

Sinopsis de la Ley 38/1999, 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

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. OBJETO DE LA LEY.—III. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY: A) AMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL: 1. Regla general. 2. Excepciones. B) AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL.—IV. LOS REQUISITOS BASICOS DE LA EDIFICACION.—V. LOS AGENTES DEL PROCESO DE LA EDIFICACION.—VI. LA RECEPCION DE LA OBRA: A) CONCEPTO DE RECEPCIÓN. LA ATÍPICA «RECEPCIÓN UNILATERAL»: 1. El concepto de la recepción de la obra según el artículo 6.1 LOE. 2. La atípica «recepción unilateral». B) MOMENTOS O FASES DE LA RECEPCIÓN: 1. La verificación. 2. La aprobación. 3. Y la recepción propiamente dicha. C) CLASES DE RECEPCIÓN: 1. Recepción expresa y tácita. 2. Recepción total y parcial, o sea, por fases. 3. Recepción pura o simple y con reservas. 4. La recepción bilateral y la atípica «recepción unilateral».—VII. EL RECHAZO DE LA RECEPCION DE LA OBRA.—VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE EDIFICACION: A) LA CONTRAVENCIÓN DE LO PACTADO ENTRE LAS PARTES. B) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR DEFECTOS O VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA EX ARTÍCULOS 1.484 Y SIGS. DEL CÓDIGO CIVIL. C) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR UNA PRESTACIÓN DEFECTUOSA.—IX. EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DAÑOS MATERIALES DEL ARTICULO 17 LOE. EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL: A) DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES. B) LOS PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD CIVIL. C) LA RESPONSABILIDAD PASIVA. D) LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD. E) LA RESPONSABILIDAD ACTIVA. F) EL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL.—X. EL INICIO DEL COMPUTO DE LOS PLAZOS DE GARANTIA O RESPONSABILIDAD COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCION DE LA OBRA. SU PARTICULARIDAD EN LA «RECEPCION UNILATERAL»: A) RECEPCIÓN BILATE-

RAL. B) «RECEPCIÓN UNILATERAL».—XI. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EN LA RECEPCIÓN BILATERAL. EL *DIES A QUO*: A) PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS DE DAÑOS. B) EL *DIES A QUO* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DEL ARTÍCULO 18.1 LOE. C) LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.—XII. LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS DEL ARTÍCULO 19 LOE POR LOS DAÑOS MATERIALES DEL ARTÍCULO 17.1 LOE: A) CLASES O TIPOS DE GARANTÍAS: 1. *El seguro anual*. 2. *El seguro trienal*. 3. *Y el seguro decenal*. B) CONDICIONES DE LAS GARANTÍAS O REQUISITOS DE LOS SEGUROS: 1. *Tomador de los seguros*. 2. *Asegurados*. 3. *Pago de la prima*. 4. *Importe mínimo del capital asegurado*. 5. *Franquicias*. 6. *Consecuencias de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE*. 7. *Objeto excluido de la cobertura propia de las garantías del artículo 19 LOE*. 8. *Consecuencias de la no suscripción de las garantías del artículo 19 LOE*. C) LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA LOE. D) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA LOE.—XIII. LA FIGURA DE LA AUTOPROMOCIÓN Y LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 19 LOE: A) EL CONCEPTO DE AUTOPROMOTOR. B) LA AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL Y LA COLECTIVA. C) LA AUTOPROMOCIÓN Y LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS DEL ARTÍCULO 19 LOE.—XIV. LAS FUNCIONES NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE OBRA NUEVA. EL ARTÍCULO 20.1 LOE: A) EL TEXTO LEGAL DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. B) GESTACIÓN DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. C) CRÍTICA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. D) EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. LA RESOLUCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 20 DE MARZO DE 2000, Y LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2000: 1. *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de marzo de 2000*. 2. *La Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 11 de septiembre de 2000*. 3. *El testimonio notarial de la acreditación de las garantías del artículo 19 LOE como forma de acreditar su cumplimiento*. 4. *La calificación registral*. E) CUESTIONES PRÁCTICAS PUNTUALES ACERCA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. *¿Qué se entiende por unidad registral a los efectos de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE?* 2. *El acta de recepción de la obra y el Registro de la Propiedad*. 3. *Las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica... del artículo 2.2.a) «in fine» LOE, y las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación... del artículo 2.2.b) LOE*. 4. *La acreditación de la suscripción de la garantía del artículo 19.1.a) LOE, o sea, la referente a los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*. 5. *La autopromoción y la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE*. 6. *La no inscribibilidad de los títulos traslativos o constitutivos de derechos sobre edificio inscrito «en construcción», describiéndose en el título como «edificio terminado»*. 7. *Las Cédulas de Calificación Definitiva de las Viviendas de Protección Oficial y el artículo 20.1 LOE*. 8. *¿Son viables las garantías del artículo 19 LOE condicionadas en su efectividad a la transmisión del edificio o de parte de él a terceros?* 9. *Las obras nuevas declaradas conforme al artículo 52 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio (RDU), y la Disposición*

Transitoria Primera LOE en relación con el artículo 20.1 LOE. 10. La inmatriculación de obras nuevas por su descripción en títulos referentes al inmueble y el artículo 20.1 LOE. 11. La posible repercusión notarial y registral del transcurso de los diversos plazos de garantía del artículo 17.1 LOE. 12. ¿Puede el adquirente de promotor/autopromotor formalizar e inscribir una obra nueva construida pero no declarada por éste?

I. INTRODUCCION

Pone de relieve GARCÍA CONESA, ANTONIO (1), que la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que se promulgó siguiendo la Directiva 85/384 CEE de la Unión Europea y que entró en vigor el 6 de mayo de 2000, pretende, entre otras cosas, establecer un marco general que fomente la calidad de los edificios, sean o no totalmente de nueva construcción y tengan como uso mayoritario la vivienda u otros destinos.

Por su parte, GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (2), dicen que, no cabe duda de que uno de los sectores de la actividad económica más importante de un país es el sector de la edificación, el cual se encuentra rodeado de todo un conjunto de relaciones de hecho y de derecho que conllevan la necesidad, por parte de cualquier Estado moderno, de crear un marco jurídico adecuado que dote a todos los operadores que intervienen en la edificación, y sobre todo al destinatario final del producto y del servicio, que es el consumidor, de las garantías adecuadas que protejan el tráfico jurídico y los intereses que en este campo se puedan desarrollar.

Pues bien, siendo ello así, la nueva Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) destaca por su intento de fijar y proporcionar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles **daños** que se les pueda ocasionar en todo el **proceso de la edificación**, de la construcción y de la correspondiente entrega de los inmuebles. Y este deseo de la Ley no es más que una consecuencia que subyace en la esencia de la propia Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues éstos deben poder disponer de los instrumentos jurídicos adecuados para defender y ejercitar sus derechos.

(1) GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 34.

(2) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, «Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, marzo-abril 2001, págs. 649 a 651.

II. OBJETO DE LA LEY

El objeto de la LOE aparece delimitado en su artículo 1.1, que establece:

*«...1. Esta Ley tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el **proceso de la edificación**, estableciendo las obligaciones y **responsabilidades** de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las **garantías** necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la **calidad** mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada **protección de los intereses de los usuarios...**».*

Precisa GARCÍA CONESA, ANTONIO, que la LOE no concreta en su articulado qué entiende, en general, por **edificio** (3). Sí, en cambio, define el concepto de **edificación** a los efectos de lo dispuesto en su texto, como proceso comprensivo de **dos espacios netamente diferenciados: a)** el de la **acción de edificar** (cuya columna vertebral es el contrato de obra regulado por el Código Civil) (4); **b)** y el **resultado del proceso** (ya sea el edificio de nueva construcción o la obra de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación de otro preexistente, con destino a cualquier uso empresarial, administrativo o industrial, aunque su utilidad prioritaria sea el de vivienda, o la intervención total en edificaciones catalogadas. Comprende, además de sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, los elementos de urbanización que le permanezcan adscritos). Así se desprende del artículo 2 LOE, que, seguidamente, se va a examinar.

Por otra parte, añade el citado autor que la distinción y coexistencia de **dos espacios jurídicos: a)** el de **responsabilidad de los agentes, y b)** el de

(3) La jurisprudencia, según pacíficamente reconoce la doctrina, ha sido la que con motivo del análisis de la responsabilidad en la construcción, tuvo el acierto, con ocasión de la distinción entre **obras mayores y menores**, de definir, aunque de forma elástica y extensiva, el concepto de **edificio**, como «toda aquella obra inmobiliaria de nueva planta, industrial, de servicios o vivienda, fábricas, almacenes, campos de deportes, plazas de toros, cuevas, subterráneos y, en general, toda construcción compuesta de uno o varios cuerpos en el suelo y subsuelo, cualquiera que sea la naturaleza de los materiales empleados en su ejecución y cuya función sea la de albergar personas, sus actividades o sus pertenencias, ya sean de uso y dominio público, ya privado, considerando comprendidas, en su caso, las instalaciones anejas y la urbanización de su entorno inmediato, en toda clase de territorio». GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 35. Por su parte, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de la Lengua, 21.^a edición. Espasa. Madrid, 1992, pág. 558, edificio es la «obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como casa, templo, teatro, etcétera».

(4) Su articulado queda, tras esta norma, **estructural y sustancialmente vigente**, con las matizaciones y variaciones que más adelante se examinarán en relación con el artículo 1.591 de dicho Cuerpo Legal, y las acciones y plazos de exigencia de la responsabilidad derivada de la obra mal hecha.

garantía de la buena construcción, suponen una **novedad** de estructura del actual marco legal de la **LOE**. El primer campo, civil, tiene su germen en el arrendamiento de obra y en el de servicios como contratos básicos, y el segundo, mercantil, tiene su germen en el contrato de seguro, en su variante bien de daños materiales o bien de caución y con las exigencias subjetivas, objetivas y mixtas imperativas que contiene el artículo 19 LOE.

III. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY

A) AMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

1. *Regla general*

La regla general del ámbito de aplicación material de la Ley aparece contemplada en su artículo 2, conforme al cual:

«1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.*
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.*
- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores (5).*

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.*

(5) Este último apartado es un auténtico cajón de sastre que alcanza todas las edificaciones cuyos usos no estén ya expresamente contenidos en los grupos anteriores. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 35.

- b) Obras de **ampliación, modificación, reforma o rehabilitación** que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención **total** o las **parciales** que produzcan una variación **esencial** de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los **usos** característicos del edificio.
- c) Obras que tengan el carácter de intervención **total** en edificaciones **catalogadas** o que dispongan de algún tipo de **protección** de carácter **ambiental o histórico-artístico**, regulada a través de norma legal o documento urbanístico, y aquellas otras de carácter **parcial** que afecten a los elementos o partes objeto de **protección**.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus **instalaciones fijas** y el **equipamiento propio**, así como los **elementos de urbanización** que permanezcan **adscritos al edificio» (6).**

De lo expuesto se desprende que la LOE se aplica:

- a) A las nuevas **construcciones**.
- b) A las obras de **ampliación, modificación, reforma o rehabilitación** de los edificios ya existentes que alteren su configuración arquitectónica y que lo hagan:
 - De forma **total**.
 - De forma **parcial** pero **esencial**, como la alteración en volumetría o el conjunto del sistema estructural (por ejemplo, declarando la construcción de nuevas plantas en virtud de una reserva de derecho de vuelo).
 - O, por último, de forma **parcial**, cuando las alteraciones tengan por objeto o lleven consigo un cambio de los usos «característicos del edificio» (por ejemplo, un edificio de pisos que pasa a configurarse como un edificio destinado a locales comerciales).
- c) Y, finalmente, a las edificaciones **catalogadas** o que dispongan de algún tipo de **protección** de carácter ambiental o histórico artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico, siempre que la obra de edificación consista en:
 - Intervención **total** en la edificación.
 - O intervención de carácter **parcial** que afecte a los elementos o partes objeto de **protección**.

(6) Por ejemplo, las piscinas e instalaciones de uso común.

Todas estas obras se consideran «**obras mayores**» y, por lo tanto, están requeridas de **proyecto** conforme al artículo 2.2 en relación con el artículo 4 LOE.

2. Excepciones

Las excepciones relativas al ámbito de aplicación material de la Ley —o, dicho de otro modo, los supuestos excluidos de la aplicación material de la Ley— son los siguientes:

a) Las *excepciones* referentes a las obligaciones y responsabilidades para la prevención de **riesgos laborales** en las obras de edificación, pues conforme al artículo 1.2 LOE:

«...Las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica...»

Y esto es lógico puesto que la LOE se ocupa solamente de los daños materiales que puedan producirse en el proceso de edificación a tenor de su artículo 17; por ello el artículo 1.2 LOE remite a la legislación específica por los posibles daños personales por riesgos laborales.

b) Las *excepciones* referentes a las **Entidades Públicas** cuando actúen como agentes del proceso de edificación (se trata de las obras nuevas declaradas en documentos administrativos del art. 206, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria) en lo relativo a las **garantías de suscripción obligatoria del artículo 19 LOE**:

En efecto, frente a la regla general de la necesidad de constituir todas las garantías previstas en la LOE —y que más adelante examinaremos—, hay que citar este supuesto como excluido por el artículo 1.3 LOE, que establece:

«...3. Cuando las Administraciones Públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación, se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria...».

c) Las *excepciones* temporales referentes a los promotores de edificaciones cuyo **destino principal no sea el de vivienda** (7):

Ello deriva de la Disposición Adicional Segunda LOE, que después examinaremos.

d) Las *excepciones* referentes a las **obras menores** del artículo 2.2.a) *in fine* LOE:

Como ya se ha dicho, el artículo 2.2.a) *in fine* LOE, excluye de la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en la Ley en cuestión:

«...aquellas construcciones de **escasa entidad** constructiva y sencillez técnica que **no tengan**, de forma eventual o permanente, carácter **residencial ni público** y se desarrollen en **una sola planta...**»

Estos **requisitos** son **cumulativos**, de modo que quedarán fuera del ámbito de aplicación material de la Ley aquellas construcciones que reúnan todos los caracteres mencionados.

A mi juicio, la expresión «construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica» es un concepto muy indeterminado que puede crear una gran inseguridad y no pocas dudas (8).

(7) ANGULO RODRÍGUEZ, E., citado por GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, pág. 2718, mantiene que para determinar el carácter principal es necesario remitirse a las normas urbanísticas del municipio. Así, por ejemplo, el PGOU de Madrid para clasificar los diferentes usos, según su incidencia en la caracterización de un edificio, artículo 7.2.6, considera uso principal aquél cuya superficie útil represente el mayor porcentaje respecto a la superficie útil total de los usos del edificio. Si la superficie útil de uso residencial es superior al resto de usos compatibles, se puede concluir que la edificación tiene como destino principal la vivienda. Por su parte, ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en «Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 35, julio-septiembre 2000, pág. 210, entiende que el destino principal del edificio es el de vivienda cuando, al menos, la mitad de la extensión superficial construida del edificio está destinada a viviendas o cuando el valor de los departamentos destinados a tal fin sea superior al de los adscritos a otros fines. A estos efectos, dice el citado autor, puede resultar determinante, en caso de división del edificio en régimen de propiedad horizontal, la proporcionalidad de las cuotas de comunidad establecidas según las normas de la Ley de Propiedad Horizontal.

(8) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 653; y GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, «Control Notarial y Registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación». Tomado de la *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 276, págs. 19 y sigs., por el Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 62, pág. 1518.

Personalmente, considero que puede entenderse incluida dentro de esta excepción la típica caseta (de una sola planta) agrícola, de aperos o labranza que suele ser aprovechada por el campesino para invitar a familiares y amigos a fin de degustar succulentas parrilladas o paellas; también las casetas (de una sola planta) de majada, o sea, para acoger al ganado. En cambio, se apartan de la excepción las pequeñas construcciones que no se ajusten a cualquiera de los requisitos exigidos por el precepto: las construcciones de escasa entidad ... pero que tengan, de forma eventual o permanente, bien carácter residencial —o sea, de vivienda— bien carácter público —una obra pública consistente, por ejemplo, en un pabellón escolar— o que se desarrollen en más de una planta (9).

Por ello, no puedo compartir la tesis de RICO MORALES, NICOLÁS (10) que, al interpretar el concepto de construcción sencilla del artículo 2.2.a) *in fine* LOE, incluye dentro de ella:

- Todo edificio unifamiliar en una sola planta en zonas de edificación de mediana calidad para uso propio del promotor (pero no el mismo edificio en zonas de alto standing ni, por supuesto, las viviendas unifamiliares realizadas por un promotor para su venta o tengan más de una planta). En mi opinión, el carácter residencial de todos estos edificios impide incluirlos dentro de la excepción que estamos examinando (11).
- Aquellas construcciones que no excedan de los 90 metros cuadrados fijados como límite a las VPO. A mi juicio, la inclusión de este supuesto, dentro de la excepción que estamos examinando, dependerá de que se cumplan o no los demás requisitos de dicha excepción.
- Y, en general, las naves industriales o agrícolas —que normalmente se construyen, además, con elementos prefabricados— (12) y no tienen

(9) De todos modos, como afirma GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1518, desde el punto de vista notarial o registral el problema estará prácticamente obviado por el hecho de que no será normal que se otorguen escrituras públicas de declaración de obras nuevas para recoger esas pequeñas obras.

(10) RICO MORALES, NICOLÁS, *Entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral, Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000, pág. 129.

(11) Aparte de que el uso propio de la promoción —autopromoción— o el uso ajeno de la promoción —promoción en sentido propio, que es aquella que se realiza para su enajenación, cesión o entrega a terceros, o sea, la promoción para su puesta en el mercado inmobiliario—, es indiferente a los efectos de la Ley, en virtud del artículo 9.1 LOE, y los argumentos que se expondrán.

(12) CORDERO LOBATO, ENCARNA, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, pág. 308, estima que las obras prefabricadas están incluidas en el régimen de la LOE, siempre que cumplan el requisito de permanencia (art. 2.1 LOE), porque si bien las obras prefabricadas son aquellas que son desmon-

carácter residencial. Yo, en cambio, estimo que este supuesto no está incluido en la excepción. Lo que ocurre es que, en virtud de la Disposición Adicional Segunda LOE y a los solos efectos de la suscripción de las garantías previstas en el artículo 19 LOE, está excluido temporalmente del ámbito de aplicación LOE —por no tener carácter residencial— hasta que mediante Real Decreto se establezca la obligatoriedad de suscribir dichas garantías para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Finalmente, conviene resaltar que las obras a que se refiere el artículo 2.2.a) *in fine* LOE son «**obras menores**» y, como tales, han de considerarse excluidas de la necesidad de proyecto, según este documento es entendido por el artículo 4 LOE, ex artículo 2.2.a) *in fine* y *a sensu contrario* LOE, pero no del proyecto obligatorio exigido y regulado por la normativa de las Profesiones Técnicas. Por eso, dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN (13), que el tenor del artículo 2 LOE es, junto con la imprecisión del artículo 4 LOE, ciertamente desafortunado (14).

e) Las excepciones referentes al **artículo 2.2.b) a contrario sensu, LOE:**

Una interpretación *a contrario sensu* del artículo 2.2.b) LOE, nos lleva a considerar con RICO MORALES, NICOLÁS (15); GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (16), que dicho precepto no es aplicable:

- A las simples **modificaciones jurídicas**, o sea, aquéllas que, alterando la configuración jurídica del edificio (por ejemplo, su régimen de propiedad horizontal) no lleven consigo modificación material alguna, o la que lleven consigo sea no esencial, sino simplemente necesaria para poder verificar la modificación jurídica del edificio.
- A las modificaciones, reformas o rehabilitaciones **interiores** en el edificio que no alteren la configuración arquitectónica del mismo.

tables y separables del suelo sin decremento, ello no quiere decir que permanencia sea equivalente a inseparabilidad del suelo. En igual sentido se manifiesta GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. Primera edición, 2000, pág. 89.

(13) GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, pág. 71.

(14) En la jurisprudencia anterior a la LOE se entendía por «*obras menores*» aquéllas de sencillez técnica, escasa entidad constructiva y económica que no alteran el volumen ni afectan a la estructura, diseño exterior y condiciones de habitabilidad o seguridad de un inmueble. Cfr. SSTs de 6 de marzo de 1978 y de 19 de julio de 1994.

(15) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 129 y 130.

(16) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 654.

- Y a las modificaciones exteriores del edificio, siempre que no alteren la volumetría o el conjunto del sistema estructural.

Las obras dimanantes de estas excepciones son también «**obras menores**», según se desprende *a sensu contrario* del artículo 2.2.b) LOE.

f) La *excepción* referente al carácter *provisional* de la edificación del artículo 2.1, primer párrafo, *a contrario sensu* LOE:

El artículo 2.1 LOE establece como uno de los elementos *definitorios* del edificio su carácter permanente. Dice CORDERO LOBATO, ENCARNA (17), que con el requisito de permanencia la LOE quiere excluir de su ámbito de aplicación material las construcciones que, por su **naturaleza**, no están llamadas a cubrir necesidades permanentes, o sea, las construcciones provisionales, siempre que la provisionalidad resulte de la propia naturaleza de la obra (18).

g) Y, por último, la *excepción* relativa a las **construcciones que no pueden calificarse propiamente de edificio**: como puertos, presas, canales, carreteras, caminos, calles, postes, vallas, muros, teleféricos, minas, etc.; ya que, según el Diccionario de la Real Academia, edificio es la «obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como casa, templo, teatro, etc.»; y, como dice AVILA NAVARRO, PEDRO (19), aunque el artículo 2 LOE incluye las edificaciones con uso *aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación*, estas adjetivaciones tienen que referirse siempre al sustantivo **edificio**.

(17) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, págs. 307 y 308.

(18) Por eso, en opinión de la citada autora, no están necesariamente comprendidas en esta excepción las obras que la legislación urbanística califica como provisionales, pues en ellas la provisionalidad es únicamente frente a la Administración urbanística y responde al hecho de que el *ius aedificandi* sólo se disfruta en precario, hasta que se apruebe el planeamiento correspondiente, por lo que la obra puede ser demolida sin indemnización. En parecidos términos se expresa GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. Primera edición, 2000, págs. 72 a 74. En cambio, PORTO REY, en *Cuadernos de Urbanismo. Aspectos técnicos de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación*. Editorial Montecorvo, S.A., pág. 22, equipara las edificaciones eventuales de la LOE a las provisionales de la Ley del Suelo y la legislación autonómica.

(19) AVILA NAVARRO, PEDRO, «La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 59, abril 2000, págs. 821 y 822.

