por parte de la Administración Pública

Especialmente discutible resulta la decisión del legislador de excluir a la Administración pública de la obligación de prestar las garantías obligatorias para las edificaciones por ella promovidas.

Efectivamente, como se desprende del artículo 1.3 de la LOE, la Administración Pública no está obligada a la suscripción de un seguro obligatorio para garantizar los riesgos derivados de su actividad cuando tenga la condición de promotora porque se registrará en primer lugar por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y subsidiariamente por lo establecido en la LOE “*a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria*”.

La justificación que parece subyacer a este especial tratamiento radica en que la Ley parece presumir la solvencia de la Administración para responder ante defectos constructivos. En este sentido, entendemos que al margen del evidente privilegio administrativo que ello supone (frente a los agentes privados de la edificación), se resiente la tutela de los adquirentes de las viviendas de promoción pública. La discriminación de estos últimos en el ámbito de garantías mínimas parece difícil de justificar, si se considera que el seguro obligatorio obedece esencialmente a la necesidad de agilizar las indemnizaciones por daños materiales, puesto que la solvencia de la administración no implica rapidez en el pago indemnizatorio⁷. Creemos, que en el supuesto en que una Administración Pública promueva o construya viviendas en régimen de libre mercado, debería estar sometida a las mismas regulaciones que el resto del sector⁸. Este tratamiento especial resulta injustificado⁹, coloca al promotor

⁶ En este sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías...*, cit., 272, considera que la consecuencia que indirectamente provoca la falta de obligación de las entidades aseguradoras de contratar los seguros legales es forzar el cumplimiento de unos niveles mínimos de calidad por parte de los agentes de la edificación, para evitar que el asegurador muestre objeciones a la contratación del seguro.

⁷ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Las garantías específicas en la Ley de Ordenación de la Edificación: especial referencia al seguro obligatorio”, en *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, coord. ANGULO RODRÍGUEZ, L./CAMACHO DE LOS RÍOS, J., Barcelona, 2002, 221.

⁸ Esta excepción también es criticada por MARTÍ FERRER, M. (“La Ley de Ordenación de la Edificación: el punto de vista del promotor”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 177, abril-mayo de 2000, 496 y 497) al considerar que estas empresas públicas, al estar sometidas a menores costes, estarán incurriendo en competencia desleal.

⁹ Así lo han puesto de manifiesto DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M. *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, 4ª ed., Granada, 2002, 475; GONZÁLEZ TAUSZ, R., “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la LOE”, *RCDI*, núm. 661, 2000, 2718; MARTÍ FERRER, M., “La Ley de Ordenación de la Edificación: el punto de vista del promotor”, cit., 496 y 497; XIMÉNEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F. “El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE”, en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. y Díez DELGADO, J., Estudios de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, 41.

público en una situación de ventaja con respecto al promotor privado y propicia una situación de competencia desleal. Pero, insistimos, lo que a nuestro juicio es aún más grave es que tal decisión perjudica notablemente a los adquirentes de viviendas de promoción pública que merecen la misma protección que aquéllos que hayan comprado su vivienda a un promotor de carácter privado¹⁰, sobre todo si tenemos en cuenta que los destinatarios de tales viviendas protegidas tendrán una condición económica menos favorecida¹¹.

No creemos que exista razón de peso que motive este agravio comparativo que se traduce nada más y nada menos en que a los propietarios de promociones públicas se les priva no sólo de la prefinanciación del daño por parte de las entidades aseguradoras sino también, al no ser obligatorias las garantías, lo normal será que tampoco tenga lugar la supervisión del proceso edificatorio de tales viviendas por parte de las entidades de control de calidad.

II.3. **Ámbito material de aplicación del seguro decenal: limitación a los edificios cuyo destino principal sea la vivienda**

La obligatoriedad del seguro decenal alcanza en la actualidad a edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Con relación a esta limitación, la cuestión que ha planteado mayores divergencias interpretativas ha sido la relativa a la extensión que deba darse a la expresión “*edificios cuyo destino principal sea la vivienda*” contenida en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación. Sobre este tema ha tenido ocasión de pronunciarse la DGRN en diversos pronunciamientos. Así la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2001¹², establece una serie de criterios básicos sobre este tema. En primer lugar, en los edificios de *viviendas de alquiler*; es exigible el seguro decenal en todo caso, al tratarse de edificios destinados a vivienda. En segundo lugar, en las residencias de estudiantes, de la tercera edad, y otras *de carácter residencial*, se entiende que aun cuando tienen una vocación de permanencia de las personas en dichas residencias, a diferencia de otras pueden tener un carácter más transitorio (como por ejemplo, residencias sanitarias o alojamientos hoteleros), lo cierto es que no tienen el carácter de vivienda, a pesar de estar destinadas a un “uso residencial” (*cfr.* art. 2 de la LOE), por lo que no puede exigirse dicho seguro.

¹⁰ Esta opinión también es defendida, entre otros, por ESCOLANO NAVARRO, J.J. (“Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, *RJN*, núm. 35, julio-septiembre de 2000, 205 y 206) y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (*Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, cit., 154) para quien el solo hecho de revestir carácter público no parece que dote a este agente de unas mayores garantías en la edificación que justifiquen su régimen más liviano.

¹¹ En este sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, cit., 273, mantiene que este régimen tiene como consecuencia que la protección de los consumidores que se concebía como una declaración programática recogida en la Exposición de Motivos de la Ley se sustituye por una diferencia de trato entre los consumidores que atiende a su situación económica y favorece a los más ricos, que son al mismo tiempo los menos débiles.

¹² RJ 2001, 4806.

Por lo tanto, puede defenderse que en todos aquellos supuestos en que se trate de un edificio, aun cuando tenga carácter residencial, que principalmente no esté destinado a viviendas (por ejemplo, un hotel) y, además, a viviendas dirigidas al tráfico a través de negocios transmisivos (por ejemplo, un apartahotel), no se cumple la función que tiene el seguro obligatorio previsto por la Ley, porque no habrá adquirentes a quienes proteger ante los defectos constructivos y, por lo tanto, no debe exigirse dicho seguro obligatorio para poder inscribir la escritura de declaración de obra nueva terminada¹³.

