

sí a través de la identidad de fin de las prestaciones. Fin que no es otro que estar destinadas, en común, a la satisfacción del interés del acreedor, y esto sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, porque se manifiesta una íntima conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico.

through their identity of purpose. That purpose is none other than the common purpose of satisfying the lender's interest, and this happens when there is a legal community of objectives binding the loans of the various borrowers, because there is an intimate connection amongst those loans. Its attendant existence may be proved by the background facts denoting that the economic result in question was really desired by the parties concerned.

NO ES OBLIGATORIO EL SEGURO DECENAL SI SE TRATA DE DOS VIVIENDAS EN PROPIEDAD HORIZONTAL DESTINADAS A USO PROPIO
(Reflexiones críticas acerca de la RDGRN, de 11 de noviembre de 2008,
y análisis comparativo con las Resoluciones de 17 de marzo de 2007
y de 9 de mayo de 2007)

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO: EXIGIBILIDAD DEL SEGURO DECENAL

La Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de edificación, estableciendo las garantías y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo y la protección de los usuarios. Se trata de una manifestación más del principio *pro consumatore* ex artículo 51 de la Constitución.

El artículo 17 de la mencionada ley regula el principio general de responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación frente a los propietarios y adquirentes por los daños materiales ocasionados en el edificio y dentro de los plazos que marca la ley. Para ello se establece un sistema de garantías que se articulan sobre la base del seguro de daños materiales o seguro de caución, distinguiendo tres tipos:

1. Seguro para garantizar durante un año el resarcimiento por daños en elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por una retención cuyo capital asegurado será de un 5 por 100 del coste final de la obra, incluidos honorarios profesionales.
2. Seguro para garantizar durante tres años el resarcimiento por daños ocasionados en elementos de habitabilidad que cubra un capital del 30 por 100 del coste final de la ejecución de las obras.
3. Seguro para garantizar durante diez años el resarcimiento por daños causados en elementos estructurales que comprometan directamente

la estabilidad o resistencia mecánica del edificio. El capital asegurado será el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra. En este caso, la suscripción del seguro es obligatoria a partir de la entrada en vigor de la ley.

El seguro decenal sólo es exigible para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, tanto de nueva construcción como de reforma de otra preexistente. En cuanto a los edificios a los que debe hacerse extensiva la garantía, la Resolución-Circular, de 3 de diciembre de 2003, da los siguientes criterios interpretativos: Quedan excluidos los que están fuera del ámbito de aplicación de la LOE, quedan sujetos a la garantía todos los edificios que cuenten con alguna dependencia destinada a vivienda, aún cuando el número de éstas fuera minoritario en relación con la superficie total del inmueble, dada la finalidad de protección perseguida por la ley para los adquirentes de las mismas. Es el criterio que sigue la RDGRN de 24 de mayo de 2001.

En las residencias de estudiantes, de la tercera edad y otras de carácter residencial, se entiende que no tienen el carácter de vivienda, por lo que no es exigible dicho seguro. Este es el criterio de la DGRN en Resolución de 8 de febrero de 2003, la cual, tras una serie de disquisiciones acerca de lo que ha de entenderse por vivienda, llega a la conclusión de que no es exigible el seguro para la inscripción de obra nueva terminada de un edificio destinado a residencia geriátrica; la ley delimita su campo de aplicación a los destinatarios de viviendas en el mercado, situación distinta de la empresa mercantil que construye o adquiere un edificio para desarrollar en él una actividad empresarial como lo es la explotación de una residencia geriátrica.

La garantía ha de ser exigida al tiempo de la declaración de la obra ya terminada o de la autorización del acta notarial acreditativa de su terminación, pero no cuando se trate de obras nuevas en construcción, en este sentido la Resolución de 20 de marzo de 2000 establece: «Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías». Por tanto, en los negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los notarios y registradores advertirán expresamente y harán constar al pie del título que no consta registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a efectos de los artículos 19 y 20 y Disposición Adicional 2.ª de la Ley 38/99, de 5 de diciembre. La no constancia registral mencionada no produce cierre registral para los actos posteriores que pudieran otorgarse, este es el criterio que sigue la DGRN en Resolución de 10 de marzo de 2007.