B) **ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL**

El ámbito de aplicación temporal de la Ley viene determinado por la Disposición Transitoria Primera, según la cual la LOE sólo se aplicará a las obras de **nueva construcción** y a las obras en los **edificios existentes** para cuyos proyectos se **solicite** la correspondiente **licencia** de edificación a partir de su **entrada en vigor**. Y, según la Disposición Final Cuarta de la Ley, ésta entró en vigor, a los efectos que estamos estudiando, a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que tuvo lugar el día 6 de noviembre de 1999. Por lo tanto, la Ley entró en vigor el día 6 de mayo de 2000.

Así pues, por lo expuesto en la Disposición Transitoria Primera, será la fecha de **solicitud** —y no la fecha de **concesión**— de la correspondiente **licencia** de edificación en relación con la fecha de entrada en vigor de la Ley la que determine o no la aplicación de la misma.

Por ello, la LOE es aplicable a la obra de **nueva construcción** o en **edificio preexistente** respecto de la que **se solicite** la **licencia** para su proyecto a partir de su **entrada en vigor**.

En consecuencia, dicha Ley no es aplicable a las escrituras que se autoricen después de la entrada en vigor de la LOE referentes a edificaciones para cuyo proyecto **se solicitó** la pertinente **licencia** antes de su **entrada en vigor** (cualquiera que sea la fecha en que se concedió la misma por el órgano pertinente).

IV. **LOS REQUISITOS BÁSICOS DE LA EDIFICACION**

El artículo 3 LOE establece **los requisitos básicos** que ha de reunir la edificación, distinguiendo:

1. **Los relativos a la funcionalidad** (utilización; accesibilidad para personas con movilidad y comunicación reducidas, y acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información).
2. **Los relativos a la seguridad** (estructural; incendio y utilización, de modo que ésta no suponga riesgo de accidente para las personas).
3. **Y los relativos a la habitabilidad** (salubridad y aislamiento térmico y acústico).

V. **LOS AGENTES DEL PROCESO DE LA EDIFICACION**

La nueva Ley regula en sus artículos 8 y siguientes, los diferentes agentes que intervienen en el proceso de edificación, que no son únicamente el propietario y el contratista propios del contrato de arrendamiento de obra civil:

1. *El promotor*, que, según el artículo 9.1 LOE, es la persona física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, debiendo ostentar la titularidad de un derecho sobre el inmueble que le faculta para construir en él (normalmente, el derecho de propiedad o el derecho de superficie) (20).

Sus **obligaciones** vienen desarrolladas en el artículo 9.2 LOE.

2. *El proyectista* que, según el artículo 10.1 LOE, es el agente que por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el **proyecto**, debiendo, por lo demás, tener la titulación académica y profesional exigida para cada tipo de obra: arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.

El proyecto lo define el artículo 4.1 LOE como el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras, debiendo justificar técnicamente dicho proyecto las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable.

Las obligaciones del proyectista vienen desarrolladas en el artículo 10.2 LOE.

3. *El constructor*, que, según el artículo 11.1 LOE, es el agente que asume contractualmente, por medio de un contrato de obra con el promotor, la ejecución de la obra con sujeción al proyecto y al contrato.

Sus obligaciones vienen desarrolladas en el artículo 11.2 LOE.

4. Junto a ellos intervienen, por un lado, con carácter técnico y dentro de la dirección facultativa, el *director de obra* y el *director de la ejecución de la obra*, que deben contar con la necesaria titulación académica y profesional, y cuyas obligaciones vienen desarrolladas, respectivamente, en los artículos 12.3 y 13.2 LOE; y, por otro lado, *las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación* y los *suministradores* de productos, y cuyas **obligaciones** se recogen, respectivamente, en los artículos 14.3 y 15.3 LOE.

Finalmente, el artículo 16 LOE, último del Capítulo III, que es el que regula el *status* jurídico de los agentes edificadores, incluye también a los propietarios y usuarios. Parece, sin embargo, discutible, en opinión de JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J. (21), que se pueda integrar en el grupo de los agentes edificatorios a estos últimos, ya que no intervienen en el proceso de construc-

(20) La persona física y la pública serán la excepción, mientras que la persona jurídica y la privada conformarán la regla general. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 39.

(21) JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J., «La Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 269, 1999, pág. 12.

ción, y las obligaciones que les impone el citado precepto son las genéricas de conservación y mantenimiento de lo edificado.

VI. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

A) CONCEPTO DE RECEPCIÓN. LA ATÍPICA «RECEPCIÓN UNILATERAL»

1. *El concepto de la recepción de la obra, según el artículo 6.1 LOE*

La LOE define la recepción de la obra en su artículo 6.1, *ab initio*, al decir:

«1. *La recepción de la obra es el acto por el cual el **constructor**, una vez concluida ésta, hace **entrega** de la misma al promotor y es **aceptada** por éste. Podrá realizarse **con o sin** reservas y deberá abarcar **la totalidad de la obra o fases completas y terminadas** de la misma, **cuando así se acuerde por las partes**».*

Dice CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (22), que las partes necesarias del **contrato de obra** y, por lo tanto, de la **recepción de la obra**, son el **constructor** y el **promotor**.

Así pues, como pone de relieve MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS (23), según el tenor del artículo 6.1 LOE, la recepción de la obra es un **acto complejo** comprensivo de: a) la **entrega o puesta a disposición** de la obra por parte del constructor o contratista, y b) la **aceptación** por parte del promotor, comitente o dueño de la obra.

Obviamente, como **acto previo** a la entrega y aceptación, o sea, a la recepción, se habrá producido la **conclusión material** de la edificación, formalizada con la extensión del **certificado final de obra**, competencia del director de la obra y del director de su ejecución, ex artículos 6.2 *in fine*; 12.3.e), y 13.2.e) LOE. En caso de negativa injustificada (por impago de honorarios, por ejemplo) o imposibilidad manifiesta, la formalización de dicho certificado corresponderá a cualquiera de los técnicos competentes mencionados en el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución

(22) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «LOS perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 53.

(23) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, «La entrega y la recepción de la obra de edificación», en *Revista Luns Cuatro Treinta*, núm. 282, julio 2000, págs. 8 y 9.

de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (en adelante, RDU).

La conclusión o terminación de la obra debe ser **notificada por escrito** al promotor, ex artículo 6.4 LOE, siendo aconsejable que pueda acreditarse **fehacientemente**, pues dicha notificación supone el inicio del plazo para la recepción, transcurrido el cual sin recepción (con o sin reservas) o rechazo expreso de la obra, se produce una recepción tácita, ex artículo 6.4 *in fine* LOE, tal como señala GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (24).

2. La atípica «recepción unilateral»

Como se acaba de exponer, la LOE, en su artículo 6.1 *ab initio*, inserta la entrega en el marco del proceso de recepción. Pero la doctrina (recogiendo el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo —cfr. sentencias de 14 de octubre de 1968 y de 16 de junio de 1994—) considera que ello no obsta a que la **entrega y la recepción** de la obra sean, y de hecho lo son, dos **actos jurídicos diversos y autónomos** que no pueden confundirse. En este sentido, la entrega, entendida como acto por el cual el constructor pone a disposición del promotor la obra terminada (25), puede ser **anterior, posterior o coetánea** a la recepción de la obra (26). Y así, es posible que la recepción tenga lugar con anterioridad a la entrega de la obra, bien porque así lo acuerden las partes en el contrato de obra (27), o bien cuando el propietario admite que ya reconoció la obra y la encontró conforme (cfr. STS de 14 de octubre de 1968); y también puede ocurrir que la entrega se anticipe a la recepción cuando, entregada la obra al propietario, éste no pudo reconocerla o no pudo prestar su conformidad (cfr. STS de 14 de octubre de 1968).

Tal vez por ello, dice CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (28), que en diversas enmiendas al Proyecto de LOE, que, sin embargo, no prosperaron, al definir

(24) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2709 y 2710; GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 656; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 215, 227 y 228; LACABA SÁNCHEZ, F., y MERCHÁN GABALDÓN, citados por ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 215.

(25) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 54.

(26) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «LOS perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 57; MARTÍNEZ MÁS, F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, Madrid, 2000, págs. 57 y 96; MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, pág. 284; y VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*. Coordinador: Sala Sánchez, Barcelona, 2000, pág. 57.

(27) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 57.

(28) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, págs. 57 y 58.

la recepción de la obra, no se alude a la entrega de la obra al promotor (29). Además, los antecedentes legislativos de la LOE, al establecer la definición de la recepción de la obra, tampoco se refieren a la entrega de la obra al promotor (Anteproyecto de LOE de 22 de febrero de 1994, art. 11.1; Proyecto de LOE de 28 de diciembre de 1995, art. 12.1; Anteproyecto de LOE de 21 de septiembre de 1998, art. 6.1; Proyecto de LOE de 15 de marzo de 1999, art. 6.1).

En esta línea, MARTÍNEZ MÁS, F. (30) critica la definición legal de recepción de la obra que aparece en el artículo 6.1 de la LOE. Es más correcta la definición de recepción que se dio en el **Proyecto de LOE de 15 de marzo de 1999** (31), al establecer en el artículo 6.1 que la recepción de la obra es el acto por el que los trabajos ejecutados son aceptados por el promotor. Si cotejamos ambos conceptos podemos ver que la definición de recepción de la obra en el Proyecto de Ley es más acorde con el concepto tradicional de recepción que maneja tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del TS, al conceptuar la recepción como el acto por el cual el dueño de la obra **presta su conformidad** a la obra realizada por el constructor.

Pues bien, partiendo, por una parte, de estas premisas doctrinales, jurisprudenciales y del proceso de gestación de la Ley, y, por otra parte, de la lógica del sentido común, considero, aunque sea forzando el tenor del artículo 6.1 y 2 LOE, que se debe admitir la que se podría denominar «**recepción unilateral**» de la obra por el promotor/autopromotor o, en su caso, por subrogación, por el tercer adquirente, con el fin, sobre todo, de poder suscribir las garantías obligatorias del artículo 19 LOE, cuya acreditación exige el artículo 20.1 LOE, como más adelante se examinará, para escriturar e inscribir en el Registro de la Propiedad la correspondiente obra nueva construida, dando así solución a situaciones de hecho que, sin duda, se producirán (32).

La «**recepción unilateral**» se puede definir como el acto por el cual el dueño de la obra entiende aprobada y recibida la obra construida por consi-

(29) Enmienda núm. 41 al artículo 6 del Proyecto de LOE. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de marzo de 1999, núm. 163-9; enmienda núm. 100 al artículo 6 del Proyecto de LOE. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

(30) MARTÍNEZ MÁS, F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, págs. 76-77; y MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, págs. 296, 297 y 283.

(31) BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 1999, núm. 163-1.

(32) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 37, afirma que la Ley no es suficientemente previsor para dar respuesta a cuestiones, fundamentalmente referentes a situaciones transitorias, por lo que los vacíos o lagunas al respecto tendrán que ser afrontadas por vía jurisprudencial.

derar que la misma se ajusta a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción.

Su estudio se realiza en el subepígrafe **C) (Clases de recepción)** del presente epígrafe.

B) MOMENTOS O FASES DE LA RECEPCIÓN

La doctrina distingue tres momentos o fases dentro de la recepción: la **verificación**, la **aprobación** y la **recepción propiamente dicha**.

1. **La verificación** es la facultad o derecho del comitente, promotor o dueño de la obra, consistente en el conjunto de operaciones que tienen por objeto **comprobar** si la obra es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato (33). El promotor, comitente o dueño de la obra puede valerse de los asesoramientos técnicos que estime oportunos para realizar la verificación de la obra.

Este **examen** debe realizarse desde la notificación de la conclusión de la obra —acreditada en el certificado final de obra— efectuada por escrito al promotor y antes del plazo que hayan pactado las partes para la recepción. En defecto de pacto expreso de las partes, ex artículo 6.4 *ab initio*, LOE, la Ley, en su artículo 6.4 establece el plazo máximo durante el cual puede realizarse la verificación, al decir que la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la terminación de la obra, contados a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. De esta forma, como pone de relieve MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS (34), el promotor, comitente o dueño de la obra, dispone de treinta días para llevar a cabo la verificación, aprobación y recepción propiamente dicha de la obra.

2. **La aprobación** es la declaración de voluntad por cuya virtud el promotor formula un **juicio positivo** mediante el cual la obra realizada se considera bien hecha, en lo esencial, conforme a lo pactado, aceptándose, y, en consecuencia, asumiendo la obligación de proceder a la recepción propiamente dicha de la obra, haciéndose cargo de la misma (35).

(33) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 54.

(34) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 9.

(35) El artículo 1.598, párrafo segundo, del Código Civil, permite el pacto por el que sea un tercero quien apruebe la obra, en cuyo caso se estará a lo que éste decida, a los efectos de la posterior recepción por parte del promotor. En virtud de lo dispuesto en dicho precepto es posible el pacto por el que las partes determinen que el certificado final de obra equivalga a la aprobación de la obra construida por el promotor (GONZÁLEZ CARRASCO, M.³ DEL CARMEN, en obra citada, pág. 160, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 57). La jurisprudencia entiende que dicho pacto no constituye una cláusula de arbitraje (STS de 22 de febrero de 1989), sino que se trata de un dictamen no decisorio sujeto a valoración judicial ex artículo 1.598, párrafo primero, del Código Civil (STS de 22 de julio de 1995).

La aprobación se puede producir bien como consecuencia de la verificación positiva, o bien como consecuencia del expreso acuerdo positivo con la obra realizada, aunque se haya renunciado a efectuar la verificación o examen previos.

Afirma MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS (36), que la declaración de voluntad en que consiste la aprobación no requiere una forma determinada. Por ello, puede ser: *a) tácita*, derivada del silencio del promotor unido a actos que evidencian la conformidad, es decir, el **silencio consciente** del promotor tras la comunicación de puesta a disposición de la obra por parte del constructor, y *b) expresa*, mediante una **declaración emitida al efecto** (37).

Por último, la aprobación o aceptación, aunque se haga con reservas, obliga a la recepción propiamente dicha de la obra, que también se hará con reservas (38). Sólo en el caso de que no se apruebe la obra por constatar la existencia de defectos que impliquen su no terminación o el incumplimiento de las estipulaciones contractuales (por no adecuarse la obra a ellas) podrá el promotor negarse a recibir la obra, en cuyo supuesto no se produce la recepción de la obra sino el rechazo de la misma en virtud del juicio negativo de la obra, ex artículo 6.3 LOE, que examinaremos en el epígrafe siguiente.

3. Y la recepción propiamente dicha es el efecto o la **consecuencia lógica** y necesaria del juicio positivo en que consiste la aprobación de la obra.

C) CLASES DE RECEPCIÓN

La LOE recoge expresamente tres manifestaciones de recepción: **expresa y tácita; total y parcial**, o sea, por fases; y **pura**, o simple, y **con reservas**. A esta clasificación que recoge la LOE, y como contraposición a la recepción bilateral del artículo 6 LOE, habrá que adicionar, según mi criterio ya expresado, cuando proceda, la «recepción unilateral» realizada por el promotor/autopromotor o, en su caso, por subrogación, por el tercer adquirente.

(36) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 10.

(37) Tratándose de obras inmobiliarias, aunque nada obliga a ello, lo normal es que la aprobación se haga de forma expresa. Así, la doctrina pone de manifiesto que es bastante usual que en el pliego de condiciones conste que la aprobación se deberá realizar de forma expresa mediante acta y con la comparecencia del promotor, del constructor y del arquitecto. MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 10.

(38) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 64.

1. *Recepción expresa y tácita*

El acto de recepción, al igual que la aprobación, con la que, en cierto modo, se confunde, no requiere una forma determinada, por lo que la recepción puede ser expresa y tácita.

a) *La recepción expresa* de la obra deberá consignarse en un **acta** (39) firmada, al menos, por el **constructor** (que es quien ha de entregar la obra concluida) y el **promotor** (que es quien ha de aceptarla), de conformidad con el artículo 6.2 LOE. En esta línea, el artículo 9.2.c) LOE establece que el promotor está obligado a **suscribir** el acta de recepción de la obra; y el artículo 11.2.f) LOE dispone que el constructor está obligado a **firmar** el acta de recepción de la obra (40).

Por otra parte, aunque el artículo 6 LOE no lo impone, en las pólizas de seguros se exige que el acta de recepción esté firmada por la Oficina de Control designada por el asegurador (41).

(39) La finalidad de que la recepción de la obra deba constar en un acta se encuentra en que exista constancia cierta de que ha tenido lugar la recepción de la obra; lo cual se explica por la gran transcendencia jurídica que tiene la misma, como afirma la Exposición de Motivos LOE, en relación con el inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en la Ley. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «LOS perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 58.

(40) Así pues, la LOE sólo exige que firmen necesariamente el acta de recepción de la obra el constructor y el promotor por la sencilla razón de que éstos son las partes del contrato de obra, ya que uno ha de entregar la obra y otro aceptarla. No obstante, CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 59, dice que, atendiendo a las obligaciones que la LOE impone al director de la obra (art. 12) y al director de ejecución de la obra (art. 13), parece coherente que estos agentes firmen también el acta de recepción de la obra. En igual sentido se manifiestan GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Madrid, 2000, págs. 256 y 351; VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*. Coordinador: Sala Sánchez. Barcelona, 2000, pág. 59; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*. Granada, 2000, pág. 373; MARTÍNEZ MÁS, F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, pág. 89; y MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, pág. 290.

(41) En este sentido se manifiestan CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 59; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASO, *Derecho de la construcción y la vivienda*. Madrid, 2000, pág. 301; y ARIZA ARCA, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, págs. 315, 320 y 323. Además, señala CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 60, que de cara a la entidad aseguradora es conveniente pactar en el contrato de obra que el informe emitido por las entidades de control de calidad de la edificación, a las que se refiere el artículo 14 LOE, se adjunte al acta de recepción de la obra para que ésta produzca sus efectos o, al menos, constituya el dictamen de tercero que genere la obligación de recibir la obra conforme a lo dispuesto en el artículo 1.598, párrafo

El acta de recepción de la obra puede instrumentalizarse en un documento privado o a través de escritura pública.

En cuanto a sus **requisitos formales**, el acta de recepción está sujeta a determinados requisitos formales exigidos por el artículo 6.2 LOE, según el cual en el acta de recepción de la obra se hará constar:

- «...a) Las partes que intervienen.
- b) La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma (42).
- c) El coste final de la ejecución material de la obra (43).
- d) La declaración de la recepción de la obra, con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.
- e) Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades (44).

Asimismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra» (45).

Por lo que respecta al **momento en que debe suscribirse el acta de recepción**, según el artículo 6.4 LOE, la terminación de la obra deberá acre-

segundo, del Código Civil. En igual sentido se manifiestan GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 161, y MARTÍNEZ MÁS, F., en *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, pág. 89.

(42) De la veracidad y exactitud del contenido del certificado final de la obra responden el director de la obra y el director de la ejecución de la obra, ex artículo 17.7 LOE.

(43) El fundamento de la fijación del coste de ejecución final de la obra en el acta de recepción se encuentra básicamente en el régimen de garantías obligatorias a que se refiere el artículo 19.5 LOE, según el cual el importe mínimo del capital asegurado se fija en determinados porcentajes calculados sobre el coste final de la ejecución material de la obra. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 61.

(44) Dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, págs. 164 y 165, que el artículo 6.2.e) LOE, se refiere a la garantía prevista en el artículo 19.1.a) LOE, es decir: a) bien al seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, o b) bien, en su caso, a la constancia del pacto de retención por parte del promotor del 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra, aunque la prima del seguro deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra, ex artículo 19.2.b) LOE. También se refiere a otras garantías que el promotor puede exigir al constructor para el aseguramiento de sus responsabilidades, como las derivadas de incumplimiento contractual no manifiesto en el acta de recepción de los artículos 1.101 y sigs. y 1591, párrafo segundo, del Código Civil y las cláusulas penales que se establezcan.

(45) El director de obra y el director de la ejecución de la obra están obligados a suscribir el certificado final de la obra, ex artículos 6.2 *in fine*, 123.e) y 13.2.e) LOE.

ditarse en el certificado final de obra y notificarse por escrito al promotor. A partir de ese momento, comienza un plazo de treinta días dentro de los cuales deberá realizarse la recepción de la obra, salvo que se hubiera pactado otra cosa. Si no se realiza dentro de este período de tiempo la recepción expresa, se considera tácitamente recibida la obra, es decir, se produce la recepción tácita.

b) *Y la recepción tácita* de la obra aparece contemplada por el artículo 6.4 *in fine* LOE, considerándose producida transcurridos treinta días (incluidos los inhábiles por aplicación del art. 5.2 del Código Civil) desde que se produjo la **notificación** por el constructor de la conclusión de la obra sin que el promotor haya manifestado reservas o rechazo motivado por escrito (así pues, la recepción tácita se produce por silencio tras el período de tiempo dado para la recepción expresa de la obra).

Siendo ello así, la recepción tácita produce los mismos efectos que la expresa.

Finalmente, por lo que se refiere a la **conveniencia de formalizar notarialmente el acta de recepción de la obra y también, como acto previo, la práctica de las notificaciones del constructor al promotor**, ex artículo 6.4 LOE, como ha indicado la Circular 2/2000 del Consejo General del Notariado:

*«...si su otorgamiento se encomendara al notario, naturalmente la forma será la de **escritura pública**, y si en ella se hicieren constar, además, los requisitos exigidos por la Ley del Suelo, podría la escritura de recepción de obra servir asimismo como acta de finalización a los efectos del control urbanístico que lleva a cabo la Administración. En cualquier caso, autorice o no el notario la recepción de las obras, si es **requerido** para practicar las **notificaciones** a que se refiere el artículo 6 de la Ley entre constructor y promotor, será conveniente llevarlo a cabo mediante **entrega personal** por parte del notario de **cédula de notificación al requerido**, en el domicilio señalado (art. 202, párrafo 2.º del Reglamento Notarial)».*

Comentando dicha Circular, GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (46) manifiestan que parece importante la **forma pública notarial** por la trascendencia que va a tener esta **recepción de la obra**, ya que, entre otras circunstancias, el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente produci-

(46) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 656.

da, según lo establecido en el artículo 6.5 LOE. El documento público notarial va a determinar una **fehaciencia de la fecha frente a terceros**, y, además, en la propia acta notarial podrán consignarse las manifestaciones de las partes, el por qué del rechazo de la obra y sus circunstancias, que puede ser fundamental de cara a un procedimiento judicial (47).

A mi juicio, también es aconsejable que **la notificación de la conclusión de la obra** por parte del constructor al promotor se canalice **notarialmente**, pues, por mor del artículo 6.4 LOE, dicha notificación supone el inicio del plazo para la recepción expresa y, en su caso, para la recepción tácita, en la cual el documento público notarial va a determinar una **fehaciencia de la fecha frente a terceros** (48).

2. *Recepción total y parcial, o sea, por fases*

La recepción de la obra puede ser total y parcial, es decir, por fases, puesto que según el artículo 6.1 *in fine* LOE:

«...deberá abarcar la **totalidad** de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así **se acuerde** por las partes».