En este sentido, la DGRN en la Resolución de 8 de febrero de 2003¹⁴, negó que una residencia geriátrica pudiera tener tal condición. La mencionada Resolución puso de manifiesto la necesidad de distinguir los conceptos de *vivienda* y *residencia*. Así, si bien se trata de dos conceptos próximos, ya que la vivienda alude a “una construcción humana o el simple refugio natural en el que se vive o mora, ese vivir o morar implican la idea de cierta habitualidad o permanencia”, y la residencia es “el lugar donde se reside o vive permanentemente”. No obstante, hay una diferencia entre ambas porque la residencia es una noción más amplia que se aplica “a la edificación en que conviven varias personas afines por razón de sexo, estado, dedicación u otra y que, por lo general, lo hacen con sujeción a una reglamentación más o menos estricta –residencia de estudiantes, ancianos, eclesiásticos, etcétera-, o bien al conjunto de viviendas destinadas a personas relacionadas o afines por su profesión u otra razón –residencia de profesores, de militares- o incluso al establecimiento abierto al público para el alojamiento de personas viajeras o estables en régimen de pensión consistente en la prestación de servicios complementarios como la alimentación, limpieza, etcétera. Todos estos supuestos se refieren al hecho objetivo de residir en un lugar, pero frente a ello, la idea de vivienda “se tiñe de un significado familiar o de tipo familiar, en cuanto sede física en que se asienta un grupo heterogéneo de personas más o menos ligadas entre sí principal, aunque no necesaria ni exclusivamente, por vínculos de parentesco, y con un amplio grado de autonomía en la organización no sólo de su sistema de vida sino también de configuración de ese espacio vital en que consiste la vivienda, en su decoración, amueblamiento, etcétera”. Además, se vincula el concepto de vivienda a las normas protectoras de la intimidad –artículo 18.2 CE y la legislación penal- y a la política de vivienda vinculada al artículo 47 de la CE. Por último, se destaca también el hecho de que las garantías de la LOE a quien protegen es al propietario, sea a la vez usuario del edificio o tenga cedido el uso a un tercero, pero no alcanzan al mero usuario que no sea al tiempo propietario del edificio o de parte del mismo, como acontece con los usuarios de una residencia.

En tercer lugar, en los edificios en régimen de *aprovechamiento por turnos* de bienes inmuebles; es exigible el seguro, porque aunque en ellos no puede constituirse

¹³ STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, 2005, 827.

¹⁴ RJ 2003, 2606.

un domicilio habitual, sí tienen la consideración de vivienda, ya sea ésta la segunda o la tercera, y vaya a ser ocupada por una o varias familias. Además, si bien no puede emplearse el término propiedad, el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles se configura como un auténtico derecho real que debe hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (cfr. Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias).

Por último, en cuanto a edificios mixtos (oficinas-viviendas); si el *destino principal del edificio es el de vivienda* no cabe duda de la obligatoriedad del seguro, incluso en aquellos supuestos en que el número de oficinas (a las que pueden equipararse las plazas de garaje, trasteros y locales comerciales) sea superior al de viviendas. Dada la existencia de un régimen de propiedad horizontal en el que las viviendas se configuran como elementos independientes con una cuota propia, será exigible la constitución del seguro, *por lo menos en cuanto a esas viviendas*, ya que la finalidad de la Ley (cfr. art. 3 del Código Civil en materia de interpretación) es configurar garantías para proteger al usuario y sus intereses.

En este sentido, en la Resolución-Circular de 3 de Diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación que deba darse a las modificaciones introducidas en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, por el artículo 105 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social, se defiende que aun cuando pudiera considerarse injustificada o excesiva la exigencia del seguro sobre la totalidad de un inmueble cuando tan sólo un número minoritario de sus dependencias se destinan a la necesidad de vivienda, ésta es la opinión más acorde con la finalidad perseguida por el precepto relativo a la constitución del seguro. Pudiendo acudir además, como argumento *ad maiorem*, a la referencia que contiene la ley a las diferentes unidades registrales que constituyen cada uno de los elementos del inmueble, que son objeto de inscripción separada dando lugar a la apertura de folio independiente; por lo que, se continúa afirmando en la citada Resolución, parece lógico que cada uno de ellos cuente con su propio seguro en cuanto atiendan a la finalidad de “uso residencial”.

En definitiva, podemos concluir que esta limitación del seguro decenal a edificios cuyo destino principal sea el de vivienda provoca una muy importante reducción del ámbito de cobertura de la garantía.

II.4. Exclusión de la garantía decenal en los casos de viviendas construidas por autopromotor individual

En la redacción originaria de la LOE, dada la amplitud que ofrecía el concepto de promotor recogido en el artículo 9, y a falta de una indicación expresa que excluyera de la obligación de prestar garantía al autopromotor, debía entenderse, pese a las

críticas que motivó tal solución legal¹⁵, que quedaban obligados a suscribir los seguros legalmente establecidos. Esta regulación carecía, a nuestro juicio, de toda justificación porque imponía a un sujeto privado la obligación de concertar un seguro, estuviera o no conforme, en el que él mismo era el asegurado, lo que suponía un desproporcionado intervencionismo de los poderes públicos en el ámbito jurídico privado más allá de lo razonable y que no podía fundamentarse en aras a la protección de intereses superiores. Además, no se debe olvidar que la autopromoción podía encontrar importantes problemas a la hora de que alguna entidad aseguradora accediera a contratar el seguro puesto que normalmente los constructores de vivienda aisladas suelen ser pequeños empresarios que edifican sin someterse a ningún control de calidad ya que carecen de la envergadura suficiente para superar las exigencias de las empresas de control de calidad¹⁶.

Pues bien, la Disposición Adicional Segunda de la LOE, redactada según el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹⁷, excluye de la obligación de suscribir el seguro al auto-

¹⁵ En contra de la obligatoriedad de suscribir los seguros legales en los supuestos de autopromoción se pronunciaron, entre otros, CORDERO LOBATO, E., "Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, 201; SANTOS MORÓN, M.J., "Comentario al artículo 17", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, dir. PAREJO ALFONSO, L., coord. FELIÚ REY, M.I./DE LA SERNA BILBAO, M.N., Madrid, 2001, 348; PANTALEÓN PRIETO, F., Ponencia..., cit., 4.; BRENES CORTÉS, J., *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*, Valencia, 2005, 134 a 137. No obstante, no faltaron quienes se mostraron conformes con la solución legal, vid. GARCÍA-TREVILJANO GARNICA, E., "Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 177, abril-mayo, 2000, 429; ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J. "Garantías en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y su acreditación ante el notario", *La Ley*, núm. 5419, jueves 15 de noviembre de 2001, 3.