Desde el punto de vista registral, el seguro sólo será exigible cuando la licencia de obras haya sido solicitada a partir del 6 de mayo de 2000, fecha de entrada en vigor de la ley.

II. REFLEXIONES ACERCA DE LA RDGRN, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2008, Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON LAS RESOLUCIONES DE 17 DE MARZO DE 2007 Y DE 9 DE MAYO DE 2007

La Disposición Adicional 2.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, tras su modificación por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, contempla supuestos de exoneración del seguro decenal.

El seguro decenal no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo de diez años, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* que tengan lugar dentro del plazo de diez años sin que se acredite y testimonie la constitución de la garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

Requisitos para excluir la exigencia del seguro decenal en base a la Resolución-Circular de la DGRN, de 3 de diciembre de 2003:

- En el aspecto subjetivo: Tiene que tratarse de autopromotor individual, concepto en el que se incluyen tanto las personas físicas como las jurídicas.
- En el aspecto objetivo: Se exige acreditar que se trata no sólo de vivienda, cuyo concepto se determina por el uso a que se destina (en este sentido destaca la RDGRN de 24 de mayo de 2001) sino que es unifamiliar y para uso propio; se refiere a quien construye una vivienda para usarla él mismo y sin tener intención de transmitirla en primer momento. Si concurren estos requisitos, en el Registro constará que no se ha obtenido el seguro decenal, posibilitando así el conocimiento de terceros.

La RDGRN, de 11 de noviembre de 2008, debate sobre la posibilidad de inscribir una declaración de obra nueva de dos viviendas sin necesidad del seguro decenal impuesto por la Ley de Ordenación de la Edificación, cuando se declara que las viviendas se destinan a uso propio, aunque se haya dividido la finca en dos elementos privativos en régimen de propiedad horizontal.

El Registrador considera que la constitución del seguro decenal es indispensable en este caso, ya que la exoneración del mismo en los términos que hemos indicado exige que se trate de autopromotor de una «única» vivienda unifamiliar para uso propio y en este supuesto se trataba de dos viviendas en propiedad horizontal.

Ambos requisitos deben coexistir cumulativamente. El relativo al uso propio podrá acreditarse a través de determinados documentos administrativos y también dicha exigencia podrá quedar cumplida mediante la «mera manifestación» en tal sentido, que debe realizar en la escritura quien hace la declaración de obra nueva como dueño de la construcción.

En cuanto a la necesidad de que se trate de una única vivienda unifamiliar, el Registrador considera que no sólo no ha quedado acreditado tal requisito con la documentación presentada, sino que de la misma se infiere con claridad que no estamos ante «una única vivienda unifamiliar». La escritura alude a un edificio destinado a «viviendas» en plural y señala que está constituido por dos viviendas y en la división horizontal vuelve a constatare con claridad de que se trata de dos viviendas independientes. La certificación del técnico incorporada a la escritura describe «dos viviendas de tipo bifamiliar» perfectamente diferenciadas, por tanto no estamos ante el supuesto de una única vivienda unifamiliar, tal y como exige la ley, sin que tampoco sea aplicable la RDGRN de 20 de marzo de 2007, que la declarante invoca como fundamento de la exoneración (en ella se trata de la segregación y venta de una finca y de su posible coincidencia o no con la licencia urbanística obtenida).

La DGRN estima el recurso y considera que el hecho de que la finca se divida horizontalmente en dos viviendas no es contradictorio con el uso propio de ambas. Por lo demás y como ha señalado anteriormente la DGRN en Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 y en Resoluciones de 28 de octubre de 2004, 5 de abril y 10 de junio de 2005, 10 de mayo de 2006 y 17 de marzo de 2007, a nadie perjudica el que se demore la contratación del seguro al momento en que se produzca la enajenación en el caso de que tenga lugar. Por ello la ley sólo exige la declaración de que se va a usar lo construido para uso propio, declaración que existe en este caso y el seguro se exigirá si en un momento posterior se produce la enajenación de cualquiera de los elementos privativos de que se compone el edificio.