Así pues, de este precepto se desprende que la recepción de la obra puede ser total y parcial, o sea, por fases.

- a) *La recepción es total* cuando comprende la totalidad de la obra construida.
- b) *Y la recepción es parcial* cuando abarca fases completas y terminadas de la obra, **si así se acuerda por las partes** (49).

Ello quiere decir que si no se ha pactado nada, la entrega se hará al finalizar la totalidad de la obra encargada y se aceptará y recibirá también la totalidad. Pero si se ha pactado por piezas o medida, la recepción se referirá a cada una de estas piezas o medida (50).

(47) En igual sentido se pronuncia ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 216, 217 y 227.

(48) En igual sentido, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2709 y 2710; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 215 y 227; y LACABA SÁNCHEZ, F. y MERCHÁN GABALDÓN, citados por ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 215.

(49) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 62.

(50) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 14.

Respecto de la recepción parcial o por fases, entiende GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (51), que ésta no estará supeditada únicamente al pacto de las partes (cfr. art. 6.1 *in fine* LOE) sino también a su viabilidad técnica y urbanística (se ha de tratar de fases o porciones dotadas de autonomía e individualidad o susceptibles de una verificación independiente) (52).

3. *Recepción pura o simple y con reservas*

Los apartados 1 y 2.d) del artículo 6 LOE prevén la posibilidad de que la recepción de la obra pueda realizarse con y sin reservas.

a) *La recepción es pura o simple* cuando el promotor está de acuerdo con la totalidad de la obra realizada, por considerarla bien hecha, conforme a lo pactado, aceptándola, en consecuencia, tal y como la encuentra. Supone, pues, que la obra se ha ejecutado a satisfacción del promotor, **sin manifestación de disconformidad**.

b) *Y la recepción con reservas* tiene lugar cuando el promotor se muestra básicamente conforme con la obra **en lo esencial**, según lo pactado, si bien, y como consecuencia de su verificación, advierte determinados **defectos** considerados **menores** que no deben ser obstáculo para la recepción, pero que deben ponerse de manifiesto para poder exigir la subsanación de los mismos o la responsabilidad que proceda (53).

En esta hipótesis, el artículo 6.2.d) LOE exige que en el acta de recepción de la obra con reservas queden especificadas de manera **objetiva** las reservas (54), estableciéndose un plazo, que figurará también en el acta, para subsanar los defectos puestos de manifiesto. Finalmente, dicho precepto exige que en un **acta aparte** suscrita por los firmantes de la recepción conste que los defectos han quedado subsanados.

(51) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2711.

(52) Dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, págs. 158 y 159, que no toda obra inmobiliaria por piezas o por medida será susceptible de ser recibida parcialmente en los términos de la LOE, sino sólo aquellas cuyas piezas constituyan fases completas y terminadas objeto de certificación final (aunque parcial) de obras.

(53) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 13.

(54) De esta manera la LOE, en su artículo 6.2.d), pretende que las reservas tengan un sólido fundamento, apoyándose en un criterio objetivo. La obra ha de presentar realmente defectos que tienen que ser subsanados por el constructor. Se quiere evitar que las reservas sean un mero pretexto del promotor para rehusar el pago del precio al constructor o para que las garantías previstas en la LOE no cubran los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción — art. 19.9.i) LOE—. El carácter objetivo de las reservas determina, lógicamente, que si existe un desacuerdo entre el promotor y el constructor en torno a su procedencia será el Juez quien, atendiendo al criterio objetivo al que se refiere la LOE, decida si las reservas están o no justificadas.

Ya se ha dicho que los defectos que permiten hacer la recepción con reservas deben ser **defectos** considerados **menores**. En efecto, a juicio de GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, y otros autores (55), las **reservas** sólo deberían ceñirse a **vicios o defectos en la terminación o acabado** del artículo 11.1.b), segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE, puesto que si se basan en **defectos graves** que pudieran comprometer los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio el promotor debería acogerse al **rechazo** justificado de la obra fundamentándose en el artículo 6.3 LOE. Por ello, los defectos que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.a) y b), en su primer apartado, en relación con el artículo 19.1.b) y c) LOE, son motivo de rechazo de la obra y los defectos de terminación o acabado que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.b) segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE, son objeto simplemente de reserva (56).

4. La recepción bilateral y la atípica «recepción unilateral»

a) *La recepción bilateral* es la que regula la LOE en los términos expresados y se realiza como consecuencia de la intervención, **expresa o tácita**, de, al menos, **dos figuras jurídicas distintas**, aunque confluyan en la misma persona (57): el **constructor** y el **promotor**, ex artículos 6, 9.2.c) y 11.2.) LOE.

La recepción bilateral **tácita** del artículo 6 LOE requiere la **iniciativa del constructor** a través de la **notificación por escrito** de la conclusión de la obra y el **silencio consciente** del dueño de la obra tras el período de tiempo

(55) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711, 2712 y 2725; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, págs. 165, 167 y 168; y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, págs. 66 y 76.

(56) Para defender dicha tesis, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, se apoya en que este razonamiento no deja de ser una aplicación analógica de lo que nuestro ordenamiento prevé para la compraventa (v. art. 1.484 y sigs. del Código Civil). El comprador está legitimado para resolver el contrato en caso de vicio grave en la cosa (vicio que la haga impropia para el uso a que se destina o que disminuya de tal modo su uso que, de haberlo conocido, no la hubiere adquirido o habría dado menos precio). Considera dicho autor que un defecto en la terminación no puede legitimar el rechazo de la recepción, puesto que, dada la escasa magnitud del daño, se sobreentiende que podrá subsanarse en el período de garantía anual.

(57) El promotor/autopromotor-constructor, o sea, la persona física o jurídica que promueve y, a la vez, realiza por sí misma la construcción de la obra, actúa en virtud de dos conceptos distintos: promotor/autopromotor y constructor a los efectos del artículo 6.1 y 2 LOE; por eso la recepción, en este caso, no deja de ser bilateral.

dado para la recepción expresa de la obra, ex artículos 6.4 y 6.5 (que se remite al art. 6.4) LOE.

b) Y la «recepción unilateral» es el acto por el cual **el dueño de la obra** entiende aprobada y recibida la obra construida por considerar que la misma se ajusta a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción.

La «recepción unilateral» puede ser también **tácita y expresa**:

— La «recepción unilateral» **tácita** es la producida como consecuencia de la realización de **actos concluyentes** que revelan **la voluntad o intención consciente** por el dueño de la obra de aprobar y recibir la misma, **sin mediar requerimiento o notificación** por parte del constructor.

Como ejemplos de ella, se pueden citar la ocupación, utilización o uso de la obra (58) y el pago del precio de la obra ex artículo 1.592 del Código Civil (59).

Pero estos dos supuestos de «recepción unilateral» tácita no son contemplados por la LOE, que sólo acoge dentro del régimen de la recepción tácita la prevista en el artículo 6.4 LOE (o sea, la recepción bilateral tácita —con requerimiento o notificación del constructor—) a los efectos del cómputo de los plazos de garantía o responsabilidad establecidos en la LOE, como se desprende del artículo 6.5 LOE (60).

Por eso, opino que la «recepción unilateral» **tácita** es inoperante en orden al objeto del presente trabajo.

— Y la «recepción unilateral» **expresa**, que opera en defecto y por imposibilidad material de la recepción bilateral (expresa o tácita) del artículo 6 LOE, es el acto por el cual el promotor/autopromotor o, en su caso, por subrogación, el tercer adquirente declara **formal** y expresamente la aceptación de la obra construida por manifestación de su conformidad.

Requiere, pues, a) la **falta e imposibilidad material de la recepción bilateral** (expresa o tácita), y b) su **constancia documental en forma fehaciente**. Lógicamente, deberá insertarse en el acta de «recepción unilateral» la fecha del certificado final de la obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra, ex artículos 6.2 *in fine*, 12.3.e), 13.2.e) y 17.7 LOE —en su defecto, la terminación de obra puede acreditarse por

(58) Cfr. SSTs de 26 de noviembre de 1956, 28 de junio de 1958, 6 de marzo de 1963, 17 de diciembre de 1964, 25 de noviembre de 1966, 20 de marzo de 1981, 8 de abril de 1983, 5 de julio de 1996, y 22 de marzo de 1997.

(59) Cfr. STS de 13 de mayo de 1983.

(60) A mi juicio, respecto de terceros (vgr., entidades aseguradoras o sucesivos adquirentes) la recepción tácita que juega a los efectos del artículo 6.5 LOE es única y exclusivamente la del artículo 6.4 LOE, en virtud del artículo 6.5 LOE que se remite a aquél. De la misma opinión parece ser GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 152.

cualquiera de los medios enumerados en el art. 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—. Asimismo, se hará constar en el acta de «recepción unilateral» el valor total de la obra, de conformidad con el artículo 6.2 LOE.

La «recepción unilateral» expresa puede tener lugar por imposibilidad material de localización del constructor o, en su caso, del promotor/autopromotor y del constructor a fin de que se suscriba el acta de recepción de la obra de conformidad con el artículo 6.1 y 2 LOE en relación con los artículos 9.2.c) y 11.2.f) LOE (y en defecto, obviamente, de la recepción bilateral tácita del art. 6.4 LOE) (61).

VII. EL RECHAZO DE LA RECEPCION DE LA OBRA

El rechazo de la recepción de la obra se puede definir como la declaración de voluntad por cuya virtud el promotor formula un **juicio negativo** manifestando su **disconformidad con la obra** y, en consecuencia, no acepta su recepción por considerar que la obra **no está terminada o que no se adecúa a las condiciones contractuales**.

Así se puede desprender del artículo 6.3 LOE, que contempla el derecho del promotor a rechazar la recepción de la obra por los motivos expuestos en dicho precepto. En todo caso, el rechazo deberá ser motivado por escrito en un acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción, ex artículo 6.3 *in fine* LOE.

No cabe el rechazo de la recepción de la obra cuando presente vicios o defectos de construcción considerados menores, o sea, los relativos a elementos de terminación o acabado de la obra del artículo 11.1.b), segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE. En estos casos sólo procede la recepción de la obra con reservas (62).

Lógicamente, el constructor podrá oponerse a la decisión del promotor rechazando la recepción de la obra, al considerar que no es justificada. En tal

(61) La imposibilidad material de localización puede ser debida al desconocimiento de los obligados a suscribir el acta de recepción de la obra del artículo 6.1 y 2 LOE —lo que le puede suceder al tercer adquirente del inmueble edificado cuya obra nueva construida no fue declarada por el promotor/autopromotor— o a su desaparición del mercado inmobiliario, pudiendo constituir un dificultoso *iter* diabólico la determinación y localización de sus sucesores.

(62) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711, 2712 y 2725; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 165, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, págs. 66 y 76. En nuestra jurisprudencia (SSTS de 17 de abril de 1976, 30 de enero de 1992 y 8 de junio de 1996) el rechazo de la recepción de la obra por un incumplimiento que carezca de importancia está en contra de la buena fe contractual (art. 1.258 del Código Civil), máxime cuando la LOE admite expresamente la recepción con reservas. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 77.

caso, se hará constar así en el acta. La obra no será aceptada, por lo que tendrá que resolverse la cuestión en el proceso civil correspondiente (63).

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE EDIFICACION

El régimen o ámbito de responsabilidad de los agentes de la edificación, dimanante de las obligaciones asumidas por los mismos, es triple según su origen:

A) LA CONTRAVENCIÓN DE LO PACTADO ENTRE LAS PARTES

Este incumplimiento, sea o no productor de daños, genera una **responsabilidad** estrictamente **contractual** *inter partes* —constructor frente al promotor o promotor/vendedor frente al comprador—. Y la LOE ha querido mantenerse al margen de esta responsabilidad, tal y como expresamente se desprende del artículo 17.1 *ab initio* en concordancia con el artículo 18.1 *in fine* LOE.

Ello es coherente porque la contravención de lo estipulado contractualmente se considera como un incumplimiento contractual, aunque no produzca como resultado un daño material. La lógica de este razonamiento reside en que, aunque cualquier daño puede considerarse como un incumplimiento contractual, no todos los incumplimientos contractuales son daños. El supuesto más común sería, como argumenta GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (64), la discordancia entre las calidades pactadas y las finalmente ejecutadas (hay incumplimiento aunque no existan desperfectos o daños materiales).

Por eso, esta responsabilidad tiene su fundamento jurídico no en la LOE sino en los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil, siendo una **aplicación general** del régimen de **responsabilidad contractual**, con el plazo general de prescripción de la acción indemnizatoria del artículo 1.964 del Código Civil.

B) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR DEFECTOS O VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA EX ARTÍCULOS 1.484 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL

La responsabilidad de saneamiento por los defectos o vicios ocultos de la cosa vendida, que actúa *inter partes* —promotor/vendedor frente al comprador—, aparece regulada por el artículo 17.9 LOE, a cuyo tenor:

(63) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 77.

(64) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2705 y 2706.

«Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa».

Esta responsabilidad es una **aplicación particular y especial** del régimen de **responsabilidad contractual** de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil, con un plazo de prescripción de la acción indemnizatoria especial y breve ex artículo 1.490 del Código Civil.

C) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR UNA PRESTACIÓN DEFECTUOSA

Este incumplimiento genera, cuasi *erga omnes* (o sea, entre las partes contratantes y también frente a los sucesivos terceros adquirentes), una **responsabilidad objetiva legal o ex lege** (65).

Dicha responsabilidad, también llamada **especial** o **sui generis**, está prevista, actualmente, según el ámbito de aplicación respectivo, en el **artículo 17.1 LOE** y en el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, que estimo vigente, como se examinará en el siguiente epígrafe.

La responsabilidad a que hace referencia el artículo 17.1 LOE, y que se concreta y desarrolla en cuanto a su imputación por los apartados 2 a 7 del mentado precepto y demás concordantes de la LOE, es la que va a ser objeto de nuestro examen particularizado.

Pues bien, como cuestión previa al estudio de la responsabilidad legal o *ex lege* del artículo 17 LOE, aclara GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (66), que la LOE ha recogido únicamente los **daños materiales** causados en el edificio, **silenciando otros daños**: corporales, patrimoniales, morales, etc. (por no terminación de la obra o por retraso en la misma; lucro cesante; el daño a bienes muebles del edificio; los costes de desplazamiento o cambio de domicilio; el daño moral por las molestias soportadas; el coste del alquiler sustitutivo mientras duran las obras de reparación; el mayor coste de la vivienda que se debe adquirir como consecuencia de los defectos constructivos de la primera, etc.).

(65) En opinión de GARCÍA CONESA, ANTONIO, la responsabilidad que establece la LOE no es una responsabilidad contractual pura, que la misma LOE excepciona, ni propia extracontractual, sino legal o *ex lege* basada en el quebranto de la *lex artis*. GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, págs. 44 y 45.

(66) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2706.

Según el citado autor es comprensible la **exclusión de este tipo de daños** en el ámbito de las **garantías** para reducir su coste (cfr. art. 19 LOE), pero **es del todo incomprensible en materia de responsabilidad** (cfr. art. 17 LOE). Surge así la duda de saber si los **daños no materiales** entran dentro del régimen jurídico de la LOE.

GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, entiende que cuando el perjudicado tenga la condición de **consumidor**, el régimen jurídico aplicable para los daños no materiales es el establecido en la LOE, ya que esta norma es una aportación más a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios —en adelante LGDCU— (según la E. de M., 4.º párrafo, LOE) y no tiene sentido una interpretación restrictiva (excluyendo daños no materiales). Además, añade dicho autor que la LGDCU, en su artículo 2.1.c), proclama como derecho básico del consumidor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (sin distinción de daños). Fuera del ámbito del Derecho de Consumo —daños no materiales ocasionados al promotor—, los daños no materiales se englobarían también, en opinión del citado autor, en el régimen jurídico de la LOE, dado el carácter accesorio que revisten los daños no materiales respecto de los daños materiales; ello sin perjuicio del posible ejercicio de las acciones dimanantes del régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil.

Por su parte, CORDERO LOBATO, ENCARNA (67), considera que los daños no cubiertos por la LOE se encuadran en el régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes y 1.124 del Código Civil. Pero reconoce la incongruencia derivada del plazo de prescripción de la acción de indemnización por los daños no materiales (quince años, según el art. 1.964 del Código Civil) en relación con el plazo de prescripción de la acción de indemnización por los daños materiales, posiblemente más importantes —por ejemplo, el coste de reparación material del edificio—, objeto de la OE (dos años, según el art. 18.1 LOE).

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (68), estima que a los daños no materiales, no contemplados en el artículo 17.1 LOE, se les aplica el régimen general de la responsabilidad contractual.

GARCÍA CONESA, ANTONIO (69), parece ser de la opinión de que el régimen de la LOE alcanza a los daños y perjuicios que traen causa **inmediata** en el edificio y sólo de manera **mediata** puede afectar a bienes muebles o generar indemnización por daños corporales a personas físicas u otros efectos distintos.

(67) CORDERO LOBATO, ENCARNA, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, págs. 306, 350 y 351.

(68) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en «Los perfiles...», obra citada, pág. 79.

(69) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 49.

En mi opinión, los daños no materiales entran dentro del ámbito de la LOE a los efectos de **responsabilidad** en todo caso y sin perjuicio del régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil, pero no a los efectos de las **garantías o seguros obligatorios**, salvo pacto en contrario ex artículo 19.9.º; LOE (70).

Por último, hay que resaltar que la responsabilidad legal o *ex lege*, que actúa cuasi *erga omnes* en el sentido expresado, se entiende sin perjuicio de la **responsabilidad estrictamente contractual** (regida por la normativa del Código Civil), que actúa *inter partes* y a que se ha hecho referencia en los dos apartados anteriores A) y B) del presente epígrafe.

Y respecto de los daños patrimoniales sufridos por **terceros extraños** sin relación alguna con el propietario del inmueble o sus contratistas (v.gr., transeúnte que resulta lesionado por el desprendimiento de una cornisa), aunque el daño tenga su origen en un defecto de la construcción y haya tenido lugar dentro de los plazos que establece el artículo 17.1 LOE, la responsabilidad patrimonial está sujeta al régimen general de la **responsabilidad extracontractual** del artículo 1.902 del Código Civil: el tercero dirigirá la acción normalmente frente al propietario del inmueble, si bien éste podrá repetir, en su caso, frente al responsable o responsables (71).

IX. EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DAÑOS MATERIALES DEL ARTICULO 17 LOE. EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL

Expuesto el ámbito de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, vamos a centrar nuestro estudio en el régimen de la responsabilidad civil derivada de los daños materiales a que se refiere el artículo 17 LOE.

La LOE regula el proceso de edificación fijando las obligaciones de los agentes que intervienen en el mismo para así establecer sus responsabilidades civiles por los **daños materiales** causados en el edificio a que se refiere el artículo 17 LOE.

(70) Con anterioridad a la LOE, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimó indemnizables estos daños por la vía del artículo 1.591 del Código Civil y su conexión con el artículo 1.101 de dicho Cuerpo Legal, fundándose en que el artículo 1.591 del Código Civil establece que deben ser indemnizados los **daños y perjuicios** causados por la ruina. Cfr. STS de 27 de abril de 1984.

(71) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. Primera edición, enero 2000, págs. 442 y 443.

A) DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES

El artículo 17.1 LOE sanciona **tres tipos de daños materiales** utilizando para ello dos criterios de delimitación de los daños indemnizables:

- El **tipo de vicio o defecto** causante del daño.
- Y el **tiempo de producción del daño**, estableciendo tres plazos diversos y respectivos de responsabilidad o garantía en función de la naturaleza o tipo del daño, contados desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Los **daños materiales** indemnizables conforme a la LOE son los siguientes:

1. *Los daños materiales que afectan a la seguridad estructural.*
2. *Los daños materiales que afectan a la habitabilidad.*
3. *Y, por último, los daños materiales que afectan a la terminación o acabado.*

B) LOS PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD CIVIL

Los **plazos de garantía o responsabilidad civil**, derivada de los expresados daños materiales, son los siguientes:

1. *Diez años* por los daños materiales que afecten a lo que la Exposición de Motivos de la Ley denomina **seguridad estructural**, esto es, los vicios o defectos que afecten al edificio o partes del mismo tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la **resistencia mecánica y la estabilidad del edificio**, ex artículos 3.1.b) y 17.1.a) LOE (72).
2. *Tres años* por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos (73) o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de **habitabilidad**, esto es, los enumerados en el artículo 3.1.c) LOE, relativos a la higiene, ruidos, ahorro

(72) Así pues, no todos los daños materiales producidos por defectos que afecten a los elementos estructurales dan lugar a responsabilidad, sino únicamente los que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

(73) Aquí ya no son elementos estructurales, como en el artículo 17.1.a) LOE, sino los restantes elementos constructivos no estructurales. GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 46.

de energía, etc..., y otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio, ex artículo 11.1.b), primer apartado, LOE (74).

3. Y **un año** por los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de ejecución que afecten a la **terminación o acabado**, ex artículo 17.1.b), segundo apartado, LOE.

C) LA RESPONSABILIDAD PASIVA

En cuanto a las **personas responsables**, el artículo 17.1 LOE habla, en términos generales, de las **personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación**, y el artículo 11.1.b), segundo apartado LOE, alude únicamente al **constructor**, al referirse a la responsabilidad de un año por los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de **terminación o acabado**.

Particularizando la responsabilidad, la Ley, en su Exposición de Motivos, apartado 4, párrafo primero, y en el artículo 17.2, consagra el principio básico de **responsabilidad individualizada** de los agentes intervinientes en el proceso de edificación (recogiendo así reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo —cfr. sentencias de 12 de junio de 1987 y de 16 de marzo de 1995—). En este sentido reza el artículo 17.2 LOE:

«2. La responsabilidad civil será exigible en **forma personal e individualizada**, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder».

Este principio **quiebra** solamente: a) cuando no puedan individualizarse las responsabilidades de los agentes intervinientes —o sea, cuando no sea posible deslindar con claridad la responsabilidad individual de cada responsable—, o b) cuando no puedan cuantificarse las responsabilidades —o sea, cuando no sean determinables las respectivas cuotas de contribución a la causa del daño—, de forma que en estos casos regirá el principio de **responsabilidad solidaria** de los agentes intervinientes (75). Esto es lo que ha venido denominándose **solidaridad impropia**.

(74) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 467, considera que, aunque el artículo 11.1.b), primer apartado LOE, sólo habla de elementos **constructivos e instalaciones**, los vicios o defectos en los **elementos estructurales** que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de **habitabilidad** darán lugar a responsabilidad si aparecen dentro del plazo de tres años —art. 11.1.b), primer apartado, LOE— siguientes a la recepción de la obra.

(75) Esta responsabilidad solidaria de los distintos agentes que intervienen en la edificación fue sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. sentencias de 17 de febrero de 1986, 28 de enero de 1994, 6 de marzo de 1999, y 23 de marzo de 1999).