¹⁶ Como señala CARRASCO PERERA, A. "Comentario a los artículos 19 y 20", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, 370, 376 y 377, las compañías aseguradoras exigen como condición indispensable para la celebración del contrato de seguro la presencia y supervisión de las obras por un organismo u oficina de control, homologada por el asegurador, que verificará y controlará los aspectos más esenciales de la edificación. Evidentemente, el estudio y actividad que despliegue la oficina de control la deberá pagar el tomador del seguro que, tratándose del promotor profesional, repercutirá dicho coste en el precio final de adquisición de las viviendas, pero si se trata del autopromotor, evidentemente, tiene que ser su propio patrimonio el que soporte los gastos generados. Vid. también JIMÉNEZ CLAR, A.J., "El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación", *RdPat.*, nº 6, 2001, 34 a 36 y ESPINOSA LABELLA, M. "El régimen de garantías por daños derivados de vicios o defectos de la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 5, septiembre 2000, 7.

¹⁷ El artículo 105 de la ley 53/2002 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modifica la redacción originaria de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre estableciendo expresamente que "No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión inter vivos dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión inter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma".

promotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio a menos que antes de que haya transcurrido el plazo de garantía decenal la transmita *inter vivos*. En tal caso, y salvo pacto en contrario, deberá el autopromotor suscribir el seguro por el tiempo restante hasta los diez años.

La Resolución que más en profundidad aborda este tema es la ya mencionada Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003. En ella se hace expresa mención a que la exoneración del seguro decenal para el supuesto que ahora estudiamos ha sido tratada por la DGRN en Resoluciones de 11 de febrero y de 9 de julio de 2003¹⁸. Así, la nueva redacción de la Disposición Adicional Segunda exige un doble requisito, subjetivo y objetivo, que debe concurrir para que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma. Ha de tratarse de un “autopromotor individual” y además de una “única vivienda unifamiliar para uso propio”, esto es, se refiere a quien construye una vivienda para usarla él mismo y sin tener la intención de transmitirla en un primer momento. Se mantiene en la citada Resolución que el concepto de *autopromotor individual* no debe llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas, de manera que cuando la ley se refiere a él, según sostuvo este Centro Directivo en Resolución de 9 de julio de 2003, deben entenderse comprendidos en dicho concepto tanto las personas físicas como las personas jurídicas, dado que en última instancia éstas son una sola entidad, son “individuales” siguiendo un criterio numérico¹⁹. A fin de no restringir excesivamente el ámbito de aplicación de la exención y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la ley al establecer la obligación de concertar estas garantías, se llega a la conclusión de la no exigibilidad del seguro a las personas jurídicas cuando se lleven a efecto declaraciones de obra nueva de viviendas unifamiliares.

La reforma exige acreditar que se trata no sólo de vivienda, cuyo concepto se determina por el uso a que se destine (así, Resolución de 24 de mayo de 2001), sino que es unifamiliar y para uso propio, a efectos de excluir la necesidad de seguro decenal al menos mientras no se transmita. Esto podrá hacerse a través de determinados requisitos administrativos, como el empadronamiento o licencia de primera ocupación; pero en la escritura de obra nueva, construida o en construcción, la exigencia del destino a uso propio, en cuanto que es un hecho futuro, podrá quedar cumplida mediante mera manifestación en tal sentido, que debe realizar quien hace la declaración de obra nueva terminada o en construcción como dueño. Además, será preciso que la licencia obtenida para la formalización e inscripción de la declaración de obra nueva no resulte contradictoria con la citada manifestación; es decir, que sea licencia municipal para vivienda unifamiliar.

¹⁸ RJ 2003/6083.

¹⁹ Así lo ha defendido STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 2ª ed., 811 y 812, quien mantiene que quedarán excluidos de la obligación de otorgar el seguro decenal aquellos supuestos en los que el autopromotor fuera una persona jurídica, aunque realizara la construcción de la vivienda unifamiliar para destinarla a residencia de las personas que la componen.

En este sentido, podemos destacar la posibilidad de indicar que aquella va a destinarse a uso propio no sólo en el momento de terminar la obra, en que esta manifestación es obligatoria si se pretende la exoneración del seguro; sino también en el momento de declarar la obra nueva en construcción, a fin de eludir este requisito en el momento de terminación de la obra. Por lo que respecta al concepto de *vivienda destinada a uso propio*²⁰, se entiende por tal toda la que tienda a este uso por parte del autopromotor, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal. En este sentido, aunque la Disposición Adicional hace expresa referencia a *una única vivienda*, este requisito de unidad no debe interpretarse, como acertadamente se ha puesto de manifiesto²¹, en el sentido de exigir que el autopromotor no tenga ninguna otra vivienda de su propiedad, o que nunca con anterioridad haya actuado como promotor de la construcción de otra vivienda, de tal modo que la vivienda que quede excluida de la necesidad de otorgar la cobertura asegurativa sea sólo la primera vivienda en la que actúa el propietario de promotor, a semejanza de lo que ocurre con determinados beneficios fiscales. Por tanto, deben quedar incluidas dentro de la exclusión de la obligatoriedad de concertar el seguro decenal las segundas o posteriores residencias que se hayan construido por el autopromotor, aunque éste ya tenga otra u otras en propiedad. El requisito de la única vivienda debe ser un requisito temporal y vinculado a la finalidad de la norma de permitir que las viviendas que no vayan a destinarse al tráfico jurídico queden exoneradas de la contratación del seguro obligatorio.

Dada la relevancia que adquiere este supuesto, la DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse en otras Resoluciones diversas sobre el concepto de autopromotor. Así, en la RDGRN de 5 de abril de 2005²², se afirma que el concepto de autopromotor individual no debe llevarse a interpretaciones excesivamente rigoristas, sino que ha de interpretarse de forma amplia²³. Por lo que respecta al concepto de “vivienda des-

²⁰ En este sentido, se ha defendido (STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, cit., 1ª ed., 770, 2ª ed., pág. 809) que el concepto de vivienda (todavía más si se califica como unifamiliar), debe estar vinculado a aquel espacio físico destinado a servir de morada de una persona o familia y en el que se desarrollan los aspectos más íntimos de la persona y las relaciones convivenciales con los seres afectivamente más próximos, aun cuando la vivienda construida no se destine a servir de morada a la persona o familia del promotor (por ejemplo, porque en ella se pretende ubicar un despacho profesional del autopromotor o se quiere utilizar temporalmente como guardamuebles, trastero, etc.) ya que la vivienda va a permanecer en propiedad del autopromotor y no va a ser destinada al tráfico jurídico, por lo que no existe necesidad de salvaguardar el patrimonio de un posible adquirente ante la aparición de daños en la vivienda producidos por vicios constructivos. Además, continúa este autor afirmando que en los casos señalados la exigencia de uso propio sí se cumple ya que en realidad aunque se trate de un uso no vinculado a la permanencia física y estable del sujeto en la vivienda, sin embargo, sí que satisface otras necesidades del propio promotor o de su familia.