Por su parte, la RDGN de 17 de marzo de 2007, aunque parezca que contempla el mismo supuesto mencionado no lo hace en términos idénticos. Se otorga acta de finalización de obra de un edificio plurifamiliar de cuya descripción en el Registro resulta que está compuesta por una planta sótano destinada a tres aparcamientos, planta baja, primera y segunda destinadas cada una de ellas a vestíbulo y una vivienda, pero el propietario del conjunto es la misma persona, todo el inmueble constituye una única unidad registral, no se ha constituido ningún régimen de propiedad horizontal (a diferencia del caso contemplado en la Resolución de 11 de diciembre de 2008). El otorgante manifiesta que no es necesaria la constitución del seguro decenal, pues su intención es destinar la vivienda a uso propio, siendo segunda residencia, estando casado y con dos hijos.

Al suspender la Registradora la inscripción por la falta de constitución del seguro decenal, el recurrente alega que destinará un piso para el uso del matrimonio y los otros dos para el uso de cada uno de sus hijos, sin que se haya constituido propiedad horizontal, requisito este previo y necesario para poder transmitir los pisos a terceros. La finalidad de exigir el seguro decenal es proteger al adquirente de una vivienda y dicha finalidad proteccionista no tiene sentido en este caso concreto, ya que no existe un tercer adquirente a quien deba protegerse ante los perjuicios económicos derivados de los defectos de construcción.

El concepto de autopromotor individual, como indica la RDGRN de 5 de abril de 2005, ha de interpretarse de forma amplia, de la misma manera el concepto de vivienda unifamiliar también debería interpretarse de forma razonablemente amplia, entendiendo que se refiere a la naturaleza de la construcción, que ha de ser aislada, con independencia del número de plantas de que se componga y siempre que se trate de una unidad de morada y no se haya establecido un régimen de propiedad horizontal.

La DGRN entiende que aunque se trata de un edificio compuesto por tres viviendas, el declarante manifiesta en la escritura su intención de destinar la vivienda a uso propio, por lo que no es necesario constituir el seguro decenal, sin perjuicio de que si posteriormente se lleva a cabo la enajenación se contrate dicha garantía.

La cuestión fundamental es determinar qué entendemos por una única vivienda unifamiliar para uso propio, dentro de este concepto se pueden considerar incluidas muchas variables, pero entiendo que lo más importante es atender al espíritu y finalidad perseguida por la norma de exigencia del seguro decenal, que está destinada fundamentalmente a proteger al tercer adquirente, así entendido es vivienda única el edificio en el que administrativamente existen tres viviendas, sin que se haya constituido propiedad horizontal, lo que

pone de manifiesto la inexistente voluntad de independencia, destinándose cada una a los diferentes miembros de la familia e imponiéndose la realidad social sobre las formas en sí mismas consideradas y todo ello sin perjuicio de la exigencia del seguro decenal cuando posteriormente tenga lugar la enajenación. También es necesario que tengamos en cuenta que procede interpretar restrictivamente cualquier supuesto que pueda implicar exoneración del régimen general de exigencia de tal garantía.

La RDGRN, de 9 de mayo de 2007, considera que no es exigible el seguro decenal en el caso de división horizontal sujeta a la llamada «comunidad valenciana». El supuesto de hecho se refiere a una escritura en la que unos padres donan a sus hijos partes indivisas de un solar y a continuación declaran la obra nueva terminada de un edificio formado por un local y dos viviendas, las cuales surgen como fincas independientes de la división horizontal del edificio seguida de la extinción del condominio, a continuación se atribuye *ab initio* a cada uno de los hijos una vivienda, que declaran para uso propio, planteándose el problema de si es necesario, en este caso, la contratación del seguro decenal exigido *ex* artículo 19 de la LOE.

La Registradora considera exigible el seguro decenal, ya que aunque la DGRN ha declarado que el concepto de autopromotor individual debe ser interpretado de forma amplia, admitiendo la inclusión de la llamada «comunidad valenciana», ha precisado que esta interpretación únicamente es posible cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han asociado.

Por tanto entiende que para no exigir dicho seguro decenal, es necesario que se trate de una construcción aislada con independencia del número de plantas de que se componga, siempre que se trate de una unidad de morada que no comparta elementos comunes con otras, como ocurre con la propiedad horizontal en el presente caso y además el seguro tiene que ser único para todo el edificio.