Así se desprende de la Exposición de Motivos, apartado 4, párrafo segundo, y del artículo 17.3 LOE, que establece:

«3. *No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá **solidariamente...***»

Sin embargo, como precisa GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (76), para el **promotor** desaparece la solidaridad impropia, pues añade el artículo 17.3 LOE:

«...En **todo caso**, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción».

La expresión «en todo caso», que utiliza dicho precepto, justifica, en opinión de GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, una **verdadera solidaridad del promotor**.

Ahora bien, hay que tener presente que la regulación de la responsabilidad pasiva se complementa con la norma procesal de la Disposición Adicional Séptima LOE, que ha facilitado al promotor (principal destinatario de las reclamaciones, al ser responsable solidario) la «llamada en garantía» que permite traer al proceso a otros agentes intervinientes:

«*Solicitud de la demanda de notificación a otros agentes.*»

Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la **demanda**, que ésta se **notifique a otro u otros agentes** que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

Por su parte, los apartados 5 a 7 del artículo 17 LOE desarrollan y concretan la responsabilidad civil del proyectista, del constructor, del director de obra y del director de la ejecución de la obra. Pero estos apartados hay que ponerlos en relación con los demás preceptos concordantes de la LOE que regulan la responsabilidad civil de todos los agentes partícipes o intervinientes en el proceso de la edificación.

(76) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2703.

D) LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El artículo 17.8 LOE determina unas causas de exoneración de responsabilidad, al decir:

«8. Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por **caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño**».

En cuanto a la exoneración de responsabilidad, la doctrina discute si la recepción de la obra con **vicios o defectos aparentes o manifiestos** que no hayan sido objeto de reserva por parte del promotor exonera de responsabilidad por los mismos.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (77), se inclina por la liberación o exoneración de responsabilidad del constructor frente al promotor y los sucesivos adquirentes, argumentando la aplicación del artículo 1.484 del Código Civil.

CORDERO LOBATO, ENCARNA, opina que la recepción de la obra con vicios o defectos aparentes y sin reservas sólo tiene efectos liberatorios del constructor frente al promotor/autopromotor, pero no frente a los terceros adquirentes, pues la responsabilidad del artículo 17 LOE es una garantía de origen legal que no está establecida sólo en beneficio del promotor/autopromotor sino también de los sucesivos adquirentes del inmueble (78).

E) LA RESPONSABILIDAD ACTIVA

Activamente pueden exigir responsabilidad conforme al artículo 17.1 LOE **«los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división...»**.

(77) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en «Los perfiles...», obra citada, pág. 72.

(78) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 310. En igual sentido se manifiestan CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO en *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. Madrid, 2000, págs. 282 y 283; MARTÍNEZ MÁS, F., en *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, pág. 93; MERCHÁN GABALDÓN, en *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, págs. 293 y 294; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 214 y 215, y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 183.

F) EL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.591 del Código Civil, en sus párrafos primero y segundo, respectivamente, sanciona una **doble responsabilidad** del contratista (79):

1. **Por una parte, la responsabilidad objetiva legal o «ex lege», también llamada especial o «sui generis», por ruina del edificio** (comprendiendo dentro de ella no sólo la ruina física o material, sino también la ruina potencial, funcional y estética, según el concepto que de ruina ha ido elaborando el Tribunal Supremo) con la extrapolación contractual y consiguiente extensión objetiva protectora que para el tercer adquirente viene predicando el Tribunal Supremo acerca del primer párrafo del artículo 1.591 del Código Civil, a pesar de su ubicación sistemática dentro de dicho Cuerpo legal (80).

2. **Y, por otra parte, la responsabilidad ordinaria derivada del incumplimiento de las condiciones del contrato**, en virtud del régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil.

a) Con respecto al artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, la no derogación expresa de dicho precepto por la Disposición Derogatoria Primera LOE ha suscitado un **debate doctrinal** sobre su **persistencia en nuestro Ordenamiento jurídico**, con la consiguiente inseguridad de si existe una duplicidad de sistemas de garantía o responsabilidad y prescripción: el del artículo 1.591, párrafo primero, en relación con el artículo 1.964 del Código Civil, y el del nuevo orden instaurado por la LOE, compatibles ambos, incluso, entre sí.

Prescindiendo de las teorías doctrinales vertidas al respecto, por exceder del cometido del presente trabajo, me limitaré a decir que, a mi juicio, hay que considerar vigente el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil,

(79) Aparte la responsabilidad del arquitecto por vicios ruinógenos del suelo o de la dirección, recogida en el párrafo primero del artículo 1.591 del Código Civil.

(80) Esta responsabilidad también se predica del promotor/transmitente frente al adquirente, siguiendo el principio interpretativo del Tribunal Supremo, según el cual cuando en el artículo 1.591 del Código Civil se utiliza la expresión «contratista» debe leerse, además, «promotor» (cfr. SSTs de 10 de diciembre de 1984, 25 de febrero de 1985, y 1 de marzo de 1985). Ello es así porque el promotor/transmitente, en su calidad de comitente, ha encargado y, en consecuencia, ha producido mediatamente una *res nova* —obra nueva o edificación— y de forma directa o indirecta ha creado los vicios. Por consiguiente, si su voluntad ha colaborado en la existencia de los vicios, esto genera en él la responsabilidad del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, sujetándose, por tanto, al mismo estatuto jurídico de responsabilidad que el constructor o contratista. GARCÍA CONESA, ANTONIO, *Derecho de la construcción*. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 422, 452 y 453.

al menos para los **supuestos excluidos del ámbito de aplicación temporal y material de la LOE**.

Y así, el antiguo orden, para el que rige el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, se aplica, por un lado, a los edificios construidos en el espacio **temporal** de su vigencia, en virtud de la Disposición Transitoria Primera LOE *a sensu contrario*, y, por otro lado, a las obras —**aunque** sean residuales por su escasa **enjundia**— no incluidas en el ámbito de aplicación **material** de la LOE, conforme al artículo 2 de dicha Ley (81).

Finalmente, el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, también puede servir como norma de aplicación en la hipótesis de «**recepción unilateral**» de la obra, a los efectos de tomar en consideración la **fecha de la terminación de la obra** en orden a la **determinación** del momento inicial del **cómputo** de los **plazos de garantía o responsabilidad** del artículo 17.1 LOE, como se va a examinar en el siguiente epígrafe.

b) Y con respecto al *artículo 1.591, párrafo segundo, del Código Civil*, hay que estimarlo vigente, si bien, como dice CORDERO LOBATO, ENCARNA (82), se trata de un **precepto redundante**, ya que se limita a establecer que la acción de indemnización durará quince años si la ruina fuere debida a la falta del contratista a las condiciones del contrato; norma que es perfectamente ociosa pues aunque no existiera regiría el mismo plazo **prescriptivo** en virtud del artículo 1.964 del Código Civil.

X. EL INICIO DEL COMPUTO DE LOS PLAZOS DE GARANTIA O RESPONSABILIDAD COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCION DE LA OBRA. SU PARTICULARIDAD EN LA «RECEPCION UNILATERAL»

A) RECEPCIÓN BILATERAL

En la recepción bilateral, los diferentes plazos de responsabilidad ya expuestos (uno, tres y diez años) en función de los respectivos tipos de daños que pueden aparecer en los edificios, se cuentan **desde la fecha de recepción**

(81) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, págs. 668 y 669, entienden que el artículo 1.591 del Código Civil y la jurisprudencia sobre «ruina funcional» podrá abarcar también a daños y vicios de habitabilidad o defectos constructivos conocidos por el perjudicado entre los tres y diez años desde la finalización de la construcción, y que no se puede asegurar de dónde proceden en su origen, de modo que no tengan fácil encaje en los daños de aparición a los tres años, según la LOE.

(82) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 351.

de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, ex artículo 17.1 en relación con el artículo 6.5 LOE (83).

Con ello, observa GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (84), se ha puesto fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal que había nacido por la difícil interpretación del cómputo del plazo decenal del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil: «*desde que concluyó la construcción*». Con la LOE, el cómputo se inicia desde la fecha en que se suscriba el acta de **recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas** o cuando se entienda tácitamente producida la recepción conforme a lo ya expresado *ut supra* (o sea, desde la recepción expresa o tácita).

B) «RECEPCIÓN UNILATERAL»

En la llamada «recepción unilateral», en defecto y por imposibilidad material de la recepción bilateral del artículo 6 LOE, se plantea el espinoso problema de la determinación del momento inicial del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía del artículo 17.1 en relación con los artículos 19.1 y 6.5 LOE.

Sabido es, como se acaba de exponer, que en la recepción bilateral del artículo 6 LOE, el momento inicial del cómputo de los diferentes plazos de responsabilidad y garantía por los diversos daños materiales sancionados por el artículo 17.1 LOE es el de la recepción de la obra sin reservas o el de la subsanación documentada de éstas, ex artículo 17.1 LOE en relación con los artículos 19.1 y 6.5 LOE.

Ahora bien, en la «recepción unilateral» no parece razonable adoptar el mismo criterio, ya que el apartado 2 *in fine* de la E. de M. LOE, señala que se regula —en el art. 6 LOE— el acta de recepción de la obra —**bilateral** y, por extensión, la recepción tácita de la obra del art. 6.4 LOE—, dada la importancia que tiene en relación con el inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en la Ley.

Por ello, respecto de las obras recepcionadas «unilateralmente», por adolecer de falta e imposibilidad material de la recepción bilateral del artículo 6

(83) En la medida que los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal del artículo 17.1 LOE son de orden público, las partes no pueden hacer remontar las garantías legales a una fecha anterior a la recepción. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 71. Por otra parte, en la recepción parcial o por fases (art. 6.1 LOE) el *dies a quo* de los diferentes plazos de responsabilidad del artículo 17.1 LOE es único: el momento de la recepción total (o el de la última recepción parcial), pues uno sólo es el plazo al que se refiere el artículo 6.5 LOE. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 63.

(84) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2709.

LOE, y en orden a la cuestión expresada, pueden esbozarse dos criterios interpretativos posibles:

1. **Un primer criterio** es el de que la obra recepcionada «unilateralmente», aunque se acoja al **nuevo orden** de la LOE a los efectos de la suscripción de las **garantías obligatorias** del artículo 19 LOE (85), **se autoexcluye** forzosamente del **nuevo orden** de la LOE frente a **los agentes intervinientes en el proceso de la edificación** a los efectos exclusivos de: a) los plazos de garantía o responsabilidad, b) su cómputo, y c) los plazos de prescripción de las acciones indemnizatorias frente a dichos agentes.

Siendo ello así, desde la perspectiva de este criterio, habrá que distinguir **dos espacios jurídicos coexistentes**: a) el de la **responsabilidad de los agentes del proceso de la edificación** del artículo 17 LOE, y b) el de la **garantía** representada, por regla general, por los **seguros** del artículo 19 LOE, gozando, en consecuencia, el perjudicado —por los vicios o defectos de la edificación— de la iniciativa en la elección del frente de reclamación:

- a) *Respecto de la entidad aseguradora*, habrá unos plazos de cobertura de la garantía, en función de los tipos de daños asegurados, ex artículo 19.1 LOE, a contar desde la fecha de la recepción «unilateral» de la obra (86) (en virtud de la relación contractual surgida del contrato de seguro) (87) y, en consecuencia, un plazo de prescripción de la acción reclamatoria de la reparación o indemnización del daño.

(85) Cuestión distinta será que la entidad aseguradora se niegue a concertar el contrato de seguro sobre un edificio ya construido, entre otras razones, por no haber hecho un **seguimiento técnico** de la obra, o bien que exija el pago de primas muy elevadas por dicho contrato por la posible merma de su eventual derecho de subrogación que le reconoce el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y el artículo 18.2 LOE (caso de producirse el siniestro y pagada la indemnización al perjudicado) ante la hipotética indeterminación *ab initio* de todos o de algunos de los agentes del proceso de edificación. En definitiva, las dificultades u obstáculos para contratar el seguro pueden ser grandes porque las entidades aseguradoras, antes de cubrir los riesgos, deben contar con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asiente el edificio, así como supervisar la idoneidad del proyecto y sobre todo controlar la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. Todo ello puede conllevar la inviabilidad práctica, en determinados casos, de la «recepción unilateral» de la obra a los efectos de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE.

(86) El *dies a quo* para el inicio de la cobertura de los daños por los seguros previstos en el artículo 19 LOE será, pues, el de la fecha de la «recepción unilateral» de la obra.

(87) La pretensión del asegurado perjudicado frente a la entidad aseguradora proviene del contrato, del cual es parte, y no de la acción directa que, como dañado, pueda corresponderle frente al asegurador de responsabilidad civil. CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 380.

Este plazo de prescripción de la acción ya no será el de quince años del artículo 1.964 del Código Civil sino el de dos años del artículo 18.1 LOE.

- b) *Y respecto de los agentes intervinientes en el proceso de la edificación*, regirá, **por aplicación directa**, el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, vigente porque no ha sido derogado, en relación con el artículo 1.964 de dicho Cuerpo Legal, con la extrapolación contractual y consiguiente extensión objetiva protectora que para el tercer adquirente viene predicando el Tribunal Supremo acerca del primer párrafo del artículo 1.591 del Código Civil (88), a pesar de su ubicación sistemática dentro de dicho Cuerpo legal.

Quiere esto decir respecto de los agentes del proceso de la edificación:

- Que el plazo de responsabilidad de dichos agentes del proceso de la edificación será el decenal del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil.
- Que el momento inicial del cómputo del plazo de responsabilidad será el de la fecha de terminación de la obra, acreditada por el certificado final de obra suscrito por el director de obra y por el director de la ejecución de la obra o, en su defecto, por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU. Siendo ello así, la «recepción unilateral» retrotraería sus efectos al exclusivo objeto que estamos estudiando, a la fecha de la terminación de la obra (89).
- Y que el plazo de prescripción de la acción reclamatoria o indemnizatoria será el de quince años del artículo 1.591, párrafo segundo, en relación con el artículo 1.964 del Código Civil.

2. *Y el segundo criterio* es el de apreciar que en la «recepción unilateral»: a) el *dies a quo* de **inicio de la cobertura de los daños por las garantías o seguros** previstos en el artículo 19 LOE, **respecto del asegurador, y b) el inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad** previstos en el artículo 17.1 LOE, **respecto de los agentes del proceso de la edificación**, viene determinado, en ambos casos, y **por aplicación analógica** del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, por la **fecha de terminación de**

(88) Entre otras, SSTs de 3 de octubre de 1979, 28 de junio de 1982, 22 de abril de 1988, 17 de mayo de 1988, 25 de noviembre de 1988, 9 de junio de 1989, 22 de junio de 1990, 17 de julio de 1990, 3 de febrero de 1995, 27 de marzo de 1995, 27 de abril de 1995, y 6 de febrero de 1997.

(89) El *dies a quo* para el inicio del plazo de responsabilidad será, pues, el de la fecha de la terminación de la obra.

la obra, acreditada por el certificado final de obra suscrito por el director de obra y por el director de la ejecución de la obra o, en su defecto, por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU. En consecuencia, el acta de «recepción unilateral» de la obra retrotraería sus efectos a la fecha de la terminación de la obra, al exclusivo objeto que estamos examinando.

Reconociendo la vidriosidad de la cuestión planteada, la dejo abierta al querido lector a fin de que sea contrastada, debatida y contestada.

En cualquier caso, estimar la tesis de que la falta e imposibilidad material de la recepción bilateral del artículo 6 LOE conlleva inexorablemente la no iniciación del cómputo de los plazos de responsabilidad legal o *ex lege* de los agentes del proceso de edificación, argumentando la literalidad del artículo 17.1 LOE en relación con el artículo 6.5 LOE y el apartado 2 *in fine* de la E. de M. LOE, puede conducir al absurdo, con las perniciosas consecuencias que acarrearía para los subadquirentes perjudicados la omisión de la formalidad legal (pues su defensa quedaría circunscrita, aparte el derecho que les reconoce el art. 19.7 LOE, que puede resultar ilusorio, al ámbito del régimen general de la responsabilidad contractual de los arts. 1.091, 1.101 y sigs. y 1.124 del Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación particular del régimen de saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida de los arts. 1.484 y sigs. del Código Civil).

Por último, hay que resaltar que la problemática referida constituye un argumento más acerca de la conveniencia —yo diría **necesidad**— de acogerse en toda su extensión al **nuevo orden** que nace con y por la **LOE**, con su **nueva concepción de la edificación**, dado que el legislador es consciente de la enorme importancia jurídica que tiene la recepción de la obra conforme al artículo 6 LOE en el proceso de la edificación, tal como resulta del apartado 2 *in fine* de la E. de M. LOE.

Para ello, se requiere una **concienciación sociológica** superadora del clásico concepto de edificación e integradora del **nuevo orden** que establece la Ley con el fin de fomentar la **calidad de los edificios**.

XI. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EN LA RECEPCIÓN BILATERAL. EL *DIES A QUO*

A) PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS DE DAÑOS

En el estudio de esta cuestión es fundamental distinguir claramente, como lo hace GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL (90):

(90) GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1521.

1. *Por un lado, los plazos de garantía o responsabilidad* que se establecen en períodos de uno, tres y diez años, respectivamente, en función de los tipos de daños que pueden aparecer en la edificación (contados desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, ex arts. 17.1 y 6.5 LOE).

2. *Y, por otro lado, el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias, ex artículo 18.1 LOE:*

- a) *Los plazos de garantía o responsabilidad* son aquellos durante los cuales deben **forzosa y necesariamente** producirse o tener lugar los daños respectivos del artículo 17.1 LOE para poder reclamar conforme al artículo 18.1 LOE (91).
- b) *Y el plazo de prescripción de la acción de reclamación* por dichos daños es aquél durante el cual puede reclamarse indemnización por el daño producido, y **desde su fecha**. Dicho plazo de prescripción es de dos años en virtud del artículo 18.1 LOE, que establece:

«1. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual» (92).

De la aludida distinción se hace eco el Tribunal Supremo en sentencias de 11 de octubre de 1974 y 15 de octubre de 1990.

Pues bien, de todo ello se pueden extraer dos consideraciones:

- Por una parte, si los diversos tipos de daños se producen dentro de los plazos respectivos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE (contados desde la fecha de la recepción de la obra), puede ejercitarse la acción de reclamación de daños del artículo 18.1 LOE, en los términos de dicho precepto, sin perjuicio, por un lado, del régimen general de responsabilidad estrictamente contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil, con el plazo general de prescripción de la acción indemnizatoria del artículo 1.964 del Código Civil, y, por otro lado, en su caso, del régimen particular

(91) Estos plazos no admiten interrupción ni suspensión.

(92) El plazo de dos años es aplicable tanto a las reclamaciones que se formulen contra los agentes partícipes en la edificación, como frente a la entidad aseguradora del artículo 19 LOE. CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 356, y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio 2001, pág. 275.

- de saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, con el breve plazo de garantía y, a la vez, de prescripción de la acción indemnizatoria que señala el artículo 1.490 del Código Civil. Ello porque el régimen especial de la LOE se aplica sin perjuicio de las responsabilidades contractuales del Código Civil, ex artículos 17.1 *ab initio*; 17.9 y 18.1 *in fine* LOE. Aparte, puede entrar en juego, en su caso, la obligación de responder personalmente el obligado a suscribir las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 19.7 LOE.
- Y, por otra parte, si los diversos tipos de daños se producen una vez transcurridos los plazos respectivos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE, no podrá ejercitarse la acción de reclamación del artículo 18.1 LOE ni podrá exigirse tampoco su resarcimiento con arreglo al régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil por haber desaparecido —o, lo que es igual, por haber dejado de producir sus efectos— las garantías legales del artículo 17.1 LOE (93). Cabrá, en su caso, el ejercicio de las acciones de saneamiento derivadas del contrato de compraventa por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, como una aplicación particular y especial del régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, ex artículos 17.9 LOE y 1.484 y siguientes del Código Civil.

En cualquier caso, queda, además, a salvo la responsabilidad extracontractual frente a terceros extraños no propietarios, conforme a los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, con el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria que establece el artículo 1.968.2.º del Código Civil.

B) **EL *DIES A QUO* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DEL ARTÍCULO 18.1 LOE**

Como según el artículo 18.1 LOE: «*las acciones para exigir la responsabilidad... prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños...*», se plantea el problema singular del momento inicial del cómputo del plazo bienal, debido a la expresión «se produzcan» que utiliza el artículo 18.1 LOE.

(93) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 79. El transcurso de los plazos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE es causa de extinción de responsabilidad por los vicios o defectos mencionados en el artículo 17.1 LOE. CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 345.

Pues bien, dice CORDERO LOBATO, ENCARNA (94), que con relación al artículo 1.591 del Código Civil, el Tribunal Supremo siempre entendió que, de acuerdo con la teoría de la *actio nata* proclamada en el artículo 1.969 del Código Civil, el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción, o sea, el momento en que la «acción pudo ejercitarse» nunca podía ser anterior al momento en que los indicios de ruina se manifestaron/detectaron/hicieron patentes (95) o, más claramente, cuando el perjudicado tuvo conocimiento de la aparición de los vicios ruinógenos (96). Esta es, por lo demás, la doctrina habitual del artículo 1.969 del Código Civil.

Siendo ello así, surge la cuestión de si la regla del artículo 18.1 LOE ha afectado a la jurisprudencia tradicional sobre el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños.

En opinión de CORDERO LOBATO, ENCARNA (97), hay que partir de dos premisas básicas:

- Por una parte, que el plazo de prescripción no puede empezar a computarse antes de que la acción pueda ejercitarse (cfr. art. 1.969 del Código Civil).
- Y, por otra parte, que, según la jurisprudencia citada sobre el artículo 1.969 del Código Civil, la acción no puede ejercitarse hasta que es **objetivamente posible** que el perjudicado conozca el daño, pues otra solución colocaría en situación de indefensión a los perjudicados.

Por eso, para la citada autora el daño no se produce (art. 18.1 LOE) antes de que sea **objetivamente posible** que el perjudicado lo conozca. Basta, pues, que, objetivamente, el perjudicado pueda tener conocimiento del daño.

Por su parte, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (98), estima que a pesar de la desafortunada redacción del artículo 18.1 LOE, no se está modificando el régimen del artículo 1.969 del Código Civil. Para argumentar su opinión se basa en que aunque el término «*produzcan*» es equívoco, uno de sus significados gramaticales es «*exhibir o manifestar uno a la vista y examen aquellas... pruebas que pueden apoyar su justicia...*» (99). De este significado deduce el citado autor que el daño latente no inicia el cómputo de la prescripción, puesto que no se ha manifestado o presentado a la vista del usuario para

(94) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, págs. 356 y 357.

(95) Cfr. SSTs de 19 de septiembre de 1985, 13 de julio de 1987, 4 de diciembre de 1989, 15 de octubre de 1990, 17 de septiembre de 1996 y 29 de diciembre de 1998.