²¹ STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción...*, cit. 771, 2ª ed., 810 y 811.

²² Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2005, RJ 2005/3484.

²³ En este sentido la Resolución de 9 de julio de 2003 (RJ 2003/6083) permite comprender tanto las personas físicas como las personas jurídicas, dado que en última instancia estas son una única entidad, siendo individuales si seguimos un criterio numérico.

tinada a uso propio”, se entiende toda aquella que tienda a este uso por parte del autopromotor, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal. Como particularidad, insiste la Resolución en la necesidad de manifestación de los titulares de tal circunstancia, sin que pueda pretenderse que tal declaración se supla por las deducciones o interpretaciones del Registrador al calificar. Por otra parte, en la Resolución de la DGRN de 6 de abril de 2005²⁴, se mantiene que si posteriormente la vivienda del autopromotor fuera objeto de transmisión, el adquirente sólo podrá exonerar expresamente al autopromotor de la obligación de constituir la referida garantía –y de su justificación en la correspondiente escritura pública- si se acredita por éste haber utilizado la vivienda. La Resolución de la DGRN de 28 de octubre de 2004²⁵, se ocupa del supuesto de autopromoción por parte de una sociedad, cuyo objeto social es la promoción, venta y alquiler de inmuebles. La DGRN, entiende que dada la amplitud de la dicción legal que no limita la exoneración del seguro decenal a los supuestos en que el autopromotor tenga en la vivienda unifamiliar su domicilio, sino que admite cualquier uso para sí, no puede ser exigido por el Registrador que aquél, cuando es persona jurídica, tenga en ella su domicilio social. Ni puede inferirse por razón del objeto social una presunción de fraude o de manifestación errónea del destino de la vivienda a uso propio de la persona jurídica, ya que el objeto social no es incompatible con el destino a uso propio de la vivienda en cuestión. Lo importante es que estamos ante una vivienda unifamiliar, realizada en régimen de autopromoción y en el que concurra la manifestación, que deberá constar en el Registro, de que va a destinarse a uso propio. Las consecuencias de la constancia registral de esa manifestación, son ya suficiente garantía a favor de los terceros adquirentes que tendrán público conocimiento de las limitaciones afectantes al inmueble. La doctrina entiende que todas estas exigencias deben ser interpretadas de conformidad con la finalidad de la norma de excluir de la obligación de concertar el seguro decenal a aquellas viviendas que se construyan sin estar encaminadas de modo directo al tráfico jurídico, de ahí que las dudas que se susciten deberán resolverse con dicho criterio²⁶.

En caso de transmisión de la vivienda autopromovida, el transmitente podrá pactar de modo expreso con el adquirente que éste le exonere de la constitución del seguro decenal siempre que aquél pueda acreditar haber utilizado la vivienda transmitida. Esto será lo que normalmente ocurra ya que el adquirente querrá elevar a pública la transmisión e inscribir la escritura en el Registro de la Propiedad para beneficiarse de los efectos de la inscripción. Además, hay que tener en cuenta que en ese momento será prácticamente imposible encontrar una compañía aseguradora

²⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 2005, RJ 2005/3485.

²⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de octubre de 2004, RJ 2004/7808.

²⁶ STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 2ª ed., cit., 808.

que sin conocer cómo se ha desarrollado el proceso constructivo, asuma la cobertura²⁷.

En cuanto a la exigencia de que inicialmente no se tenga intención de transmitir la vivienda, ésta queda cubierta por medio de la obligación de acreditar si se pretendiere su enajenación antes de diez años el destino a uso propio que se ha dado a la vivienda unifamiliar, sin que baste a estos efectos la mera declaración, pues ya no se trata de probar hechos futuros, sino de probar un hecho pasado, que como tal deberá quedar acreditado a través de cualquier medio de prueba en derecho (acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación...).

En cualquier caso, para que el adquirente de la vivienda pueda exonerar al autopromotor de la obligación de concertar el seguro, éste debe acreditar que ha utilizado la vivienda. A este respecto, la Disposición Adicional Segunda de la Ley guarda silencio no sólo sobre la forma en que debe hacerse esa acreditación sino también sobre el tiempo mínimo de utilización. Por tanto, nada impide que se pueda transmitir al poco tiempo del acta de recepción incluso aunque la utilización de la vivienda no lo hubiese sido de modo continuado, ni, por supuesto, permanente, por lo que la acreditación del empleo de la vivienda de forma intermitente puede servir para exonerar al transmitente de la obligación de prestar la garantía²⁸.

II.5. Exclusión de la garantía en los casos de rehabilitación de edificios

En principio, de conformidad con el artículo 2 de la LOE, no sólo las obras de nueva construcción, sino también otras intervenciones que se realicen sobre edificios preexistentes quedan sometidas al régimen de esta ley, por lo que, en principio, existiría la obligación de suscribir los seguros de la LOE. No obstante, el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, como sabemos, modifica la Disposición Adicional Segunda de la LOE, ha introducido en dicha disposición un párrafo aclaratorio del ámbito de aplicación de las garantías obligatorias en relación con los supuestos de rehabilitación de edificios.

Así, la citada Disposición Adicional señala que no será exigible la garantía obligatoria en las obras de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas siempre que las correspondientes licencias de edificación se hubieran solicitado con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE²⁹. Esta norma resulta, a nuestro juicio, innecesaria puesto que supone reiterar lo que establece de forma bastante clara

²⁷ Vid. STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción...*, cit. 774, 2ª ed., 813 y 814.

²⁸ En este sentido, STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción...*, cit., 1ª ed., 776, 2ª ed., 815 y 816.

²⁹ Expresamente, el nuevo párrafo señala que: "Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley".

la Disposición Transitoria Primera de la LOE al señalar que la misma “*será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor*”. En consecuencia, debe entenderse que para las obras de rehabilitación para las que se solicitaron las correspondientes licencias con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley no se les puede aplicar el régimen de garantías obligatorias.

Ahora bien, la cuestión principal que se plantea con relación a este supuesto es la de determinar a qué obras de rehabilitación de edificios destinados a viviendas será de aplicación la LOE y, en consecuencia, el régimen de garantías en ella previstas.