Por su parte, el Notario, con una interpretación diferente a la anterior, considera que hay que atender a la finalidad de las normas para la que han sido dictadas, y en este caso cada hijo actúa como autopromotor de su propia vivienda, sin perjuicio de que si cualquiera de ellos pretende transmitirla a un tercero dentro de los diez años siguientes a la conclusión de la obra, se contrate un seguro decenal único sobre la totalidad del edificio. Se apoya para defender la no exigencia del seguro, en el concepto de autopromotor de vivienda, que se trata de vivienda unifamiliar y que se destina a uso propio. En este caso no existe una sola declaración de obra nueva sobre varias viviendas, sino dos declaraciones distintas realizadas por los diferentes propietarios, cada uno respecto de su vivienda.

La DGRN admite el recurso y da la razón al Notario en base a la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, que establece que el seguro decenal no es exigible en el caso de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio, refiriéndose a quién construye una vivienda para usarla él mismo y sin tener intención de transmitirla en un primer momento.

La DGRN ha señalado reiteradamente que el concepto de autopromotor individual no debe llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas sino que ha de interpretarse de forma amplia, comprendiendo tanto a personas físicas

como jurídicas y en contraposición al concepto de promotor colectivo que contempla la propia ley.

Es necesario que se trate de vivienda, lo que se determina por el uso a que se destina y además que sea unifamiliar y para uso propio, a efectos de excluir la necesidad de constituir el seguro decenal, al menos mientras no se transmita. La exigencia de destino a uso propio quedará cumplida con la manifestación en tal sentido realizada por quien hace la declaración de la obra. Además es preciso que la licencia obtenida no resulte contradictoria con la citada manifestación, es decir, que sea licencia municipal para vivienda unifamiliar.

Las consecuencias de la constancia registral de esta manifestación implican ya suficiente garantía a favor de terceros adquirentes, que tendrán público conocimiento de las limitaciones afectantes al inmueble.

Debe atenderse a la finalidad de la norma, basada en el ámbito de protección de los consumidores, entendiendo como tales los consumidores de lo que normalmente se conoce como vivienda en el mercado, es decir, una vivienda destinada a residencia de una familia en la que el consumidor invierte una gran parte de sus ahorros.

En este contexto de interpretación amplia del concepto de autopromotor para uso propio debe incluirse la denominada «comunidad valenciana», pero para ello es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar.
- Se entendía que el concepto de comunidad valenciana está referido generalmente a viviendas sitas en parcelas independientes, pero no hay que excluir, siempre y en todo caso, supuestos de división horizontal en sentido vertical. También aquí puede existir comunidad valenciana cuando se construyan diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, pero siendo dueños cada uno de ellos *ab initio* de su propia vivienda con carácter independiente.

Lo esencial en este caso es que estamos ante dos autopromotores individuales, cada uno de ellos ha declarado la obra nueva sobre su vivienda para destinarla a uso propio y sin ánimo de lucro, ya que no tienen intención de transmitirla en un primer momento, por lo que no parece que la finalidad de la ley ampare la contratación del seguro decenal en este caso, sin perjuicio de que si alguno de los hijos pretende transmitir la vivienda dentro de los diez años siguientes a la conclusión de la obra, es cuando sería necesario contratar el seguro decenal único sobre la totalidad del edificio.

Se trata de un supuesto muy discutible, la construcción doctrinal y jurisprudencial se articula sobre la base de conceptos que en mi opinión adolecen de una gran indefinición como vivienda unifamiliar y autopromotor; no está bien definido el ámbito objetivo de la norma y ello plantea muchas dudas que en definitiva habrá que resolver atendiendo a las circunstancias que se nos planteen en el caso concreto, teniendo siempre en cuenta la finalidad de la norma que está destinada a la protección de los consumidores.

III. ASPECTOS REGISTRALES

Para garantizar la suscripción del seguro se establece una norma de cierre registral tanto en el Registro de la Propiedad como en el Registro Mercantil aplicable a las obras nuevas:

El artículo 20.1 de la LOE dice: «No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta ley, sin que se acredite o testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

El incumplimiento de estos requisitos determina el cierre registral, en este sentido, Ricardo SIFRE PUIG (1) dice: «Desde el punto de vista de los civilistas e hipotecaristas se ha criticado el artículo 20.1 de la LOE, porque no es lógico que a un acto jurídico, la declaración de obra nueva, que es perfectamente válido civil y urbanísticamente si cumple los requisitos de control de la legalidad urbanística se le cierre el Registro de la Propiedad por incumplir un requisito meramente administrativo. Desde la perspectiva administrativista, la institución del Registro hoy sirve sin distinción, en el fiel de la balanza, el interés público y el privado».