(96) Cfr. STS de 15 de octubre de 1991.

(97) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 357.

(98) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2714 y 2715.

(99) Cfr. sexto significado del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Ed. 21.^a, Espasa, Madrid, 1992, pág. 1186.

apoyar su pretensión. Si el daño producido **se manifiesta o se pone a la vista del usuario**, puede ser conocido y, por tanto, puede ejercitarse la acción independientemente de si lo ignore por circunstancias personales (por ejemplo, ausencias prolongadas). Concluye diciendo que dar una interpretación en sentido contrario vulneraría el derecho básico del consumidor a la protección jurídica y prioritaria que la LGDCU, en su artículo 2, exige a los poderes públicos.

No obstante, y como el mismo autor pone de relieve, hay otras opiniones que ya se han vertido sobre la dificultad que entraña saber cuándo puede conocerse un daño latente, considerando el artículo 18.1 LOE como una novedad que relega la aplicación general del artículo 1.969 del Código Civil (100).

C) LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

El artículo 18.2 LOE regula la **acción de repetición o de regreso** que pueda corresponder: *a)* bien a **cualquiera de los agentes** que intervienen en el proceso de edificación **contra los demás**, o *b)* bien a las **entidades aseguradoras contra ellos**, ex artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, disponiendo que:

«2. La acción de repetición ... prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial».

A pesar del tenor del artículo 18.2 LOE, la acción de repetición o de regreso podrá ejercitarse en el propio pleito entablado por el propietario perjudicado del inmueble, siempre que el titular de la acción la ejercite, de forma eventual, para el caso de ser condenado a cumplir frente al propietario. Así lo entiende CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN (101), apoyándose en la Disposición Adicional Séptima LOE que regula la **«llamada en garantía»**, ya examinada.

(100) LACABA SÁNCHEZ, F. califica como «novedoso y perturbador» el nacimiento de la prescripción de esos dos años en el momento de la producción de los daños (cfr. «Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del art. 1.591 del Código Civil», en *Diario La Ley*, de 20 de enero de 2000, pág. 3). También MORERA I PÉREZ, J. considera «incomprensible» que el breve plazo de prescripción tenga como *dies a quo* aquél en el que se produzcan los daños y no aquél en el que el perjudicado tenga conocimiento del daño causado (cfr. «La Responsabilidad Civil Decenal en el Anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Diario La Ley*, núm. 4.825, de 24 de junio de 1999, pág. 3).

(101) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, págs. 358 y 359.

XII. LA SUSCRIPCION DE LAS GARANTIAS OBLIGATORIAS
DEL ARTICULO 19 LOE POR LOS DAÑOS MATERIALES
DEL ARTICULO 17.1 LOE

Dice GARCÍA CONESA, ANTONIO (102), que la distinción y coexistencia de **dos espacios jurídicos: a)** el de **responsabilidad de los agentes, y b)** el de **garantía de la buena construcción**, suponen una **novedad** de estructura del actual marco legal de la LOE. El primer campo, civil, tiene su germen en el arrendamiento de obra y el de servicios como contratos básicos, y el segundo, mercantil, tiene su germen en el contrato de seguro, en su variante bien de daños materiales o bien de caución y con las exigencias subjetivas, objetivas y mixtas imperativas que contiene el artículo 19 LOE.

Quedando al margen de nuestro estudio la suscripción del **seguro de caución**, reflejado en la Disposición Adicional Primera LOE, sobre la percepción por los promotores o los «gestores» de cooperativas, de comunidades de propietarios u otras figuras análogas de **cantidades anticipadas a cuenta del precio** durante la construcción, seguro que tiene por finalidad la indemnización del incumplimiento del contrato —devolviendo las cantidades entregadas más los intereses legales correspondientes—, vamos a centrarnos en la suscripción de las garantías obligatorias del artículo 19 LOE por los daños materiales del artículo 17.1 LOE.

A) CLASES O TIPOS DE GARANTÍAS

De forma correlativa al **sistema de responsabilidades** ya estudiado, la LOE articula un **sistema de garantías** para hacer eficaz la exigencia de aquellas responsabilidades (103).

Y así, el artículo 19 LOE establece y regula tres tipos de garantías diversas en función de los respectivos tipos de daños materiales regulados en el artículo 17.1 LOE:

1. **El seguro anual**, o sea, el seguro de daños materiales o bien el seguro de caución para garantizar, durante **un** año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de **terminación o acabado de las obras** —o sea, los daños materiales del art. 17.1.b), segundo apartado, LOE—, ex artículo 19.1.a) LOE.

Este seguro puede ser **sustituido** por acuerdo entre el promotor y el constructor por una **retención** hecha por el promotor de un **5 por 100**

(102) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Comentarios...», obra citada, pág. 36.

(103) JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J., en obra citada, pág. 21.

del importe de la ejecución material de la obra —art. 19.1.a) in fine LOE— (104).

2. *El seguro trienal*, o sea, el seguro de daños materiales o bien el seguro de caución para garantizar, durante **tres años**, el resarcimiento de los daños causados por vicios o **defectos de los elementos constructivos** (105) o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los **requisitos de habitabilidad** del artículo 3.1.c) LOE —o sea, los daños materiales del art. 11.1.b), primer apartado, LOE—, ex artículo 19A.b) LOE.

3. *Y el seguro decenal*, o sea, el seguro de daños materiales, o bien el seguro de caución para garantizar, durante **diez años**, la llamada **seguridad estructural** del edificio, es decir, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la **resistencia mecánica y estabilidad del edificio** —o sea, los daños materiales del art. 17.1.a; LOE—, ex artículo 19A.c) LOE.

B) CONDICIONES DE LAS GARANTÍAS O REQUISITOS DE LOS SEGUROS

El artículo 19.2 y 3 LOE señala las distintas condiciones que han de reunir las garantías, con algunas variantes, según se trate de seguros de daños materiales (art. 19.2 LOE) o seguros de caución (art. 19.3 LOE):

1. *Tomador de los seguros:*

La ley distingue según los supuestos:

(104) Observa RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 126 y 127, que si se sustituye la suscripción del seguro por la retención por el promotor de parte del costo de la obra y el promotor enajena las viviendas antes de transcurrir el plazo de un año (contado desde la fecha en que se suscriba el acta de recepción o cuando se entienda tácitamente hecha dicha recepción, ex arts. 6.5 y 17.1 LOE) —o las ha enajenado durante la obra y la entrega a su terminación— los terceros adquirentes quedarán desprovistos de la garantía que implica el seguro y, lógicamente, responderá personalmente frente a los mismos el promotor de la obra, quedando libre el constructor por no haber recibido la cantidad con la que habría de hacer frente a dichos daños, retenida por el promotor. Por ello, añade el citado autor, hubiera sido conveniente establecer que en estos casos el promotor depositase dicho 5 por 100 retenido para hacer frente a los posibles daños que por defectos de terminación de la obra pudiese sufrir el adquirente de la vivienda. De esta crítica también se hace eco GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2717, para quien lo ideal sería que la Ley no hubiera acogido la alternativa de la retención y hubiera exigido el seguro de daños de vigencia anual.

(105) Por ejemplo, de los materiales empleados en la construcción.

- a) *En el seguro de daños materiales o en el de caución anual*, es decir, el que cubre la **responsabilidad por la terminación o acabado de las obras** —art. 19.1.a) LOE—, será tomador del seguro (y, por ello, contratante del mismo) el **constructor**, a quien corresponderá el pago de la prima, ex artículos 19.2.a) y 19.3.a) LOE.
- b) *Y en las otras dos clases de seguros, o sea, en el trienal y en el decenal*, es decir, los que cubren, respectivamente, la **responsabilidad relativa a la habitabilidad** —art. 19.1.b) LOE— o a la **seguridad estructural** del edificio —art. 19.1.c) LOE—, será tomador del seguro el **promotor**, a quien corresponderá el pago de la prima. No obstante, el promotor puede pactar expresamente con el constructor que éste sea el tomador del seguro por cuenta del promotor, ex artículos 19.2.a) y 19.3.a) LOE (106).

2. Asegurados:

También aquí la Ley distingue según los supuestos:

- a) *En los seguros de daños materiales* el asegurado será el **promotor** y los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.2.a) LOE.
- b) *Y en los seguros de caución* los asegurados serán siempre los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.3.a) LOE.

3. Pago de la prima:

En los seguros de daños materiales y en los seguros de caución, **la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra**, ex artículos 19.2.6; y 19.3.a) LOE.

Por otra parte, tanto en los seguros de daños materiales como en los seguros de caución se puede pactar el fraccionamiento del pago de la prima, ex artículos 19.2.b) y 19.3.a) LOE y 14 de la Ley de Contrato de Seguro. Para este supuesto, la primera prima será exigible una vez firmado el contrato de seguro, ex artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro; y, en virtud del artículo 19.2.b) y 19.3.a) LOE, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendi-

(106) En el supuesto de que se produzca este pacto, el seguro lo contratará el constructor, y pagará él mismo las primas, pero repercutiéndolas al promotor en el precio de la obra.

da, ni esté liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía.

En el **seguro de caución**, si se sigue la tesis de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (véase el epígrafe XIII de este trabajo) y siendo coherente con ella, por razón del fundamento teleológico de dicho seguro de caución, cuando se **subordina** el **comienzo material** —o sea, el inicio de la cobertura real— del contrato de seguro al hecho de la **transmisión** de todo o parte del edificio a un tercero —único posible asegurado en el seguro de caución, ex art. 19.3.a) LOE— el promotor (tomador del seguro) no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surge el riesgo, o sea, la posibilidad de siniestro, posibilidad que no puede aparecer hasta la transmisión a un tercero de todo o parte del inmueble. Ello a pesar de lo dispuesto por el artículo 19.3.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE.

En mi opinión, esta tesis podría ser corroborada por los artículos 14 *ab initio* y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro, y el criterio jurisprudencial de la configuración del **seguro de caución**, bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma y atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL (107), los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable.

4. *Importe mínimo del capital asegurado:*

Será distinto para cada clase de seguro:

- a) Un 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra (108), incluidos los honorarios profesionales, para las garantías de los daños materiales que afecten a la *terminación o acabado* de las obras —**seguro anual**—, ex artículo 19.5.a) LOE.
- b) Un 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías de los daños materiales que afecten al incumplimiento de los requisitos de la *habitabilidad* —**seguro trienal**—, ex artículo 19.5.b) LOE.

(107) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390.

(108) Que incluye el beneficio empresarial.

- c) Y un 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías de los daños materiales que afecten a la llamada *seguridad estructural* del edificio —**seguro decenal**—, ex artículo 19.5.c) LOE.

5. *Franquicias:*

- a) Como *regla general* se admite franquicia siempre que la misma no exceda del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral, ex artículo 19.8, segundo apartado, LOE.
Por unidad registral, a efectos del **seguro decenal**, se considera el edificio en su totalidad (109). Pero a efectos de los **seguros anual y trienal**, que todavía no han entrado en vigor, por unidad registral, desde el punto de vista de la práctica hipotecaria, hay que entender cada una de las fincas registrales en que, de ordinario, se divide horizontalmente y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio en cuestión. Ello será objeto de un particular estudio en el epígrafe XIV, E) 1. de este trabajo.
- b) Y, por excepción, no se permiten, en cambio, franquicias en los seguros referentes a los daños materiales que afecten a los elementos de terminación o acabado del artículo 19.1.a) LOE, ex artículo 19.8, primer apartado, LOE, o sea, en el **seguro anual**.

6. *Consecuencias de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE:*

- a) Por una parte, el artículo 19.4 LOE establece:

«4. Una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo».

- b) Y, por otra parte, en el caso de producción del siniestro, el artículo 19.6 LOE establece:

(109) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 675; GARCÍA CONESA, ANTONIO, *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000, pág. 135; el mismo autor en «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000, págs. 322 y 323; y también en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio de 2001, pág. 286.

«6. El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos».

7. Objeto excluido de la cobertura propia de las garantías del artículo 19 LOE:

El ámbito de cobertura propio de las garantías del artículo 19 LOE se circunscribe, en principio, a los **daños materiales de la propia obra** y, por lo tanto, salvo pacto expreso en contrario, no incluye los daños o supuestos expresados en el artículo 19.9 LOE:

- «...a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.
- b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.
- c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.
- d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.
- e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.
- f) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.
- g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.
- h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.
- i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción».

8. Consecuencias de la no suscripción de las garantías del artículo 19 LOE:

El incumplimiento de las normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, para el obligado a contratarlas, la obligación de responder personalmente. La sanción tiene naturaleza y rango imperativo, sin posibilidad de pacto en contrario, pues el artículo 19.7 LOE establece:

«7. El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, **la obligación de responder personalmente el obligado a suscribir las garantías**».

C) LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA LOE

Como ya se ha indicado *ut supra*, las disposiciones de la LOE, en lo referente a la materia objeto de nuestro estudio, serán 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 (Disposición Transitoria Primera LOE).

Por lo tanto, la fecha que juega a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Ley es la fecha de la **solicitud** de la correspondiente **licencia** de edificación y no la fecha de concesión de dicha licencia.

En consecuencia, toda declaración de obra nueva terminada que vaya a otorgarse en base a una licencia de edificación solicitada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (6 de mayo de 2000) —aunque se conceda con posterioridad— no requerirá la constitución con carácter obligatorio de ninguna de las garantías exigidas por la nueva Ley. Cuestión distinta es que, posteriormente a la entrada en vigor de la Ley, haya habido una modificación o alteración del proyecto primitivo, ampliándose o reduciéndose el mismo, solicitándose, en consecuencia, la pertinente licencia de modificación del proyecto a partir del día 6 de mayo de 2000; en este caso, considero que debe aplicarse la LOE (110).

Por último, como en determinadas ocasiones, en la práctica, no constará en el escrito de la concesión de la licencia la fecha de su solicitud, y a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE, como más adelante se examinará, deberá acreditarse dicha fecha ante el Notario y el Registrador de la Propiedad, bien a través del escrito de solicitud de la licencia en que conste la fecha del registro de entrada del Ayuntamiento pertinente o bien mediante certificación del Ayuntamiento al respecto en la que conste la fecha de entrada en el libro-registro municipal de la correspondiente solicitud de su concesión.

D) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA LOE

La Disposición Adicional Segunda LOE establece:

(110) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 655.

«Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción.

Uno. La garantía contra los daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19 para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda».

En consecuencia, conforme a esta disposición, y en tanto en cuanto no se establezca otra cosa mediante los correspondientes Reales Decretos, de momento, sólo es exigible desde la entrada en vigor de la Ley (6 de mayo de 2000) la garantía del seguro decenal, relativa a la seguridad estructural del edificio, del artículo 19.1.c) LOE, y, únicamente, respecto a edificios cuyo destino principal sea la vivienda (sin perjuicio de que en la edificación haya también locales comerciales y/o plazas de aparcamiento).

Para las demás garantías hay que esperar hasta que se exijan mediante los correspondientes Reales Decretos.

XIII. LA FIGURA DE LA AUTOPROMOCION Y LA SUSCRIPCION DE LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 19 LOE

A) EL CONCEPTO DE AUTOPROMOTOR

Junto a la figura del promotor propiamente dicho, que es la persona física o jurídica que, **decidiendo los elementos esenciales** del proceso edificativo, destina la edificación para su **enajenación**, entrega o cesión a terceros, existe la figura del **autopromotor**, considerado como la persona o personas que, **decidiendo** también los **elementos esenciales** del proceso edificatorio, destinan la edificación para **uso propio**.

Así pues, la autopromoción supone reunir en la misma persona a quien determina los elementos esenciales de la promoción (promotor) con quien será el futuro usuario de la edificación (111).

(111) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2695.

B) LA AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL Y LA COLECTIVA

La autopromoción puede realizarse **individual** o **colectivamente** (art. 9.1 LOE):

La forma **colectiva** se lleva a cabo mediante la constitución de **empresas** o **asociaciones** de corte mutualista (bajo el principio mutualista de doble cualidad: socio y usuario; en este caso, promotor-usuario), cuyos máximos exponentes son las cooperativas y las comunidades de propietarios (112).

Ahora bien, puede ocurrir que las figuras de las cooperativas, comunidades de propietarios (a través de sus **condóminos**) y otras análogas no tengan una intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción, bien porque *de facto* realizan dicha intervención decisoria los llamados «gestores» o «entidades gestoras» de cooperativas, comunidades de propietarios u otras figuras análogas, o bien en virtud de la existencia de un mandato irrevocable de los socios de las cooperativas o de los comuneros de las comunidades de propietarios, respectivamente, para que dichos «gestores» efectúen las labores de gestión, administración y promoción (113).

Pues bien, cuando esto sucede las cooperativas, los **condóminos** de comunidades de propietarios u otras figuras análogas no son autopromotores, siendo el «gestor» el verdadero promotor, aunque disfrace su labor de intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios con la cooperativa o con la comunidad de propietarios a través de sus **condóminos**.

En cambio, si la elección de los elementos esenciales de la promoción es realmente democrática y autodecidida por la respectiva agrupación, será la cooperativa o los **condóminos** de la comunidad de propietarios la o los autopromotores verdaderos (114).

(112) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2695. Añade dicho autor que la expresión «comunidad de propietarios» que también utiliza la LOE (E. de M. Apdos. 4 y 7, art. 17.4 y Disp. Ad. 1.ª) se refiere a las comunidades de promoción o construcción cuyo régimen jurídico será determinado por la voluntad de sus integrantes y subsidiariamente por lo regulado en el Código Civil en materia de comunidad de bienes (v. art. 392 y sigs.).

(113) O sea, en virtud de pacto expreso, los socios de la cooperativa o los comuneros de la comunidad de propietarios, simples dueños de la obra, han delegado las facultades esenciales inherentes al promotor.

(114) La cooperativa sería promotor-mediador, o sea, en nombre propio, si bien por cuenta de los socios cooperativistas. Pero al igual que la cooperativa sí que puede figurar como promotor, no ocurre así con las comunidades de propietarios, no sólo porque aquí no existe una persona jurídica a quien calificar como promotor, sino porque, además, a diferencia de lo que sucede en las cooperativas de viviendas, en las comunidades de propietarios para la construcción no existe por hipótesis una dedicación profesionalizada al mercado inmobiliario, por lo que, en principio, la condición de promotores a los efectos

En definitiva, el elemento clave para determinar en estas figuras el concepto y cualidad de promotor radica en la **intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción**.

La LOE trata la figura de los «gestores», si bien de forma escueta, en su E. de M., apartados 4 *in fine* y 7, artículo 17.4 y Disposición Adicional Primera (115).

C) LA AUTOPROMOCIÓN Y LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS
DEL ARTÍCULO 19 LOE

A la luz de la LOE, la doctrina se ha planteado el problema de si el promotor de una edificación para uso o disfrute propio, o sea, el autopromotor está sujeto a la obligación de concertar la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE.

1. Un *sector doctrinal minoritario* responde negativamente a esta cuestión.

Y así, RICO MORALES, NICOLÁS (116), considera que cuando la edificación la realiza directamente el titular del terreno (actuando como promotor y constructor) **para su propio uso o disfrute**, sin encomendar la construcción propiamente dicha a un constructor y contratando sólo la mano de obra, no existe la posibilidad de distinguir entre promotor, constructor y terceros adquirentes

de la LOE la tienen todos los condóminos, salvo que alguno de los condóminos se dedique profesionalmente al mercado inmobiliario e intervenga decisoriamente en el proceso edificatorio, en cuyo caso éste deberá tener la consideración de promotor a todos los efectos de la LOE. CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, págs. 207 y 208.

(115) En el apartado 4 *in fine* de la E. de M. LOE y, al parecer, también en su Disposición Adicional Primera, la LOE incurre en un error al equiparar a la figura del promotor la de «gestor» de cooperativas, de comunidades de propietarios u otras figuras análogas, siendo así que promotor y gestor tienen prestaciones de distinta naturaleza que no necesariamente tienen por qué coincidir en una sola persona. Resulta más preciso el artículo 17.4 LOE, pues condiciona dicha equiparación al **tenor del contrato** o a la **intervención decisoria en la edificación**. Para discernir si el «gestor» es o no promotor, estima GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2700, que será importante considerar el censo social del autopromotor en el momento de adoptar decisiones sobre elementos esenciales y si para tales se barajaron otras alternativas. Evidentemente no puede considerarse a una comunidad de propietarios como autopromotora de cien viviendas cuando a la hora de determinar la contratación de la empresa constructora, dirección facultativa, etc., contaba tan sólo con diez comuneros y la sociedad gestora. De forma paralela, tampoco puede reputarse promotor al «gestor» que únicamente ha promovido los trámites necesarios para la constitución y agrupación del colectivo o su licitación a un concurso de suelo. Por otro lado, añade el citado autor, en obra citada, pág. 2699, que la pasividad en la participación del autopromotor en el proceso edificatorio y su condición de consumidor son presupuestos que pueden hacer de él un comprador y del «gestor» un verdadero promotor.

(116) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 128 y 129.

(siendo la relación del dueño-constructor con los obreros exclusivamente laboral). Por eso, en ese caso no parece, a su juicio, que la necesidad de los seguros tenga objeto por faltar el presupuesto esencial de la Ley que es la regulación de las responsabilidades entre promotor y constructor y de éstos con los terceros adquirentes. Concluye diciendo que ni siquiera sería obligatoria la suscripción de los seguros en el momento de una hipotética transmisión a un tercero antes de la terminación de los respectivos períodos de garantía de daños ya que el vendedor siempre respondería por evicción y saneamiento de la cosa vendida con arreglo al Código Civil.

Por su parte, MURIEDAS MAZORRA, GERARDO (117), en un meritorio y sugerente trabajo sobre esta materia, estima que el promotor de edificaciones para uso propio (autopromotor) no está obligado a suscribir los seguros porque, según este autor, así resulta de una interpretación sistemática de la Ley en base a una exhaustiva serie de argumentos apoyados en la fundamentación general de que el espíritu de la ley es la protección de los terceros y, además, en virtud del básico principio general del Derecho de que nadie puede obligarse consigo mismo (*non potest esse obligado sine persona obligata*), por lo que nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo —siendo acreedor y deudor de sí mismo— (118).

Añade el citado autor que si el autopromotor —o promotor para sí— transmite a un tercero antes de la terminación de los respectivos períodos de garantía de daños, el adquirente, además de la protección del Código Civil a todo comprador, ex artículos 1.484 y siguientes, tendrá, por subrogación, mientras no hayan transcurrido los respectivos plazos de garantía, la posibilidad de exigir a los demás agentes de la edificación las responsabilidades previstas en el artículo 19.7 LOE para el supuesto de que las garantías no se hayan suscrito.

Finalmente, LACABA SÁNCHEZ, F. (119), considera fuera del ámbito de la LOE al autopromotor.