En primer lugar, el apartado b) del artículo 2 de la LOE señala que se aplicará a las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios. En este sentido, el legislador en ese mismo precepto pretende realizar alguna concreción de las obras que pueden alterar dicha configuración. Así, la norma establece que lo hacen aquellas obras de modificación o reforma que tengan carácter de intervención total, es decir, que afecten de modo completo al edificio, o bien, aquellas otras que, aun teniendo sólo carácter de intervención parcial, produzcan como resultado una variación esencial de la composición general del edificio, de su volumetría o del conjunto del sistema estructural del mismo, o bien tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

En consecuencia, según establece el propio legislador, revisten entidad constructiva suficiente aquellas obras de modificación o reforma que, o bien, afecten de una manera total y completa al edificio (teniendo, por tanto, dichas obras carácter de intervención total) o bien, tengan por objeto cambiar sus usos característicos. En ambos casos pueden afectar de una manera esencial a su configuración arquitectónica.

Pero además, según establece el precepto comentado, también puede entenderse que son importantes, en un sentido constructivo y, en consecuencia, afectan a dicha configuración arquitectónica, aquellas obras de ampliación o reforma que, aun teniendo el carácter de intervención parcial, produzcan como resultado una “variación esencial” de algunas circunstancias o elementos básicos de la construcción como son el conjunto del sistema estructural, la composición general exterior o la volumetría del edificio.

A falta de previsión específica sobre la situación en que se encuentran otros tipos de obras, será la DGRN la que, en última instancia, irá concretando, si en la noción de obras de rehabilitación ha de entenderse incluida cualquier obra que se realice sobre el edificio preexistente o estrictamente se restringe a las dirigidas a rehabilitarlo.

En este sentido, la Resolución-Circular de 3 de Diciembre de 2003 trata expresamente este tema y realiza las siguientes afirmaciones. En primer lugar, se exige que se trate de un supuesto de *rehabilitación de edificio* que implique una intervención total o parcial en los términos que resultan del artículo 2.2 b) de la Ley 38/99. El concepto concretamente elegido por el legislador, “rehabilitación”, confrontándolo

con los supuestos de obras en los edificios ya existentes enumerados en el artículo 2.2. b) de la ley, obligaría a entender que sólo en los casos de rehabilitación estricto sensu puede aplicarse la exoneración del seguro decenal, excluyendo las hipótesis de las obras de reforma, modificación o ampliación de edificios ya existentes. Para este Centro Directivo avalaría esta idea la regla “*inclusio unius, exclusio alterius*” y que la norma que examinamos es de naturaleza excepcional, al derogar el régimen normal del seguro decenal para el caso particular que recoge, lo que conduce a una interpretación, no restrictiva, pero sí estricta. Se impone, por tanto, el estudio de qué se entiende por obra de rehabilitación de un edificio, en contraste con las de reforma, ampliación o modificación. En este sentido, la DGRN cita el artículo 1º.1 del Real Decreto 2329/1983, de 28 de julio, sobre protección a la rehabilitación del patrimonio residencial y urbano, que define las actuaciones de rehabilitación como “*las adecuaciones constructivas o funcionales de (...) edificios cuyo destino principal sea el de vivienda*”, añadiendo el artículo 31 del Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005 como modalidades de esta actuación rehabilitadora las de remodelación de un edificio, adecuación estructural (garantizar su estabilidad, resistencia, firmeza y solidez), adecuación funcional (accesos, estanqueidad, aislamiento térmico, redes generales de servicios, etc.) o adecuación de habitabilidad (condiciones mínimas para su uso conforme a su destino, medidas de ahorro de energía o de eliminación de barreras arquitectónicas y la ampliación del espacio habitable). Son, en esencia, como bien afirma la Resolución, obras dirigidas a cumplir los requisitos básicos que a toda edificación obliga el artículo 3º.1 de la LOE, relativos a la funcionalidad, seguridad y habitabilidad del edificio, más la posibilidad expresamente incluida en el artículo 31 del Real Decreto sobre financiación del Plan 2002-2005 de la ampliación del espacio habitable.

Continúa afirmando la Resolución que la amplitud del concepto legal de rehabilitación induce a pensar que, pese a su literalidad, también están excluidos del seguro decenal los casos en que la actuación rehabilitadora va unida a obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que se realizan simultáneamente y bajo la misma licencia urbanística de edificación (*cf.* arts. 4 c) y 5 del Real Decreto 2329/1983), quedando solamente sujetas a la prestación de la garantía del seguro de daños materiales o de caución las obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que, por no venir exigidas por su deterioro, puedan catalogarse de mejora del inmueble, es decir, las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios (art. 16.1 de la LOE).

La Resolución de la DGRN que estamos analizando sigue defendiendo que desde un punto de vista registral, al tratarse de una cuestión urbanística y técnica, el Registrador habrá de atenerse a la calificación que a la obra concreta dé la licencia de edificación, también necesaria para este tipo de obras en las distintas normas urbanísticas autonómicas como lo estaba en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992,

de manera que no será necesario acreditar la constitución del seguro decenal si la licencia testimoniada autoriza una rehabilitación del edificio, aunque, además, permita su reforma o modificación, total o parcial, o la ampliación de su volumetría, y, por el contrario, debe exigirse la justificación del seguro decenal cuando la licencia de edificación se limite a autorizar una obra autónoma de reforma, ampliación o modificación, no simultánea a una rehabilitación. Los casos dudosos se podrán resolver mediante certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la LOE establece como rehabilitación, y por medio de la licencia municipal, que debe indicar a qué tipo de obras se refiere.

Por último, la citada Resolución aclara un tema que ya hemos destacado anteriormente: resulta exigible para la exoneración del seguro decenal respecto de los edificios en rehabilitación que la licencia para el proyecto de nueva construcción del edificio que se ha rehabilitado hubiese sido solicitada antes de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, no de la Ley 53/2002, pues su artículo 105 se limita a dar una nueva redacción a la Disposición Adicional Segunda de la LOE, no a crear una nueva norma. En este sentido, señala que es evidente que el proyecto a que alude es el de construcción de nueva planta del edificio en que se ha realizado la obra de rehabilitación, distinción entre nueva construcción y rehabilitación claramente recogida en el artículo 2.2 de la LOE, y no a la licencia para el proyecto de rehabilitación, porque la no sujeción de cualquier obra en edificio ya existente cuando la licencia se ha solicitado con anterioridad al 6 de mayo de 2000 ya se declaraba en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 38/1999.