Si no se acredita al Registrador la constitución de las garantías del artículo 19 de la LOE, la escritura adolecerá de un defecto subsanable, pudiendo practicarse anotación preventiva en tanto se produce la subsanación (así resulta del art. 19 en relación con el 42.9 de la LH).

Forma de acreditar la constitución de las garantías:

La Instrucción de 11 de septiembre de 2000, ante la consulta formulada por la DGRN, fija los requisitos formales que deben exigir los Notarios y Registradores a la hora de autorizar o inscribir, respectivamente, la declaración de obra nueva de edificios acogidos a la LOE, regulando dos aspectos básicos:

- los medios de acreditación de la constitución y vigencia de las garantías que se concretan en: la póliza del seguro, la certificación de la entidad y el suplemento de entrada en vigor del seguro;
- las circunstancias que deben expresarse relativas a la edificación, el seguro y la entidad aseguradora.

El artículo 20.2 contempla una norma destinada al Registro Mercantil: «Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el RM la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido».

(1) Véase SIFRE PUIG, Ricardo, «Sinopsis de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 669, 2002, pág. 497.

RESUMEN

SEGURO DECENAL

En este trabajo hemos analizado uno de los supuestos de exoneración del seguro decenal contemplado en la Disposición Adicional 2.^a de la LOE en base al criterio jurisprudencial sentado en la RDGRN, de 11 de noviembre de 2008, la cual, partiendo de los requisitos de autopromotor de vivienda unifamiliar para uso propio señalados en la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, establece que no es exigible el seguro decenal si se trata de dos viviendas en régimen de propiedad horizontal destinadas a uso propio, ya que el hecho de que la finca se divida horizontalmente en dos viviendas no es contradictorio con el uso propio de ambas, lo cual queda acreditado en la escritura mediante la manifestación de quien hace la declaración de la obra nueva como dueño de la construcción, sin perjuicio de que si posteriormente se lleva a cabo la enajenación, se exija el mencionado seguro decenal.

También hemos analizado la RDGRN, de 17 de marzo de 2007, que aunque parece que contempla el mismo supuesto no lo hace en términos idénticos, ya que en este caso no se ha constituido el régimen de propiedad horizontal, lo que pone de manifiesto una inexistente voluntad de independencia, y la RDGRN de 9 de mayo de 2007, que establece que no es exigible el seguro decenal en el caso de división horizontal sujeta a la llamada «comunidad valenciana». En todos los casos se tiene en cuenta la finalidad de la norma examinada destinada a la protección de los consumidores.

ABSTRACT

TEN-YEAR LIABILITY INSURANCE AGAINST MAJOR STRUCTURAL FAULTS

This paper analyses one of the instances where a builder is exonerated from the requirement to take ten year's liability insurance against major structural faults under Additional Provision 2 of the Organic Act on Building on the basis of the jurisprudential criterion set in the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 11 November 2008. This decision, based on the requirements given in the Circular Decision of 3 December 2003 for a builder building a single-family home for his own use, states that ten-year liability insurance is not exigible in the case of two homes in a horizontal property scheme intended for the builder's own use, because the fact that the property is divided horizontally into two units is not contradictory to the builder's personal use of both units. Accreditation of the builder's personal use of the units is afforded through the deed, where the declarant of new construction is described as the owner of the construction. However, if the property is disposed of at some later time, ten year's liability insurance against major structural faults is required.

The paper also analyses the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 17 March 2007, which seems to envisage the same case. The circumstances are not identical, however, because no horizontal property scheme had been created in the events in question, so there was clearly no desire for independence. Then the authors examine the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 9 May 2007, which states that ten year's insurance is not exigible in the case of horizontal division subject to what is termed a «Valencian community». In all these cases account is taken of the goal of the legislation at issue, which is to protect consumers.