(117) MURIEDAS MAZORRA, GERARDO, «Autopromoción y seguros obligatorios», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 301, mayo 2001, págs. 12 y sigs.

(118) En cuanto a la promoción en régimen de cooperativa o comunidad de propietarios, dice el citado autor que si la promoción se desarrolla con intervención como promotor de un «gestor» profesionalizado, de los caracterizados por la Ley, serán estos «gestores» los que deberán suscribir los seguros obligatorios, como claramente se deriva del artículo 17.4 LOE; pero no habrá obligación de suscribir los seguros en cuestión por la cooperativa o los condóminos de la comunidad de propietarios para sí cuando no intervengan tales figuras de «gestores».

(119) LACABA SÁNCHEZ, F., «La Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código Civil», en *La Ley*. Año XXI, núm. 4974, citado por ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en «Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 35, julio-septiembre de 2000, pág. 206.

2. *La doctrina mayoritaria*, en cambio, sostiene la opinión contraria, es decir, que la LOE no dispensa al autopromotor (promotor para uso propio) de la obligación de suscribir las garantías del artículo 19 LOE en ningún caso, y, por lo tanto, aunque nunca vaya a enajenar (120).

En mi modesta opinión, el autopromotor está obligado a suscribir las garantías del artículo 19 LOE en todo caso y, en consecuencia, aunque no tenga intención de enajenar nunca. Y ello por las siguientes razones:

- a) El artículo 9.1 LOE, de modo explícito, comprende entre los promotores a las personas que deciden, impulsan, programan y financian, con recursos propios, las obras de edificación **para sí**. Y hay que tener presente que los autopromotores son promotores (121).
- b) El artículo 9.2.d) LOE establece que el promotor tiene como obligación suscribir los seguros previstos en el artículo 19 LOE, sin excluir los casos de edificaciones para uso propio.
- c) El apartado 6 de la E. de M. de la LOE contempla la suscripción obligatoria por el promotor de los seguros previstos en el artículo 19, también sin distinguos.
- d) El apartado 3 de la E. de M. de la LOE establece que «...*el promotor, como persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso...*, se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir».

(120) Así se han manifestado GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, págs. 653 y 654; CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, págs. 205 y 206; PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, «Un nuevo seguro obligatorio. Comentario al artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 90, 2000, pág. 220; GARCÍA CONESA, ANTONIO, en sus ciclos de conferencias pronunciadas acerca de la LOE; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 206, 207 y 227; y CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 384 y 386. Hay que reconocer, no obstante, que todos estos autores se hacen eco de las críticas que ha merecido la Ley al respecto por su intervencionismo exagerado.

(121) Como precisa CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 205, la redacción del artículo 9 LOE, en su versión inicial del Proyecto, no era la de la Ley, pues la redacción actual del artículo 9 LOE se introdujo en el Informe de la Ponencia (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 163-11, de 15 de junio de 1999), que aceptó una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV). Pero la motivación de la enmienda pone de manifiesto que su finalidad no era la de incluir en el precepto la autopromoción, sino la de evitar que transmitir la titularidad del edificio fuera —como inicialmente determinaba el art. 9.2.c)— una obligación del promotor (v. la enmienda núm. 26 en el BOCG, Congreso, Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999). Ahora bien, sea cual fuere la intención de los autores de la correspondiente enmienda, lo cierto es que el tenor literal del artículo 9.1 LOE comprende al autopromotor. Por eso, a mi juicio, no son aceptables los argumentos que para defender la exclusión de la autopromoción del ámbito de aplicación de la Ley se basan en el proceso de «gestación» de la misma porque no se atienen a la literalidad del artículo 9.1 LOE, tal como ha quedado promulgado y publicado.

- e) Y, finalmente, el artículo 19.2.a) LOE dispone, con relación al seguro de daños materiales, que *«tendrá la consideración de tomador del seguro el constructor en el supuesto a) del apartado 1), y el promotor en los supuestos b) y c) del mismo apartado, y de asegurados el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo»*. Evidentemente, si el promotor debe ser, a la vez, tomador y asegurado es porque el seguro procede también en el caso de la autopromoción.

Partiendo de la tesis **mayoritaria**, PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (122), considera que la LOE permite solventar, sin alterar sus principios, el problema de las garantías de la autopromoción, proporcionando un marco flexible que permite dar cumplida satisfacción a todos los intereses en juego.

Y así, en opinión del citado autor, la suscripción de las garantías obligatorias del artículo 19 LOE puede hacerse efectiva no necesariamente a través del seguro de **daños materiales** previsto y regulado en el artículo 19.2 LOE, sino mediante el otro tipo alternativo de seguro admitido: el **seguro de caución** previsto y regulado en el artículo 19.3 LOE.

Y, a continuación, PARDO NÚÑEZ expresa las características del régimen legal del **seguro de caución** en relación con la autopromoción:

Mientras que el seguro de daños materiales pretende la indemnización estricta del daño sufrido, el **seguro de caución**, en cambio, es una subespecie del seguro de crédito (de características muy parecidas a la fianza) que protege al acreedor asegurado contra el incumplimiento del deudor. El seguro de daños materiales trata de reparar la pérdida de la cosa asegurada que provoca el siniestro. El seguro de caución, por el contrario, trata de reparar el daño causado por el incumplimiento de una obligación del tomador nacida como consecuencia del daño generado.

Siendo ello así, en el **seguro de caución**, como seguro por cuenta ajena que es, el acreedor (asegurado-propietario) y el deudor (tomador-promotor) tienen que ser personas distintas (123).

Se entiende por ello que el artículo 19.3.a) LOE disponga que en el **seguro de caución**, al contrario que en el de daños materiales, los **asegurados** serán siempre los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo y nunca el promotor-tomador.

Sobre la base de estas consideraciones, concluye PARDO NÚÑEZ que la existencia de un riesgo es la causa del contrato del seguro; por esta razón, «el

(122) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, págs. 219 a 223.

(123) No hay crédito si el acreedor y deudor son la misma persona; y si no hay crédito no es posible seguro alguno de caución. En este sentido, este seguro se parece al de responsabilidad civil.

contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo...» (art. 4 de la Ley de Contrato de Seguro). Y como la existencia de un riesgo es la causa del contrato del seguro es claro que en el **seguro de caución** que contempla la LOE no hay riesgo mientras que el promotor siga siendo propietario del edificio (124); el promotor no puede ser acreedor o deudor de sí mismo, y como no hay crédito nada hay que afianzar o asegurar.

Y si falta el riesgo porque el promotor sigue siendo el propietario, el promotor (tomador) del **seguro de caución** a favor de los futuros adquirentes del edificio no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surge el riesgo (125); y éste no surge mientras falta la posibilidad de siniestro; y falta la posibilidad de siniestro mientras el promotor-propietario no transmita a un tercero todo o parte del inmueble.

Por eso habrá que distinguir en la póliza entre el **comienzo formal** y el **material del seguro**. La fecha del **comienzo material** es mención obligatoria de cualquier póliza (art. 8 de la Ley de Contrato de Seguro), precisamente porque la aparición del riesgo puede retrasarse. Siendo ello así, habrá que **subordinar** el **comienzo material** del **seguro de caución** al hecho de la **transmisión** de todo o parte del edificio a un **tercero** —el único posible asegurado en el caso del seguro de caución, ex art. 193.a) LOE—.

En mi opinión, esta tesis, que, en principio, parece tropezar con el artículo 193.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE, podría ser sustentada, sin embargo, en base a los artículos 14 *ab initio*, y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro y al criterio jurisprudencial de la configuración del **seguro de caución** bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma y atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL (126), los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les

(124) A mi juicio, la ausencia del riesgo en esa fase, o sea, mientras no se produce la transmisión, no puede ser motivo de nulidad al amparo del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, pues «las partes pueden fijar una delimitación temporal del riesgo, que se inicie con posterioridad a la conclusión del contrato». SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Aranzadi, 1999, pág. 117.

(125) Como dice PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, así como el siniestro es la *condictio legis* para que el asegurado pueda reclamar el pago, la existencia del riesgo es la *condictio legis* para que el asegurador pueda exigir el pago de la prima.

(126) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390.

es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable (127).

XIV. LAS FUNCIONES NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE OBRA NUEVA. EL ARTÍCULO 20.1 LOE

A) EL TEXTO LEGAL DEL ARTÍCULO 20.1 LOE

El artículo 20.1 LOE establece:

«Requisitos para la escrituración e inscripción.

1. 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** y **testimonie** la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

La dicción de este precepto tiene que ser matizada y complementada por el tenor de la Disposición Adicional Segunda y la Disposición Transitoria Primera LOE, que ya hemos examinado.

Comentando el texto del artículo 20.1 LOE, GARCÍA CONESA, ANTONIO (128), apunta que el mismo tiene por destinatarios a **dos operadores jurídicos** distintos y complementarios: *a) el Notario* autorizante en la relación de parte o partes —y en su función de garante de la veracidad de las

(127) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2717 y 2725, duda de la viabilidad práctica de la alternativa del seguro de caución —para cubrir las responsabilidades edificatorias— tal y como lo configura el artículo 19.3 LOE, pues sus características, expresadas en dicho precepto, que hacen del seguro una garantía autónoma e independiente del hecho edificatorio, posibilitan a su beneficiario casi un poder omnímodo en su ejecución (la indemnización por parte del asegurador al asegurado al primer requerimiento, sin necesidad de tener que acreditarse previamente el daño causado; y la imposibilidad por parte del asegurador de oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro). A estas consideraciones habrá que sumar la derivada de la solvencia patrimonial del tomador-promotor (deudor), o sea la aptitud del patrimonio del deudor para que el asegurador pueda hacer frente a la repetición de los pagos realizados al asegurado (acreedor) por cuenta del tomador-promotor (deudor). Y este aspecto debe preocupar al asegurador a tenor del artículo 68 *in fine* de la Ley del Contrato de Seguro, en cuya virtud todo pago hecho por el asegurador (en el seguro de caución) deberá serle reembolsado por el tomador del seguro (por lo que esa circunstancia hará que el seguro de caución también sea desventajoso para el obligado a asegurar). Y es que el seguro de caución únicamente proporciona una facilidad de cobro al asegurado (acreedor), faltando en él una auténtica traslación del daño del tomador-promotor (deudor) al asegurador.

(128) GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, 2000, pág. 320.

transacciones inmobiliarias, según matiza PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (129); y *b*) **el Registrador de la Propiedad** en la relación de los terceros —y en su función de garante de la legalidad de las transacciones inmobiliarias, como apostilla PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO—.

De aquí se desprende que a los Notarios y Registradores de la Propiedad se les encomienda una **función tuitiva o de control** del cumplimiento de la Ley, de modo que deben **abstenerse** de su actuación profesional si no se les acredita la constitución de las garantías previstas en el artículo 19 LOE y, en definitiva, como precisa GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (130), la efectividad del cumplimiento de la obligación derivada de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

B) GESTACIÓN DEL ARTÍCULO 20.1 LOE

Observa CARRASCO PERERA, ÁNGEL (131), que la redacción del artículo 20.1 LOE se ha modificado sustancialmente con respecto a su redacción en el Proyecto de Ley. En efecto, en éste la acreditación o (en el texto finalmente aprobado, la disyuntiva «o» se sustituye por la copulativa «y») testimonio de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE era precisa para autorizar e inscribir escrituras públicas de primera transmisión *inter vivos* o de adjudicación voluntaria de edificaciones (132).

Pero en la redacción definitiva del artículo 20.1 LOE se adelanta, en principio, la exigencia de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE al momento de otorgar la escritura de declaración de obra nueva.

C) CRÍTICA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El incumplimiento de los requisitos preceptuados por el artículo 20.1 LOE conlleva como forma de sanción lo que se denomina «*cierre registral*» (133).

(129) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 216.

(130) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 495.

(131) CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, págs. 454 y 455.

(132) Ello de modo similar a lo establecido en la Ley Catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de l'Habitatge, cuyo artículo 15 sitúa el momento formal de la constitución de la garantía en la escritura de transmisión de viviendas o locales. La formulación susodicha del Proyecto de Ley se mantuvo, incluso, en el Dictamen de la Comisión de Obras Públicas en el Senado —BOCG, Senado, serie II, núm. 148 (e), de 27 de septiembre de 1999—; pero desapareció en el texto que aprobó el Senado —BOCG, Senado, Serie II, núm. 148 (f), de 7 de octubre de 1999—.

(133) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 216.

1. Desde el punto de vista de los civilistas e *hipotecaristas* se ha criticado el artículo 20.1 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—, y que ha dado lugar al nacimiento de derechos sustantivamente legítimos, se le cierre el Registro de la Propiedad por incumplir un **requisito meramente administrativo**, tanto más cuanto que la falta de protección registral del derecho proscrito afectará no sólo al propietario-titular registral sino también a los titulares posteriores ya que no podrán negociar su derecho plenamente.

Esta proscripción registral conculca el artículo 24 de la Constitución Española que proscribe la indefensión de los derechos (134).

A mi juicio, también es criticable la falta de previsión legal, a efectos notariales y registrales, de un plazo de caducidad de la omisión de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE. El momento inicial del cómputo de dicho plazo de caducidad, *de lege ferenda*, no sería la fecha fehaciente de la recepción bilateral expresa o tácita o, en su caso, la fecha fehaciente de la «recepción unilateral» de la obra, porque pueden no haberse realizado, sino la fecha de la terminación de la obra (135), acreditada por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, de igual forma que prevé el artículo 52.a) y b) RDU en materia de legalidad urbanística.

2. Desde *la perspectiva administrativista*, en cambio, señala FUENTES SÁNCHEZ (136) que la institución del Registro de la Propiedad, que en sus comienzos protegía al propietario frente a las intrusiones en su derecho, sirvió más tarde, acentuadamente, para **asegurar el cumplimiento de las disposiciones estatales**, y hoy sirve sin distinción, en el fiel de la balanza, **el interés público y el privado**.

(134) En este sentido se ha manifestado PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, págs. 216 y 27. Para este autor el artículo 24 de la Constitución Española, en una interpretación amplia, rechaza explícitamente la posibilidad de que los poderes públicos con facultades coercitivas puedan utilizar, como una forma de sanción, para castigar infracciones penales o administrativas, la imposición de trabas que limiten la defensa de los derechos —sea la indefensión producida total o parcial, judicial o extrajudicial—. En nuestro caso particular, la norma de cierre registral impide a los propietarios que la sufren, interesados en inscribir un acto válido, servirse de los medios de defensa (materiales o procesales), dependientes de la inscripción, que el Ordenamiento Civil reconoce. Por su parte, CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 456, afirma que es dudoso en qué medida haya sido procedente esta innovación.

(135) Ello por analogía con el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil y el artículo 52.a) RDU.

(136) FUENTES SÁNCHEZ, *En torno al urbanismo. Política del Suelo y el Registro de la Propiedad (separata)*. Madrid, 1963, págs. 6 y sigs., citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 494.

- D) EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. ~~RESOLUCIÓN~~ RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 20 DE MARZO DE 2000, Y LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2000

1. *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de marzo de 2000:*

Desde que se promulgó la Ley se planteó un problema de interpretación relativo a si la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE se refería única y exclusivamente a las declaraciones de obra nueva terminada o bien a todo tipo de declaraciones de obra nueva, es decir, en construcción y terminadas.

Pues bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado en una Resolución de 20 de marzo de 2000, resolviendo una consulta de la Asociación de Promotores y Constructores de España, y saliendo al paso de una posible interpretación extensiva, se inclina por excluir del ámbito del artículo 20.1 LOE la declaración de obra nueva en construcción por entender que, en tanto no se termina la construcción, no existe inmueble que pueda sufrir daños —y, en consecuencia, asegurable—, no surgiendo el objeto de la garantía, ya que ésta no tiene por objeto la terminación del edificio sino los daños que, posteriormente a su terminación y recepción, pueda sufrir por su deficiente construcción (137).

(137) En la práctica, sin embargo, existirá desde el inicio de las obras un preacuerdo entre el promotor y el asegurador, ya que este último no asegurará el edificio si no ha hecho un seguimiento técnico de la construcción (examinando los medios técnicos y humanos de los que dispone el promotor —elección de la Oficina Técnica de Control, Arquitectos, Constructor, etc.—), es decir, si no cuenta con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asienta el edificio, la supervisión de la idoneidad del proyecto y el control de la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo de 2000. El mismo autor en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio 2001, pág. 276.

Siendo ello así, el promotor, de hecho, no esperará al día de la terminación de la obra para contratar el seguro, sino que lo suscribirá normalmente con anterioridad. Por eso cabe distinguir y compatibilizar dos momentos: *a)* el de perfección del contrato (emisión de la póliza), en una fecha, y *b)* el de inicio de la cobertura real de los riesgos (suscripción del documento de entrada en vigor), en otra fecha, que será la fecha de la recepción de la obra —quedando, en su caso, excluidas de la cobertura real las reservas formuladas en el acta de recepción de la obra mientras no hayan sido subsanadas, ex art. 19.9.i) LOE—. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20 ...», obra citada, pág. 324. Por su parte, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2722, dice que el riesgo y, por lo tanto, su cobertura real, nacen desde la recepción de la obra.

En este sentido, dispone la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000, que:

*«...Los Notarios y Registradores de la Propiedad tan sólo exigirán la acreditación de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación al autorizar o inscribir, respectivamente, las **escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras...**».*

No obstante, con respecto a la autorización e inscripción de escrituras de obra nueva **en construcción** (en que no se exige la prestación de las citadas garantías) dice el Centro Directivo que:

*«...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 —en su caso— la exigencia de tales garantías...» (138).*

A mi juicio, esta advertencia debe efectuarla tanto el Notario como el Registrador de la Propiedad (139).

Por último, el Centro Directivo, a los efectos de que los terceros tengan la mayor información posible de cómo se encuentra el edificio en relación con las garantías del artículo 19 LOE, establece que:

*«...En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás **negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción**, los Notarios y los Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de **no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas** a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.»*

2. La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2000:

La Instrucción de la DGRN, de 11 de septiembre de 2000, dictada a raíz de una consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la

(138) Dice GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, que una de las finalidades de esta advertencia es evitar que el interesado, en el momento de la formalización del acta notarial de finalización de obra, pueda alegar que no es necesario cumplir los requisitos del artículo 20.1 LOE, por no tratarse de una escritura de declaración de obra nueva sino de un acta notarial de terminación de obra. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Adiós al artículo 51 del Reglamento de inscripción de actos de naturaleza urbanística», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 292, diciembre 2000, pág. 20.

(139) En igual sentido se manifiestan GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, págs. 671 y 673.

forma de acreditar ante el Notario y el Registrador de la Propiedad la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 LOE, fija los **requisitos formales** que deben exigir los Notarios y los Registradores de la Propiedad en orden: *a) a la **constitución**, y b) a la **vigencia** de las garantías.*

Dicha Instrucción debe ser examinada, matizada y desarrollada sobre la base de las siguientes consideraciones (140):

- Se debe acreditar: a) *«la constitución de la/s garantía/s», y b) «la vigencia» de dicha/s garantía/s, o sea, la fecha de «su entrada en vigor».*
- La acreditación se realizará de cualquiera de las siguientes formas:
 - a) *«mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor»;*
 - b) *«mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato»;*
 - c) *«o mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato».*
- *«En todo caso —en estos documentos— deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias:*

a) Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación (o sea, las circunstancias identificativas del edificio):

- «1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.*
- 2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.*
- 3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.*
- 4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto» (el cual consta en todo proyecto básico de edificación).*

En mi opinión, no son acumulativas e indispensables todas estas circunstancias, pues de lo que se trata es de tener la seguridad de que el edificio objeto del seguro se corresponda con la obra declarada en la escritura (u objeto del acta notarial de su finalización) y de que haya congruencia entre el inmueble en el que se ubica el edificio, y al que se refieren el documento del seguro y la escritura (o acta notarial de finalización de obra), y la finca registral, o sea, tal como aparece descrita en el Registro de la Propiedad.

(140) A fin de estructurar el contenido de la citada Instrucción de la DGRN y sus correspondientes **matizaciones**, se va a resaltar en cursiva el tenor literal de los apartados pertinentes de dicha Instrucción.

b) Relativas al seguro:

«1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor».

Cuando se dice que las garantías cubiertas deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 LOE, sin exclusión, debe entenderse, obviamente, que se refiere sólo a la garantía actualmente exigible, que es únicamente la relativa al seguro decenal del artículo 19.1.c) LOE.

«3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución».

Hay que entender que se refiere al coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales (141), en virtud del artículo 19.5 LOE.

Además, este requisito hace alusión sólo al seguro decenal del artículo 19.1.c), que es la garantía actualmente exigible, y en la que el importe mínimo del capital asegurado ha de ser del 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, en virtud del artículo 19.5.c) LOE. En los seguros anual y trienal del artículo 19.1.a) y b) LOE, respectivamente, los importes mínimos del capital asegurado en relación al coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, no son iguales a dicho coste, ex artículo 19.5.a) y b) LOE (5 por 100 en el seguro anual y 30 por 100 en el seguro trienal) (142).

(141) ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 228 y 229, entiende que la expresión «honorarios profesionales» del artículo 19.5 LOE viene referida a todos los agentes del proceso de la edificación que son profesionales, esto es, proyectista, director de obra, director de la ejecución de la obra, y, en su caso, otros técnicos intervinientes. Y en opinión de CARRASCO PERERA, ANGEL, obra citada, pág. 432, entre los «honorarios profesionales» hay que incluir los honorarios que el promotor o constructor hayan debido abonar a la Oficina de Control impuesta por la entidad aseguradora.

(142) A los efectos de comprobar que el capital asegurado según la póliza corresponde al coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, ex artículo 19.5 LOE, dichos honorarios profesionales podrán acreditarse mediante la exhibición de factura o tomarse de la memoria del proyecto (en todo caso, mediante manifestación del otorgante en el propia escritura de obra nueva o, en su caso, en el acta de finalización de la obra). ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 228.

«4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha» (o sea, la expresión de la fecha inicial de la cobertura y la final).

También aquí debe entenderse que este requisito se refiere sólo al seguro decenal del artículo 19.1.c) LOE, que es la garantía actualmente exigible, pues los seguros del artículo 19.1.a) y b) LOE tienen unos plazos de vigencia diferentes: uno y tres años, respectivamente.

«5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma».

Así pues, si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas será exigible una vez firmado el contrato, en virtud, además, del artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

En el **seguro de caución**, si se sigue la tesis de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (véase el epígrafe XIII de este trabajo), y siendo coherente con ella, por razón del fundamento teleológico de dicho seguro de caución, cuando **se subordina el comienzo material** —o sea, el inicio de la cobertura real— del contrato de seguro al hecho de la **transmisión** de todo o parte del edificio a un tercero —único posible asegurado en el seguro de caución ex art. 19.3.a) LOE— el promotor (tomador del seguro) no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surge el riesgo, o sea, la posibilidad de siniestro, posibilidad que no puede aparecer hasta la transmisión a un tercero de todo o parte del inmueble. Ello a pesar de lo dispuesto por el artículo 19.3.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE.