II.6. El posible establecimiento de franquicias como límite al seguro decenal obligatorio

El apartado octavo del artículo 19 de la LOE se ocupa de regular la viabilidad de introducir franquicias en el seguro decenal obligatorio. De conformidad con este precepto, dicha franquicia no podrá exceder del uno por ciento del capital asegurado de cada unidad registral. Podemos observar cómo la norma comentada contiene una regulación ciertamente restrictiva a fin de evitar que puedan establecerse límites a la obligación de indemnización por parte del asegurador. En nuestra opinión, ese carácter restrictivo resulta plenamente justificado, sobre todo en aquellos supuestos en los que no coincidan las personas del tomador y del asegurado (en los seguros por cuenta ajena contratados por los promotores inmobiliarios) ya que, si se admitiera una amplia libertad de pactos con relación a este elemento, los promotores convendrían altas franquicias a fin de obtener primas más bajas, lo que iría en claro detrimento de los derechos del asegurado (propietario o sucesivo adquirente del edificio), que vería frustrada la garantía que le ofrece el seguro contratado al tener que afrontar, desde un punto de vista económico, una parte importante del siniestro. Quizás, incluso, hubiese sido conveniente, en aras de una mayor protección de los derechos del

adquirente de la vivienda, que en los seguros de la construcción, de alta repercusión social, no se admitieran franquicias³⁰, sobre todo si tenemos en cuenta que a quien en ninguna medida beneficia es al asegurado, porque se disminuyen las garantías de solvencia en el cobro de la indemnización. Además, al suponer una limitación porcentual a la cuantía de dicha indemnización, se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y, por tanto, deberá cumplir las exigencias prescritas en el artículo 3 LCS. En consecuencia, podemos concluir que la franquicia hace ilusoria en cierta medida la garantía del seguro para el adquirente de la vivienda³¹.

También resulta, a nuestro juicio, criticable la referencia que en el mencionado precepto se realiza al término “unidad registral” ya que esa terminología resulta inusual en la práctica aseguradora, pudiendo constituir una fuente importante de controversia, por la ausencia de definición en la LOE de lo que debe entenderse por tal y de las diversas interpretaciones posibles sobre la misma. Además, puesto que el objeto del seguro es el edificio en su conjunto y no las distintas unidades en que pueda dividirse como consecuencia de su venta en régimen de Propiedad Horizontal, el seguro, por tanto, tiene como objeto una edificación en su conjunto³², lo que ocurre es que en el caso de que se produzca su división horizontal coexisten registralmente como fincas registrales el edificio y las distintas partes que lo componen, lo que se justifica por la existencia de elementos comunes junto a los privativos en la Propiedad Horizontal³³. Pues bien, si como defendemos, el objeto asegurado es el edificio en su conjunto cabe plantearse cómo de ser entendida la referencia a la “unidad registral” contenida en el nº 8 del artículo 19. En este sentido, un sector de la doctrina ha considerado de forma acertada que la expresión “unidad registral” implicaría una franquicia por vivienda, lo que significaría que en el contrato debe atribuirse a cada una de ellas la parte de la suma asegurada que le corresponda, ya que no tendría sentido que cada propietario tuviera que abonar el 1% del coste total de reconstrucción del edificio en su conjunto, lo que podría privarle de toda indemnización³⁴.

³⁰ A este respecto, durante la tramitación parlamentaria de la Ley se presentaron dos enmiendas (la nº 76 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y la nº 130 del Grupo Socialista en el Congreso) dirigidas a la supresión de las franquicias, si bien no prosperaron porque se argumentó a favor de éstas que permitirían mantener las primas dentro de unos límites razonables.

³¹ Así lo ha advertido CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 19...”, cit., 426, 3ª ed., Pamplona, 2005, 419, quien entiende que el pacto de franquicia es una cláusula limitativa, como lo son todos los pactos de limitación porcentual de la indemnización, por tanto, estarán sujetas al régimen especial que para las mismas establece el artículo 3 de la LCS.

³² Vid. artículos 2 y 19 LOE.

³³ Esta conclusión se refuerza en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 LOE que al regular la labor de control por Notarios y Registradores en relación con la efectividad de las garantías se refiere exclusivamente a las escrituras de declaración de obra no a las de división horizontal.

³⁴ Vid. en este sentido, CARRASCO PERERA, A., “Garantías por daños materiales...”, cit., 426, 3ª ed., 418.

III. Medidas para asegurar la efectividad del seguro decenal

El artículo 20 de la LOE establece una serie de medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de la obligación de suscribir los seguros en ella previstos (actualmente sólo aplicable al seguro decenal en los supuestos en que sea precisa su contratación), si bien, como tendremos ocasión de comprobar, tienen escasa efectividad práctica.

Así, el inciso primero del artículo 20 prohíbe el acceso al Registro de la declaración de obra nueva hasta tanto se acredite y testimonie la constitución de las garantías obligatorias e impide, en su apartado segundo, cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, el cierre en el Registro Mercantil de la hoja abierta al promotor individual y la inscripción de la liquidación *–rectius* extinción- de las sociedades promotoras hasta tanto no se acredite al Registrador la constitución de las garantías obligatorias con relación a todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido.

La Instrucción de la DGRN de 11 de septiembre de 2000, que tiene su origen en una consulta formulada por la Dirección General de Seguros, establece la forma en que se ha de acreditar ante el Notario y testimoniar ante el Registrador la constitución de las garantías obligatorias. El sistema en ella establecido se basa en la exhibición del documento en el que consta el seguro (la póliza) que debe reunir el contenido mínimo que la propia Instrucción especifica, completada con el documento de entrada en vigor (que determina el momento en que la cobertura entra en vigor); mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o mediante suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato.

Asimismo, la propia Instrucción de la DGRN señala una relación de circunstancias que deben hacerse constar y que se refieren a la identificación y descripción de la edificación, al seguro y a la entidad aseguradora. Por tanto, la actuación de Notarios y Registradores no debe limitarse al testimonio del documento que contiene la garantía, sino que debe extenderse también al contenido del seguro³⁵.

Además, la acreditación de la constitución de las garantías se exige únicamente en relación con la declaración de obra nueva, pero no especifica la Ley si se trata de obra nueva terminada o en construcción. La Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de marzo de 2000, respondiendo a la consulta realizada por la Asociación de Promotores Constructores de España, ha señalado que la acreditación de la constitución de las garantías obligatorias previstas por la Ley sólo era necesaria para la inscripción de la declaración de obra nueva terminada o para la autorización de las actas de finalización de obras, por lo que podían continuar inscribiéndose las declaraciones de obra nueva en construcción sin dicha acreditación, si bien en tal caso se reflejará al pie del título la obligatoriedad de hacer constar en el Registro la finalización de la obra, momento en el que procederá la exigencia de las

³⁵ Vid. JIMÉNEZ CLAR, A.J., "El sistema de seguros en la Ley de Ordenación de la Edificación", cit., 38.

garantías³⁶. Esta solución es, a nuestro juicio, sumamente criticable y se separa de la defendida por un amplio sector doctrinal³⁷. En este sentido, dicha solución puede abrir la vía al fraude puesto que al ser posible que con la obra nueva en construcción se divida el edificio en régimen de propiedad horizontal y se vendan los pisos, resulta fácil llegar a la situación en la que sólo se escriture e inscriba la declaración de obra nueva en construcción y se prolongue esta situación en el tiempo de manera indefinida, sin practicar la nota marginal del acta notarial de finalización de las obras a las que alude el artículo 47.1 del RD 1093/ 1997, cuya operatividad quedaría considerablemente reducida.