En mi opinión, esta tesis podría ser corroborada por los artículos 14 *ab initio*, y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro y el criterio jurisprudencial de la configuración del seguro de caución, bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma y atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL (143), los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable.

(143) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390.

«6. *La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral*».

Por **unidad registral**, a efectos del **seguro decenal**, se considera el edificio en su totalidad. Y a efectos de los seguros **anual y trienal**, que todavía no han entrado en vigor, por unidad registral, desde el punto de vista de la práctica hipotecaria, cabe entender cada una de las fincas registrales en que, de ordinario, se divide horizontalmente y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio en cuestión (144). Este extremo será objeto de un especial y particular estudio en el epígrafe XIV. E), 1.

Hay que tener presente, además, que en el **seguro anual** del artículo 19.1.a) LOE **no son admisibles** cláusulas por las cuales se introduzcan **franquicias**, ex artículo 19.8, párrafo primero, LOE.

«7. *Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación*».

En el **seguro anual** del artículo 19.1.a) LOE, el **tomador del seguro** es el **constructor**, ex artículo 19.2.a) y 19.3.a) LOE; y en los **seguros trienal y decenal** del artículo 19.1.b) y c) LOE, el **tomador del seguro** es el **promotor**, ex artículos 19.2.a) y 19.3.a) LOE, si bien hay que tener en cuenta que el promotor puede pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

«8. *Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros*».

Conviene aclarar que entre los asegurados no figura el constructor (145), pues en los **seguros de daños materiales** los **asegurados** son el **promotor y los sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.2.a) LOE; y en los **seguros de caución** los asegurados serán siempre los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.3.a) LOE.

c) **Relativas a la entidad aseguradora:**

«I. *Identificación de la compañía o entidad aseguradora*».

La actividad aseguradora no puede ser realizada por una persona física, ex artículo 7 *a sensu contrario* de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Or-

(144) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Aplicación del artículo 20...», obra citada, págs. 322 y 323; el mismo autor en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo y junio de 2001, pág. 286.

(145) Ello con independencia del supuesto de reunión en una misma persona física o jurídica del doble carácter de promotor y constructor.

denación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSS), por lo que se reserva a las **entidades** que adopten la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social, cuando se trate de entidades privadas (art. 7 LOSSS).

Dichas entidades aseguradoras deberán ser inscritas en el **Registro Mercantil** (art. 7 LOSSS) o en el **Registro de Cooperativas** (art. 4 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre —ROSSS—), según los casos. Con dicha inscripción la entidad aseguradora adquirirá su **personalidad jurídica**.

Ello no obstante, las entidades aseguradoras deben obtener la oportuna **autorización administrativa** prevista en los artículos 6 LOSSS y 6 ROSSS, cuya solicitud únicamente puede presentarse tras la adquisición de su personalidad jurídica en el Registro Mercantil o en el Registro de Cooperativas, según los casos (arts. 7 LOSSS y 6 ROSSS). La autorización administrativa se concede para actuar en un determinado ramo del seguro (en concreto, y en lo que aquí nos interesa en el seguro de daños materiales o en el de caución) y determina la inscripción de las entidades aseguradoras en un **Registro administrativo** regulado en el artículo 74 LOSSS, que se lleva en la Dirección General de Seguros (arts. 6 LOSSS y 6 ROSSS) (146).

En cuanto al procedimiento para tener la relativa seguridad de que una determinada entidad aseguradora tiene la autorización administrativa vigente para actuar en un determinado ramo de seguro (en concreto, el de daños materiales o el de caución), GARCÍA CONESA, ANTONIO; GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (147), consideran que los Notarios y los Registradores de la Propiedad deben aceptar la mera declaración expresa de la entidad aseguradora (148).

(146) El cumplimiento de todos estos requisitos permite a las entidades aseguradoras practicar operaciones únicamente en los ramos para las que hayan sido autorizadas.

(147) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 326; y GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 676.

(148) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 326, dice que sería conveniente la comunicación por la Dirección General de Seguros a la Dirección General de los Registros y del Notariado, o directamente en el Boletín Oficial del Estado, de un Listado General Anual de las sociedades con autorización administrativa vigente, al menos de las nacionales. Por el momento, anualmente, el Ministerio de Hacienda, a través de su servicio de publicaciones, relaciona las sociedades que tienen la autorización administrativa vigente para operar en cada clase de seguro, y, por lo tanto, figuran en las listas del registro administrativo que se lleva en la Dirección General del Seguro, que, desde un punto de vista práctico, además, edita un disquete anual con dichos listados, e informa con cierta celeridad si existe en estos momentos vigente. La eficacia de esta medida se solapa con la libre prestación de servicios de esta clase de seguros por parte de las compañías comunitarias; pero pese a ello se debe reconocer que es, en todo caso, de gran utilidad e incide en incremento de la información

«2. Autorización para operar en España.

3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz».

3. El testimonio notarial de la acreditación de las garantías del artículo 19 LOE como forma de acreditar su cumplimiento:

El artículo 20.1 LOE establece que «se acredite y testimonie». Ello quiere decir que se trata de dos requisitos conjuntos en la escritura (o acta) para el Notario:

- a) La acreditación como **requisito material** y previo.
- b) Y el testimonio como **requisito formal** y subsiguiente, ya sea incorporando el documento correspondiente de la entidad aseguradora, en su original, o bien mediante testimonio de ese original, incorporándolo a la matriz (149).

4. La calificación registral:

La calificación registral se debe limitar al control de los requisitos y características o circunstancias ya expresadas y a la congruencia documental contractual de la póliza del seguro con los restantes documentos protocolizados y con la declaración o declaraciones de voluntad principales contenidas en la escritura (o acta de finalización de obra). No podrá, en cambio, el Registrador calificar la validez o nulidad de su clausulado que quedará reservado a los Tribunales de Justicia y al Registro de Condiciones Generales de la Contratación (150).

Si el Notario infringe la obligación que impone el artículo 20.1 LOE autorizando la escritura de obra nueva (o el acta de finalización de obra) sin que se testimonie la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, y se

en aras de la defensa del proceso de protección del consumidor que, finalmente, es lo que se pretende. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha remitido al Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad un oficio de fecha 24 de julio de 2001 con la relación actualizada de entidades aseguradoras autorizadas para operar en los ramos de seguro de daños materiales y de caución a los efectos de la LOE con el objeto de facilitar las labores de calificación de los Registradores de la Propiedad.

(149) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 669. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 323, opina que el testimonio puede hacerse dentro de la escritura (o acta) o también fuera de ella, en virtud de una comprensiva y amplia interpretación lógica y adecuada al principio del *favor negoti*.

(150) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 326; y CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 459 y 460.

le acredita, en cambio, al Registrador la constitución de las mismas, parece que deberá inscribir incluso en el supuesto de que la fecha de constitución de las garantías sea posterior a la formalización de la obra nueva terminada (o al acta de finalización de obra). Ello porque, aunque en virtud de una interpretación literal y rígida del artículo 20.1 LOE, las garantías debieran estar suscritas en el momento de la formalización de la obra nueva terminada (o del acta de finalización de obra), no cabe duda de que las garantías o seguros no son, en realidad, requisitos de la legalidad civil y urbanística de la obra nueva, por lo que, al existir las mismas en el momento en el que se pretende la inscripción (o nota marginal), registralmente se cumplen los requisitos necesarios para la práctica de la misma (y la protección registral opera en este caso inscribiendo y no suspendiendo la inscripción) (151).

Si no se acredita al Registrador de la Propiedad la constitución de las garantías del artículo 19 LOE en relación con el artículo 20.1 LOE, el defecto será considerado subsanable (152).

Lo que deben estar proscritas son las advertencias por parte del Notario y del Registrador, en la escritura pública (o acta de finalización de obra) y en la inscripción (o nota marginal), respectivamente, de la no acreditación de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, pretendiendo fundarse en el artículo 19.7 LOE, dados los términos imperativos del artículo 20.1 LOE (153). A mi juicio, esas indebidas advertencias podrían convertirse, para sorpresa de dichos operadores jurídicos, en «advertencias a los advertidores», pues aunque la escritura (o acta) y la inscripción (o nota marginal) sean válidas (154) entrará en juego, en su caso, la responsabilidad solidaria contractual del Notario y del Registrador de la Propiedad frente al perjudicado (155).

Por último, hay que tener en cuenta que la constitución de las garantías del artículo 19 LOE es un requisito «para» la inscripción, pero no «de» la inscripción. En consecuencia, las garantías no se han de reflejar en la inscrip-

(151) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 132; GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, págs. 323 y 325; también en *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo de 2000; y GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Civitas, 3.^a edición, 2001, pág. 205.

(152) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 498; y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000, págs. 327 y 328.

(153) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 669; RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 131; y GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1524.

(154) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, págs. 497 y 498.

(155) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 328.

ción. Pero aunque no haya «*acta de inscripción*» de las garantías, es conveniente, en beneficio de los adquirentes y por razón de la posible responsabilidad del Registrador, hacer **referencia genérica en la inscripción a la justificación o acreditación de la constitución de las garantías exigidas por la LOE**, sin detallar condiciones concretas de las garantías constituidas (156).

E) CUESTIONES PRÁCTICAS PUNTUALES ACERCA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE
EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Reconociendo que la realidad, viva y rica, nos demostrará que la Ley no es suficientemente previsoras para dar respuesta a cuestiones, por vacíos o lagunas, que tendrán que ser afrontadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se pueden reseñar algunas cuestiones puntuales en torno a la aplicación del artículo 20.1 LOE.

1. *¿Qué se entiende por unidad registral a los efectos de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE?*

En este punto voy a transcribir, prácticamente, el criterio sostenido por GARCÍA CONESA, ANTONIO (157), con algunas matizaciones:

- a) *A efectos del seguro decenal del artículo 19.1.c) LOE*, por **unidad registral** se considera el **edificio en su totalidad**, y no cada una de las fincas registrales en que se divida, de ordinario, horizontalmente, y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio que es objeto del proyecto de edificación y de aseguramiento. Ello en base al carácter troncal y vertebral de los vicios o defectos cubiertos por el seguro decenal que no aceptan en la realidad material su segmentación en volúmenes o espacios concretos menores, como, a título de ejemplo, puede ser un piso respecto del edificio (158).

(156) AVILA NAVARRO, PEDRO, en obra citada, pág. 822; RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 132; y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 325.

(157) GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000, págs. 322 y 323; y «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio de 2001, pág. 286.

(158) Hay que observar que, al alcanzar el seguro decenal a los vicios o defectos de los elementos estructurales que, además, comprometan directamente la resistencia mecánica y la seguridad del edificio, difícilmente podría cuantificarse la cifra de aquéllos que correspondería a cada una de las entidades independientes en que el promotor decidiera dividir horizontal o tumbadamente un edificio.

- b) Pero a efectos de los seguros anual y trienal del artículo 19.1.a) y b) LOE, que todavía no han entrado en vigor, por **unidad registral** se entiende **cada una de las fincas registrales** en que se divida, de ordinario, horizontalmente, y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio que es objeto del proyecto de edificación y de aseguramiento (159).

Por consiguiente, en el **seguro trienal** del artículo 19.1.b) LOE, la franquicia se dividirá entre todas y cada una de las entidades registrales que resulten de la división horizontal, en virtud del sistema de folio real de nuestro Derecho Hipotecario (160). Y si la franquicia máxima es del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral, ex artículo 19.8 LOE, ello impone necesariamente que en el contrato de seguro se atribuya a cada una de estas unidades una parte de la suma asegurada (161). En todo caso, la prorrata de responsabilidad de cada unidad registral será el resultado de dividir el capital asegurado por cien y multiplicarlo por su coeficiente general de participación en los gastos y elementos comunes del edificio. En consecuencia, la franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital en que se asegure cada unidad registral.

El criterio de distribución del capital asegurado debe seguir, miméticamente y de forma imperativa, a la cifra que represente el coste final de ejecución más los honorarios profesionales, sin posibilidad de reducir, ampliar, compensar o liberar alguna de las entidades registrales que conformen el edificio. En resumen, no es posible asegurar sólo las viviendas, o una parte del edificio, porque el proyecto, a los efectos de esta Ley, al igual que para otros parámetros legales, es un único e inescindible objeto contractual y negocial.

Puede afirmarse que en el caso de división del edificio asegurado en régimen de propiedad horizontal no queda al arbitrio del promotor determinar la cantidad por la que ha de asegurarse cada una de las unidades registrales resultantes. Sin duda, la cuota de participación en los elementos comunes puede ser el criterio —utilizado por el legislador para la propiedad horizontal— que deba servir para la distribución del capital asegurado. Se puede asegurar por cantidad superior al coste final de ejecución de la total obra, pero nunca por menos.

(159) Como dice CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 433, el asegurado es cada adquirente de inmuebles que constituyan unidades registrales. No es la comunidad de propietarios la asegurada. Por ello, el valor del interés es el valor de cada uno de los intereses de cada asegurado.

(160) Ello no juega en el seguro anual del artículo 19.1.a) LOE porque en él no son admisibles franquicias, ex artículo 19.8 LOE.

(161) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 433.

2. El acta de recepción de la obra y el Registro de la Propiedad

a) La recepción tácita de la obra

Como ya se ha dicho, la recepción de la obra puede ser expresa y tácita (art. 6 LOE).

Respecto de la recepción tácita, a mi juicio, el Notario y el Registrador de la Propiedad deben admitir la viabilidad de la recepción tácita siempre que se acrediten de **forma fehaciente** la notificación a que se refiere el artículo 6.4 LOE (que debe efectuar el constructor al promotor) y el transcurso del plazo de treinta días a contar desde la fecha de la notificación sin que el promotor haya puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito (art. 6.4 LOE).

b) La recepción de la obra con reservas

También se ha estudiado que la recepción de la obra se puede realizar con o sin reservas (art. 6 LOE).

Doctrinalmente, los defectos de la obra que permiten hacer la recepción de la obra con reservas deben ser **defectos considerados menores** (162). Quiere esto decir que las reservas deben ceñirse a **vicios o defectos en la terminación o acabado** que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.b)segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE. En cambio, en puridad, los defectos que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.a) y b), en su primer apartado, en relación con el artículo 19.1.b)y c) LOE, o sea, los que pueden comprometer los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio son —o, al menos, debieran ser propiamente— motivo de rechazo de la obra (163).

Pero lo cierto es que no hay una determinación *ex lege* de que las reservas sólo deben basarse en los vicios o defectos del artículo 17.1 *in fine* LOE (defectos menores), como hubiera sido lo ideal.

Por eso puede suceder que la recepción de la obra se haga con reservas relativas a defectos mayores o graves, es decir, los que comprometen los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio.

Pues bien, al hilo de ello, y a efectos notariales y registrales, se suscita la cuestión de la admisibilidad o no de la recepción de la obra efectuada con

(162) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 13; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, pág. 165, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 66.

(163) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711 y 2712.

reservas mientras los defectos observados en ellas no hayan sido subsanados en los términos del artículo 6.2.d) LOE, toda vez que, según el artículo 17.1 en relación con el artículo 6.5 LOE, el cómputo de los plazos de garantía y responsabilidad establecidos en el artículo 17.1 en relación con el artículo 19.1 LOE se inicia desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Desde mi punto de vista, la **recepción** de la obra **con reservas** debe ser **aceptada** por el Notario y por el Registrador de la Propiedad **en cualquier caso**. El filtro notarial y el registral no podrá excluir las reservas efectuadas en la recepción, aun referidas a la seguridad o estabilidad del edificio, o sea, a defectos mayores o graves, que, en puridad, deberían ser motivo de rechazo (164) (no corresponde a dichos operadores jurídicos apreciar el carácter objetivo de las reservas). Y todo ello por las siguientes razones:

- a) Porque, como precisa CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (165), la LOE reconoce expresamente que la **recepción con reservas** es una **auténtica recepción**, aunque produce efectos jurídicos diversos a los que se derivan de la recepción sin reservas (166).

Y así, cuando la recepción es con reservas, el constructor debe subsanar los defectos observados en el plazo establecido al efecto. Una vez que tiene lugar la subsanación de los defectos observados, tal circunstancia no se hará constar en el acta de recepción, sino en un acta independiente, que ha de ser suscrita por los firmantes de la recepción. Este acta es denominada acta de subsanación, que presupone que la recepción ya se ha realizado, aunque con reservas; y, como dice el artículo 6.2.d) LOE, es un acta que se firma aparte —es, por tanto, distinta— de la de recepción. En rigor, hasta que no sea suscrita dicha acta de subsanación, que no es la de recepción, no pueden considerarse subsanados los defectos objeto de reservas. Y, en consecuencia, no habrá responsabilidad conforme a la LOE por los daños del artículo 17.1 LOE que tengan su causa en las deficiencias que fueron objeto de las reservas mientras éstas no se

(164) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2724.

(165) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «LOS perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 65.

(166) Sin embargo, MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, pág. 283, considera que cuando el promotor formula reservas no existe una auténtica declaración de recepción de la obra. En igual sentido, ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 214.

subsanan y se suscriba la correspondiente acta de subsanación (167); pero, *a sensu contrario*, están sujetos a la responsabilidad de la LOE los daños que no tengan su origen en las reservas formuladas, ex artículo 17.1 LOE.

Por eso, la recepción con reservas es una auténtica recepción cuya existencia determinó que se formularan las reservas.

- b) Porque, como dice GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (168), la recepción con reservas a efectos del cómputo de los plazos de responsabilidad **no es una recepción condicionada** (169) sino una **recepción compleja** que conlleva dos momentos: el inicial de recepción y el final de subsanación; y estos dos momentos suponen una duplicidad de cómputos en los plazos de garantía o responsabilidad.
- c) Y porque, en definitiva, el acta de recepción que no rechaze la obra implica reconocimiento de su terminación y **«perfección» del negocio de recepción**, que inicia la efectividad de las garantías o seguros del artículo 19 LOE, quedando excluidos de su cobertura los siniestros que acaezcan sobre las materias objeto de reservas, ex artículo 19.9.i) LOE.

En efecto, las garantías del artículo 19 LOE no cubren los siniestros causalizados en las reservas —o sea, los defectos constructivos que tengan una conexión causal con las reservas formuladas en el acta hasta que se subsanen—. Habrá, en consecuencia, una exclusión de la cobertura respecto de las reservas, no cabiendo, por lo tanto, acción

(167) Dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 167, que la existencia de reservas retrasa el inicio de la responsabilidad del constructor frente a los adquirentes (art. 17.1 LOE), permaneciendo mientras tanto el promotor como responsable frente a los mismos en virtud del régimen de saneamiento del Código Civil, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el responsable, en su caso. Si el constructor no realiza las reparaciones correctas derivadas de los defectos observados y formulados en las reservas dentro del plazo señalado al efecto, ex artículo 6.2.d) LOE, el interés del «perjudicado» se puede satisfacer mediante la condena a hacer las reparaciones precisas a costa del constructor negligente (STS de 26 de octubre de 1994).

(168) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711, 2712 y 2725.

(169) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711 y 2712, dice que la recepción con reservas no es una recepción condicionada porque si lo fuera no sería propiamente recepción, pues no se puede considerar recepción aquella que se condiciona a la subsanación de vicios o defectos. El «*acta parte*» como documento agregado al acta de recepción confirma la inexistencia de una recepción condicionada. Tampoco parece una recepción parcial, puesto que no se está aceptando ninguna fase susceptible de aprovechamiento independiente sin perjuicio del resto de la edificación. En cambio, JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J., en obra citada, pág. 17, dice que en la recepción de la obra con reservas hay una aceptación condicionada. Y ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 214, entiende que la recepción con reservas queda condicionada a la posterior subsanación de los defectos observados. Por eso, dice que no existe una declaración de voluntad del promotor en orden a la recepción de la obra con reservas.

contra el asegurador, ex artículo 19.9.i) LOE (170). Pero, *a sensu contrario* del artículo 19.9.i) LOE, las garantías sí cubren los defectos de una obra recibida con reservas que no tengan su origen en las reservas formuladas (171).

En conclusión, **al Notario y al Registrador de la Propiedad sólo se debe acreditar el inicial momento de la recepción** y no el final momento de la subsanación, que se desenvolverá, en su caso, extrarregistralmente.

Intimamente relacionado con lo expuesto, se plantea el problema de si las reservas formuladas, en su caso, en el acta de recepción de la obra deben constatarse tabularmente en el Registro de la Propiedad.

A mi juicio, el Registrador de la Propiedad no debe entrar en el examen del contenido sustantivo del acta de recepción de la obra ni debe hacer constar en el cuerpo del asiento registral el clausulado del acta de recepción ni, en su caso, las reservas, cuya subsanación no se podrá reflejar registralmente porque, además, no hay mecanismos habilitados para ello. Las razones que pueden esgrimirse para avalar esta tesis son las siguientes:

- a) Por una parte, las **reservas** objeto del acta de recepción dimanante del contrato de obra son **ajenas a la esencia de la publicidad registral** porque si no es inscribible lo **principal**: el contrato de obra —y el contrato de seguro— (generador de derechos y obligaciones sin transcendencia real inmobiliaria), tampoco es inscribible lo **accesorio**: el contenido del acta de recepción de la obra ni, en su caso, y, en consecuencia, las reservas realizadas.
- b) Y, por otra parte, el lugar propio de inserción del acta de recepción de la obra no es el Registro de la Propiedad sino el **Libro del Edificio**, donde quedará reflejada, en su caso, con las reservas formuladas y la subsanación de las mismas, y con la demás documentación relativa a la obra ejecutada, ex artículo 7 LOE (172).

(170) De ahí la diligencia con que deben actuar los interesados para que se lleven a cabo las oportunas subsanaciones a efectos de la garantía, ex artículo 19.9.) LOE, en relación con el artículo 6.2.d) LOE. Tanto más cuanto que la subsanación puede ser muy costosa y demorarse en el caso de que hayan sido objeto de reserva vicios o defectos graves.

(171) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, págs. 346 y 347, y CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 449, 450 y 451.

(172) Según el artículo 7 LOE, el Libro del Edificio —del que debe formar parte el acta de recepción de la obra— se entregará al promotor por el director de obra, a fin de que, ulteriormente, sea entregado a los usuarios finales del edificio. Si la recepción se ha producido tácitamente, ex artículo 6 LOE, será suficiente, en sustitución del acta de recepción de la obra, con que se adjunte al Libro del Edificio el certificado final de obra, la justificación de la notificación fehaciente y la manifestación formal del coste final de

Por todo ello, no comparto la opinión de ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, el cual es partidario de reseñar las reservas no subsanadas en el correspondiente asiento registral, argumentando, por un lado, que una de las finalidades de la LOE, confesada en el apartado 6 *in fine* de su E. de M., es evitar el fraude a los adquirentes, y, por otro lado, que la LOE es una aportación a la LGDCU (párrafo 4.º de la E. de M. LOE) (173).