El apartado segundo del artículo 20 LOE impide el cierre en el Registro Mercantil de la hoja abierta al promotor individual y la inscripción de la liquidación de las sociedades promotoras si no se acredita previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas en la Ley con relación a todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido. La efectividad de esta norma plantea importantes dificultades prácticas.

En primer lugar, porque el precepto tiene un alcance limitado en cuanto a los agentes de la edificación a los que hace expresa referencia, puesto que si bien la obligación de contratar la garantía decenal recae sobre el promotor y el constructor, la norma en cuestión omite cualquier referencia a este último. Pero además, se trata de una medida que no alcanza a todos los promotores, sino sólo a los que sean empresarios individuales inscritos en el Registro Mercantil y a las sociedades promotoras³⁸.

En segundo lugar, porque los plazos establecidos en el artículo 18 LOE son de dos años desde que se produzcan los daños para el ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de los adquirentes o desde la firmeza de la resolución que declare la responsabilidad o desde la fecha en que se proceda extrajudicialmente al pago de la indemnización para el ejercicio de la acción de regreso entre los distintos agentes, y en ninguno de los dos casos existen términos hábiles que permitan la justificación documental ante el Registrador Mercantil del momento de inicio de los citados pla-

³⁶ Confirma esta solución la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, que establece que no se exigirá la prestación de la garantía en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, lo cual es coherente con la inexistencia de bien asegurable de daños mientras no existe edificación.

³⁷ Vid. GARCÍA CONESA, A., "Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *Boletín del Colegio de Registradores de España, Centro de Estudios Registrales*, núm. 57, febrero de 2000, 347 y ss.; ÁVILA NAVARRO, P., "La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro", *La Ley*, núm. 5013, 2000, 1731; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., "Escrituración e inscripción", *Derecho de la Edificación*, coord. SALAS SÁNCHEZ, P., 2ª ed. Barcelona, 2001, 333. A favor de la solución adoptada por la Resolución se pronuncian, entre otros, GARCÍA MAS, F.J. y MARTÍN VIDAL, A., "Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *RCDI*, núm. 664, 2001, 671 y MARTÍ FERRER, M., "La Ley de Ordenación de la Edificación...", cit., 479.

³⁸ Se ha advertido, al respecto, que quedan fuera las demás formas de promoción: el autopromotor individual, las Administraciones Públicas, las cooperativas, las comunidades de propietarios, etc. (*vid.*, en este sentido, ÁVILA NAVARRO, P., "La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro", cit., 1732 y ESCOLANO NAVARRO, J.J., "Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *RJN*, núm. 35, julio-septiembre de 2000, 224).

zos. De esta forma aquél profesional carecerá de los datos necesarios que le permitan conocer el término *ad quem* de los plazos de prescripción previstos en el artículo 18 LOE³⁹, al ser susceptibles de prescripción⁴⁰. Además, se impone la acreditación de la constitución de garantías “*en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido*”, circunstancias que difícilmente pueden ser conocidas por el Registrador mercantil, puesto que en el Registro Mercantil sólo hay constancia del objeto de la actividad empresarial pero no de las concretas promociones que se llevan a cabo⁴¹.

En tercer lugar, con relación a los promotores individuales resulta especialmente cuestionable la efectividad de la medida prevista en el artículo 20.2 LOE, puesto que su inscripción en el Registro Mercantil no es obligatoria de conformidad con lo establecido en los artículos 16.1 del CCo. y 81 del RRM. Si a esta falta de obligatoriedad unimos los obstáculos que el artículo 20.2 impone al cierre de la hoja abierta en el Registro Mercantil, podemos augurar que aun más numerosos serán los promotores individuales que optarán por no inscribirse⁴².

Por último, en relación a la sanción impuesta por el artículo 20.2 LOE, nos preguntamos hasta qué punto ese mantenimiento *ex lege* de la inscripción constituye una garantía para los adquirentes si, como sabemos, no produce ninguna consecuencia en el régimen de responsabilidad por deudas impagadas (no olvidemos que en la práctica encontramos gran cantidad de sociedades materialmente extinguidas y registralmente vigentes sin que tal situación les resulte especialmente gravosa).

³⁹ Así lo ha destacado el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en nota de 16 de mayo de 2000 y, entre otros autores, FELIÚ REY, M.I., “Comentario al artículo 20”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. PAREJO ALFONSO, L., Madrid, 2001, 387. Por esta razón, se ha defendido que quizás hubiera resultado conveniente que la Ley hubiese fijado un plazo de garantía a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva, o desde la finalización de la obra (siempre que ésta conste registralmente, conforme al art. 47 RD 1093/1997) o desde la recepción de la obra, *vid.*, en este sentido, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 20...”, cit., 456, quien, no obstante, señala que ni aún así las dificultades prácticas resultarían totalmente salvadas, ya que, al tratarse de un plazo de prescripción, no se podría determinar si este plazo ha transcurrido enteramente o se ha interrumpido. Por su parte, el profesor PANTALEÓN PRIETO, F., Ponencia “Responsabilidades y garantías...”, cit., defiende que la única forma de subsanar tales dificultades es la de entender que esa supervivencia registral debe mantenerse hasta que hayan transcurrido doce años (diez del plazo de garantía más dos, a contar este último desde la recepción de la obra promovida).

⁴⁰ *Vid.* GONZÁLEZ –MENESES ROBLES, M., “Control notarial y registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, *Boletín del Colegio de Registradores de España, Centro de Estudios Registrales*, núm. 62, julio-agosto de 2000, 1524.

⁴¹ En este sentido, se ha defendido que quizás la solución más adecuada iría en la línea de establecer un sistema de coordinación entre el Registrador Mercantil y el Registro de la Propiedad o Colegios Profesionales (*vid.* GARCÍA CONESA, A., “Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38 /1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España, Centro de Estudios Registrales*, núm. 57, febrero de 2000, 350), o modificar el RRM para que se inscriban o anoten las obras realizadas por cada promotor en su asiento correspondiente (*vid.* ESPINOSA LABELLA, M., “El régimen de garantías por daños derivados de vicios o defectos de la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit., 10).

⁴² Así lo han señalado CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 20”, cit., 1ª ed., 458 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías...*, cit., 307.

En consecuencia podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que las medidas que la LOE establece en relación al Registro Mercantil tienen muy limitada efectividad y escasa repercusión práctica en el efectivo control de las garantías⁴³.

IV. Conclusión

Si bien es cierto que el régimen de garantías previstas en el artículo 19 LOE contribuye no sólo a lograr una mayor efectividad de las responsabilidades consagradas en esta Ley, sino también a alcanzar una de sus finalidades primordiales: el fomento de la calidad de los edificios, no es menos cierto que la imposición obligatoria de la contratación de seguros y, como consecuencia de ello, las cantidades abonadas a las oficinas de control de calidad propiciará un incremento importante en el coste de la vivienda ya que promotores y constructores repercutirán, en última instancia, los gastos de las garantías en el precio final de las viviendas. Nos encontramos, una vez más, con una medida de intervención pública en las relaciones jurídico privadas que aunque dirigida a proteger a los adquirentes de viviendas provocará, en perjuicio de los mismos, un notable encarecimiento de su coste final.

Es más, si tenemos en cuenta que actualmente la única garantía obligatoria es la decenal, prevista para los defectos que afectan a la estabilidad y resistencia mecánica del edificio, que si bien pueden ser los más graves, también son los menos frecuentes en la práctica, los adquirentes de las viviendas tendrán que soportar *obligatoriamente* ese incremento del precio sin que reciban como contrapartida una protección efectiva frente a los defectos constructivos, ya que en la mayoría de los supuestos no estarán cubiertos por las garantías obligatorias⁴⁴. En este sentido, se ha defendido que hubiera sido preferible que se establecieran como obligatorias primeramente las garantías que cubren los daños más habituales ya que con la situación actual se está propiciando que las entidades aseguradoras perciban una prima por seguros cuyo riesgo difícilmente llegará a producirse, lo que implica un criticable enriquecimiento a costa de los adquirentes de viviendas, que no perciben como contrapartida una protección más efectiva si tenemos en cuenta la escasa siniestralidad del seguro decenal⁴⁵ y las limitaciones que, como hemos tenido ocasión de comprobar, presenta su configuración legal tanto en la propia LOE como en la modificación en ella operada a través del artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁴³ Se ha llegado a firmar incluso (*vid.* STRUCH STRUCH, J. *Las responsabilidades en la construcción...*, cit., 1ª ed., 813) que la efectividad de esta norma es nula.

⁴⁴ Recordemos que según el nº 2 de la Disposición Adicional Segunda las garantías anual, trienal y la decenal para edificios cuyo destino principal no sea el de vivienda queda supeditada a que un Real Decreto así lo establezca, hasta entonces, la suscripción de estas garantías al revestir carácter voluntaria, rara vez tendrá lugar.

⁴⁵ *Vid.*, en este sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías...*, cit., 275, 295 y 296, quien señala que por las razones expuestas la efectividad de la medida adoptada por el legislador con una finalidad tuitiva para los adquirentes de viviendas queda más que entredicho, puesto que la única consecuencia favorable se produce para las entidades aseguradoras que obtienen una interesante vía de enriquecimiento al percibir unas primas por un riesgo que prácticamente nunca se convertirá en siniestro, lo que poco protege a los consumidores obligados a soportar un mayor coste en su vivienda.

Bibliografía

- ÁVILA NAVARRO, P., “La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro”, *La Ley*, núm. 5013, 2000.
- BORRELL I CALONGE, A., “Los peritos forenses: la LOE y la LEC”, en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, dir. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. y DÍEZ DELGADO, J., Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- BRENES CORTÉS, J., *Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*, Valencia, 2005.
- CARRASCO PERERA, A. “Comentario a los artículos 19 y 20”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 1ª ed., Pamplona, 2000; 3ª ed., 2005.
- CORDERO LOBATO, E., “Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 1ª ed., Pamplona, 2000; 3ª ed. 2005.
- DEL ARCO TORRES, M.A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, 4ª ed., Comares, Granada, 2002.
- ESCOLANO NAVARRO, J.J., “Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, *RJN*, núm. 35, julio-septiembre de 2000.
- ESPINOSA LABELLA, M. “El régimen de garantías por daños derivados de vicios o defectos de la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 5, septiembre, 2000.
- GARCÍA CONESA, A., “Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, *Boletín del Colegio de Registradores de España, Centro de Estudios Registrales*, núm. 57, febrero de 2000.
- GARCÍA MAS, F.J. y MARTÍN VIDAL, A., “Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, *RCDI*, núm. 664, 2001.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. “Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm.177, abril-mayo, 2000.
- GONZÁLEZ TAUSZ, R., “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la LOE”, *RCDI*, núm. 661, 2000.
- JIMÉNEZ CLAR, A.AJ., “El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación”, *RdPat.*, nº 6, 2001.
- MARTÍ FERRER, M., “La Ley de Ordenación de la Edificación. El punto de vista del promotor”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 177, abril-mayo de 2000.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2005.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Escrituración e inscripción”, *Derecho de la Edificación*, coord. SALAS SÁNCHEZ, P., 2ª ed., Barcelona, 2001.
- PANTALEÓN PRIETO, F., Ponencia “Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación”, ofrecida en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado en Córdoba los días 3 y 4 de mayo de 2001.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., “Garantías en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y su acreditación ante el notario”, *La Ley*, núm. 5419, jueves 15 de noviembre de 2001.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Las garantías específicas en la Ley de Ordenación de la Edificación: especial referencia al seguro obligatorio”, en *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, coord. ANGULO RODRÍGUEZ, L./CAMACHO DE LOS RÍOS, J., Barcelona, 2002.
- SANTOS MORÓN, M.J., “Comentario al artículo 17”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre*, dir., PAREJO ALFONSO, L., coord. FELIÚ REY, M.I./DE LA SERNA BILBAO, M.N., Madrid, 2001.
- STRUCH STRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 1ª ed., Madrid, 2003; 2ª ed. Madrid, 2005.
- XIMÉNEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F. “El proceso constructivo. Su configuración y estructura según la LOE”, en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la edificación*, dir. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. y DÍEZ DELGADO, J., *Estudios de Derecho judicial*. Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2000.