A mi juicio, los argumentos utilizados como premisas por el citado autor presiden ciertamente el espíritu de la LOE, pero la conclusión no parece convincente por las razones expuestas. Y es que, por una parte, el usuario tiene a su disposición el Libro del Edificio donde deben quedar reflejadas, en su caso, y bajo la responsabilidad personal del promotor frente al adquirente, las reservas documentadas en el acta de recepción de la obra a las que no se extiende la cobertura de las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 19.9.i) LOE (174); y, por otra parte, el usuario también puede disponer de la póliza del seguro (de cuya suscripción consta referencia genérica en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obra y en el Registro de la Propiedad), que expresará la exclusión de los daños que tengan su origen en aquellas reservas formuladas en el acta de recepción de la obra, ex artículo 19.9.i) LOE.

Cuestión distinta es que en toda transmisión del edificio o de parte de él sujeto a la LOE conste la entrega, por parte del transmitente, y la recepción,

la ejecución material de la obra en los términos del artículo 19 LOE (ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 228, y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 182). Por su parte, el artículo 9.2.e) LOE establece, como obligación del promotor, la de entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada —que constituye el Libro del Edificio, ex art. 7, párrafo tercero, LOE—; y el artículo 16.1 LOE establece, como obligaciones de los propietarios, la de transmitir la documentación de la obra ejecutada (y los seguros y garantías con que ésta cuente).

Como expresa GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 182, la razón de que la LOE establezca la obligatoriedad de que el acta de recepción, junto con la demás documentación de la obra ejecutada, forme parte integrante del Libro del Edificio viene determinada por la necesidad de que no sólo los adquirentes iniciales, sino también cualquier otro posterior, puedan conocer con exactitud el *dies a quo* del inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en los artículos 17.1 y 19 LOE.

Aunque la LOE no lo diga, habrá de adjuntarse igualmente al Libro del Edificio el «acta aparte» del artículo 6.2.d) LOE donde se hará constar la subsanación de los defectos constatados en las reservas del acta de recepción, puesto que los daños derivados de defectos que tengan su origen en las partes de la obra sobre las que existieran reservas no son objeto de garantía hasta que hayan sido subsanados y esta subsanación conste documentada en acta aparte —arts. 17.1 y 19.9.i) LOE—.

(173) ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 212, 227 y 228.

(174) Como dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 182, si el promotor dejó de incluir el acta de recepción con reservas en el Libro del Edificio, habrá de responder personalmente frente a los adquirentes de la falta de cobertura de los daños ocasionados.

por parte del adquirente, de la documentación de la obra ejecutada (o sea, el Libro del Edificio) y de los seguros y garantías con que cuente el edificio, ex artículo 16.1 LOE. Pero esta cláusula tampoco es inscribible por carecer de trascendencia real inmobiliaria.

c) La llamada «recepción unilateral» de la obra

Me remito, por no ser reiterativo, a lo expuesto sobre esta materia en los epígrafes y apartados correspondientes de este trabajo.

3. *Las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica... del artículo 2.2.a) in fine LOE; y las obras de ampliación, modificación, reforma, o rehabilitación... del artículo 2.2.b) LOE*

Me remito, en cuanto a este extremo, a lo ya expuesto en el epígrafe III-A), 1. y 2.

Tan sólo conviene añadir aquí, por lo que respecta a las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica... del artículo 2.2.a) *in fine* LOE, y las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación... del artículo 2.2.b) LOE (en lo referente a la interpretación de la expresión «*parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural*»), que se puede afirmar como norma de principio que **las licencias de obras mayores** tendencialmente **conducen a la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE** y, en cambio, **las licencias de obras menores no**, siendo conveniente la aportación de un plano y certificación de técnico competente.

4. *La acreditación de la suscripción de la garantía del artículo 19.1.a) LOE, o sea, la referente a los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*

Como ya se ha estudiado, esta garantía —no exigible de momento— se materializa en el **seguro anual** del artículo 19.1.a) LOE. Pero según este precepto, dicho seguro puede ser sustituido mediante pacto entre el constructor y el promotor, por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

Pues bien, en el caso de que se pacte la sustitución de este seguro por la retención del 5 por 100, en la escritura de declaración de obra nueva (o acta

de finalización de obra) deberán comparecer el constructor y el promotor para hacer constar en la misma la sustitución del seguro por la retención del 5 por 100. Por ello, lo que, en realidad, calificará el Registrador de la Propiedad —cuando sea exigible la garantía en cuestión— es si en la escritura de declaración de obra nueva (o acta de finalización de obra) consta la existencia del seguro o, en su defecto, la retención del 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra (175).

5. *La autopromoción y la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE* (176)

- a) Para la *doctrina mayoritaria*, en la autopromoción (promoción de la edificación para uso propio) es exigible la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE (177), al igual que en la promoción en sentido propio, dados los términos de la Ley y a pesar de las críticas certeras vertidas al respecto (178).
- b) Para la *doctrina minoritaria*, en la autopromoción no es exigible la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE. Si se sigue este criterio, preconizado fundamentalmente por MURIEDAS MAZORRA, GERARDO, debe exigirse, según el citado autor, al autopromotor que en la escritura de declaración de obra nueva, en construcción o terminada, declare que promueve para uso propio y que, por esa razón, no ha suscrito las garantías del artículo 19 LOE, circunstancia que se hará constar en el asiento, como publicidad-noticia para conocimiento de terceros, en especial los posibles adquirentes (179).

(175) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 127 y 131.

(176) Véase el epígrafe XIII.

(177) Véase el epígrafe XIII.

(178) Dice CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 384, que serán pocas las ocasiones en que un autopromotor requiera la inscripción de la declaración de obra nueva. Los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria no la requieren para que la hipoteca sobre el solar se extienda sobre las nuevas edificaciones. En otras ocasiones (por ejemplo, la venta a un tercero del solar edificado), bastará con *describir* en el título las cualidades físicas del inmueble, incluyendo la obra nueva, sin necesidad de que ésta sea de suyo objeto de *un asiento de inscripción* en el Registro de la Propiedad.

(179) MURIEDAS MAZORRA, GERARDO, en obra citada, pág. 16, dice que en relación con las cooperativas, comunidades de propietarios u otras figuras análogas, en las que no intervenga como promotor un «gestor» de cooperativas o comunidades de propietarios —promoviendo la cooperativa por cuenta de los socios o los condóminos en las comunidades de propietarios—, también habrá que cuidar de que quede claro este extremo en la escritura de declaración de obra nueva.

6. *La no inscribibilidad de los títulos traslativos o constitutivos de derechos sobre edificio inscrito «en construcción», describiéndose en el título como «edificio terminado»*

Me refiero al supuesto fáctico de que el Notario, indebidamente, a mi juicio, autorice una escritura de un acto jurídico traslativo o constitutivo (normalmente, venta o hipoteca) de derechos sobre un edificio —de momento sólo edificios cuyo destino principal sea el de vivienda— que registralmente figura «en construcción» —no constando registralmente, en consecuencia, su terminación—, afirmándose meramente en el título que la edificación está terminada.

Pues bien, si hasta la entrada en vigor de la LOE cabía destacar dos posiciones distintas, que respondían a dos criterios totalmente diferentes en orden a su inscribibilidad (180), en la actualidad hay que **negar su acceso registral** sin la constancia tabular del acta notarial de terminación de la obra, con los requisitos del artículo 22 de la Ley del Suelo y artículo 47 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, y la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE en relación con el artículo 20.1 LOE.

Si esto es así, ya no se podrá aplicar el artículo 51 RDU a los títulos traslativos o constitutivos de derechos que simplemente afirmen una obra como terminada cuando en el Registro de la Propiedad figure registralmente en construcción (181). Una actuación contraria implicaría dejar la puerta

(180) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, y DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en «El tráfico jurídico-registral sobre los inmuebles en construcción. Crítica de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de marzo de 1997», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 211, 1997, defendían la no inscribibilidad en tanto no se haya practicado la nota marginal de terminación de la construcción a que se refiere el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y el artículo 47 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (RDU). Para defender su postura partían de la base de que el artículo 51 RDU era aplicable solamente a los títulos traslativos en los que se declara que la edificación se encuentra todavía en construcción. En cambio, ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, en *La inscripción registral de actos urbanísticos*. Marcial Pons, 1999, pág. 380, y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 324, eran partidarios de su inscribibilidad por entender que el artículo 51 RDU no distingue en la aplicación de su contenido entre los títulos de venta de fincas en los que se describa la finca «en construcción» de los que afirmen lo contrario, es decir, que la obra está terminada. La DGRN, en Resolución de 21 de marzo de 1997, admitió la hipoteca de una finca cuya edificación se describe meramente en el título como terminada cuando en el Registro de la Propiedad está tabularmente en construcción.

(181) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, en «Adiós al artículo 51 del Reglamento de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 292, diciembre, 2000, pág. 20; RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 131, y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 324.

abierta al *fraus legis*, infringiendo, de modo flagrante, el artículo 20.1 LOE y el apartado 6 *in fine* de la E. de M. LOE (182).

7. *Las Cédulas de Calificación Definitiva de las Viviendas de Protección Oficial y el artículo 20.1 LOE*

La Cédula de Calificación Definitiva es un **documento administrativo** expedido por el respectivo órgano de la Comunidad Autónoma competente en materia de vivienda con **efectos fiscales y registrales**.

- a) *A efectos fiscales*, las exenciones se conceden en muchos casos teniendo en cuenta la Calificación Definitiva.
- b) Y, *a efectos registrales*, la Cédula de Calificación Definitiva, en la que consta la fecha de la terminación de la obra, se constata tabularmente en el Registro de la Propiedad por nota marginal, ex artículo 99 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio.

Esta nota marginal tiene el efecto de dar publicidad al carácter de vivienda de protección oficial de la finca para conocimiento de todos los terceros (183).

Pues bien, como en la Cédula consta la fecha de la terminación de la obra, **se plantea el problema de si es necesario acreditar en el momento de su constatación registral la constitución de las garantías del artículo 19 LOE.**

En mi modesta opinión, la respuesta ha de ser negativa por las siguientes razones:

- Porque la Cédula de Calificación Definitiva no es un título traslativo o constitutivo de derechos, a diferencia de la hipótesis del subepígrafe anterior, sino un documento administrativo constatación de un hecho y con los efectos fiscales y registrales aludidos. De ahí que su registración sea inocua por inexistencia del supuesto de hecho proscrito referido en el subepígrafe anterior: adquirentes de derechos.
- Y porque el artículo 22 de la Ley del Suelo y el artículo 47 en relación con el artículo 46.3 RDU exigen unos requisitos para la constancia de la terminación de la obra: el acta notarial de finalización de obra y el certificado del técnico competente a que se refieren dichos preceptos. De ahí que la Cédula de Calificación Definitiva no pueda, a mi juicio,

(182) La finalidad de la LOE, confesada en su E. de M., es «evitar el fraude a los adquirentes». De posibilitarse la inscripción de dichos títulos, ello representaría trasladar al propietario o tercer adquirente, en su caso, el coste del seguro.

(183) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Civitas. Tercera edición, 2001, pág. 1295.

sustituir, tratándose de viviendas de protección oficial, la formalización de dicha acta notarial —título formal— de finalización de obra para reflejar en el Registro de la Propiedad la terminación de la obra, sin perjuicio de la constancia registral de la obtención de la Cédula de Calificación Definitiva por nota marginal (184).

Por todo ello, la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 20.1 LOE, se traslada al momento de la formalización del acta notarial de terminación de obra, según la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000.

Ahora bien, por analogía con lo dispuesto en el artículo 51 RDU y la citada Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000, en la nota de despacho de la Cédula de Calificación Definitiva de Viviendas de Protección Oficial se hará constar el carácter obligatorio de la constatación registral de la terminación de la obra por medio del acta notarial de su finalización, ex artículos 22 de la Ley del Suelo, y 47 RDU, momento en el cual procederá la exigencia, en su caso, de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 20.1 LOE.

Ello no obsta, sin embargo, a que se deba negar el acceso registral de los títulos traslativos o constitutivos de derechos, aunque se describa el edificio como «*en construcción*», sin la constancia tabular del acta notarial de terminación de obra, con los requisitos de los artículos 22 de la Ley del Suelo y 47 RDU, y la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE en virtud del artículo 20.1 LOE. La razón es sencilla: en el Registro de la Propiedad figura, a través de la nota marginal de publicidad de la Cédula de Calificación Definitiva, una **constatación material** de la terminación de la obra pendiente de su **constatación formal** por medio de la expresada acta notarial de su terminación.

A efectos prácticos, es conveniente solicitar del interesado el acta notarial de terminación de obra cuando presente la Cédula de Calificación Definitiva.

8. *¿Son viables las garantías del artículo 19 LOE condicionadas en su efectividad a la transmisión del edificio o de parte de él a terceros?*

Una vez más hay que distinguir entre el seguro de daños materiales y el seguro de caución:

(184) No obstante, hay que reconocer que esta cuestión ha sido discutida doctrinalmente, dado el tenor del artículo 18 en relación con el artículo 17 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre.

a) En mi opinión, en el *seguro de daños materiales* un actual o potencial seguro **condicionado en su efectividad** a la transmisión del edificio o de parte de él a terceros (o sujeto a término) no es admisible y, en consecuencia, no sirve para acreditar el cumplimiento del requisito del artículo 20.1 LOE por las siguientes razones conectadas entre sí:

- Porque la suscripción **obligatoria** del **seguro de daños materiales** y, en definitiva, la **efectividad** del cumplimiento de la obligación de suscribir dicho seguro obligatorio (a fin de garantizar la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación), en virtud de los artículos 6.2.e), 9.2.d) y 11.2.h) LOE, está prevista en favor de los propietarios —promotores/autopromotores— y de los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, caso de que sean objeto de división —art. 17.1 en relación con el art. 19.2.a) LOE—.

Por eso, los beneficiarios del seguro de daños materiales no son sólo y obligatoriamente los terceros adquirentes sino también el **promotor/autopromotor, propietario o dueño de la obra** (185).

- Porque la Ley exige la existencia del seguro de **daños materiales** para hacer frente a los daños que puedan surgir a partir de «*la fecha de recepción de la obra*» —art. 17.1 en relación con los arts. 6.5 y 19.2.b) LOE y la Instrucción de la DGRN, de 11 de septiembre de 2000—. Y el inicio de la cobertura real de los riesgos —o sea, el comienzo material de contrato de seguro— se produce en el seguro de daños materiales desde la fecha del acta de recepción, no pudiendo demorarse el pago de la prima del seguro o, en su caso, primer fraccionamiento con respecto a la fecha del acta de recepción (186).

(185) Los artículos 6 y 19.2.a) LOE utilizan el término promotor, y el artículo 17.1 LOE habla de propietario, con lo cual existe una clara similitud, en la propia LOE, entre el promotor a que se refieren los artículos 6 y 19.2.a) LOE, y el propietario del edificio a que se refiere el artículo 17.1 LOE.

(186) Lo que ocurrirá más bien en la práctica es que existirá desde el inicio de las obras un preacuerdo entre el promotor y el asegurador, ya que este último no asegurará el edificio si no ha hecho un seguimiento técnico de la construcción (examinando los medios técnicos y humanos de los que dispone el promotor —elección de la Oficina Técnica de Control, Arquitectos, Constructor, etc.—), es decir, si no cuenta con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asienta el edificio, la supervisión de la idoneidad del proyecto y el control de la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000. El mismo autor en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio 2001, pág. 276.

- Porque el artículo 20.1 LOE en relación con la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000, exige la acreditación de la suscripción del seguro de **daños materiales** y, por lo tanto, el inicio de su cobertura real al formalizarse la escritura de obra nueva terminada o el acta notarial de finalización de obra en construcción. Ello a diferencia de la versión del Proyecto de Ley donde esa acreditación era precisa sólo para autorizar e inscribir escrituras públicas de primera transmisión *inter vivos* o de adjudicación voluntaria de edificaciones —al igual que el art. 15 de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de l'Habitatge—. Por eso, dice GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (187), que para que las garantías cumplan la finalidad con las que están previstas deben constituirse antes de que se formalice la adquisición de la edificación, cualquiera que sea el título jurídico, por el destinatario.
- Y, por último, porque, en consideración a todo lo expuesto, la pretendida **condición** sería **nula** por ser **contraria a una norma imperativa**: el artículo 20.1 LOE, en virtud del artículo 6.3 del Código Civil, envolviendo, incluso, un fraude de Ley en virtud del artículo 6.4 del Código Civil.

b) En el *seguro de caución*, en cambio, si se sigue la tesis de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (véase el epígrafe XIII de este trabajo) y siendo coherente con ella, por razón del fundamento teleológico de dicho seguro de caución, sí puede operar la **condición** cuando **se subordina el comienzo material** —o sea, el inicio de la cobertura real— del contrato de seguro al hecho de la transmisión de todo o parte del edificio a un tercero, único posible asegurado en el seguro de caución, ex artículo 193.a) LOE. En ese caso, a pesar de lo dispuesto por el artículo 19.3.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE, el promotor (tomador del seguro) no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surja el riesgo, o sea, la posibilidad de siniestro, posibilidad que

Siendo ello así, el promotor, de hecho, no esperará al día de la terminación de la obra para contratar el seguro, sino que lo suscribirá normalmente con anterioridad. Por eso cabe distinguir y compatibilizar dos momentos: a) el de perfección del contrato (emisión de la póliza), en una fecha, y b) el de inicio de la cobertura real de los riesgos (suscripción del documento de entrada en vigor), en otra fecha, que será la fecha de la recepción de la obra —quedando, en su caso, excluidas de la cobertura real las reservas formuladas en el acta de recepción de la obra mientras no hayan sido subsanadas, ex art. 19.9.i) LOE—. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 324. Por su parte, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2722, dice que el riesgo y, por lo tanto, su cobertura real, nacen desde la recepción de la obra.

(187) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 496.

no puede aparecer hasta la transmisión a un tercero de todo o parte del inmueble (188).

9. *Las obras nuevas declaradas conforme al artículo 52 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio (RDU), y la Disposición Transitoria Primera LOE en relación con el artículo 20.1 LOE*

El artículo 52 RDU establece:

«Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:

- a) *Que se pruebe por Certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por Certificación Técnica o por Acta Notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.*
- b) *Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.*
- c) *Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».*

El ámbito de aplicación práctica de este precepto está constituido por las construcciones u obras **terminadas no amparadas o legitimadas por licencia municipal de edificación**, previéndose cuatro documentos alternativos, ex artículo 52.a) RDU, como sustitutivos de la licencia y del certificado del técnico de los artículos 46 y 49 RDU.

Si no se acredita la obtención de la licencia (por ejemplo, porque no existe, habiéndose realizado la edificación sin licencia) y, en consecuencia, la fecha de solicitud de la licencia que toma como referencia la Disposición Transitoria Primera LOE a los fines del artículo 20.1 LOE, será suficiente

(188) En mi opinión, pueden corroborar esta tesis los artículos 14 *ab initio*, y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro y el criterio jurisprudencial de la configuración del seguro de caución, bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma y atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390, los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable.

para suplirla el cumplimiento de todos los requisitos expresados en el artículo 52 RDU, es decir, utilizar la vía de este precepto para la formalización e inscripción de la obra nueva terminada.

Y como habrá que acreditar la **terminación de la obra en fecha determinada** por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, estimo que, en principio, **será esa fecha la que opere a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE** a las obras nuevas del artículo 52 RDU porque no son ni de mejor ni de peor condición que las obras nuevas legitimadas con licencia municipal de edificación (189). De este modo, si la fecha de la terminación de la obra es anterior a la entrada en vigor de la LOE no será aplicable, lógicamente, el artículo 20.1 LOE; pero si la fecha de terminación de la obra es posterior a la entrada en vigor de la LOE actúa el artículo 20.1 LOE, a no ser que se pruebe —por uno cualquiera de los medios enumerados en el art. 52.a), por analogía, RDU— la iniciación de la obra con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LOE. Para defender este criterio, se puede citar la Disposición Transitoria Primera LOE, al decir:

«Lo dispuesto en esta Ley ... será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes...»

Por último, cuando sea procedente, las garantías obligatorias del artículo 19 LOE podrán suscribirse tomando como base la recepción bilateral o, en su caso, la llamada «recepción unilateral» de la obra (190).

(189) En las obras nuevas declaradas conforme al artículo 52 RDU, el punto de conexión a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE no puede ser el de la fecha de la solicitud de la licencia (como establece la Disposición Transitoria Primera LOE) —porque son obras no legitimadas por licencia municipal de edificación— si no el de la fecha de la terminación de la obra.

(190) Cuestión distinta, que, obviamente, no se puede desconocer, será que los propietarios de estas edificaciones terminadas tropiecen:

— Bien con la posible negativa de la entidad aseguradora a concertar el contrato de seguro sobre un edificio ya construido al no haber hecho un seguimiento técnico de la construcción que, por lo demás, puede tener notoria antigüedad.

— O bien con la dificultad de que la entidad aseguradora exija primas muy elevadas si no aparecen determinados *ab initio* todos o algunos de los agentes del proceso de edificación, dada la merma de su eventual derecho de subrogación que le reconoce el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y el artículo 18.2 LOE, caso de producirse el siniestro y pagada la indemnización al perjudicado.

En definitiva, las dificultades u obstáculos para contratar el seguro pueden ser grandes porque las entidades aseguradoras, antes de cubrir los riesgos, deben contar con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asienta el edificio, así como supervisar la idoneidad del proyecto y sobre todo controlar *ab initio* la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «El seguro...», obra citada, pág. 276.

10. *La inmatriculación de obras nuevas por su descripción en títulos referentes al inmueble y el artículo 20.1 LOE*

La obra nueva puede formalizarse: a) bien **mediante el pertinente documento específico descriptivo de la misma**, o b) bien **mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble**, de conformidad con los artículos 208 de la Ley Hipotecaria, 308 de su Reglamento, y 45 RDU.

- a) *En el primer supuesto* la escritura de declaración de obra nueva no se podrá inmatricular porque el título en sí mismo no es inmatriculable, ya que, al no formalizar una transmisión de dominio, no reúne el requisito esencial del artículo 199.b) de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 298.1 de su Reglamento.
- b) *Y, en el segundo supuesto*, es decir, cuando se pretenda la inmatriculación de la obra nueva a través de un título referente al inmueble no inmatriculado por su mera descripción en dicho título, bien sea un **título traslativo**, ex artículo 199.b) de la Ley Hipotecaria y 298.1 de su Reglamento, o bien un **expediente judicial de dominio**, ex artículo 199.a) de la Ley Hipotecaria, deberán acreditarse, por un lado, los requisitos de legalidad urbanística, ex artículos 22 de la Ley del Suelo y 45 y siguientes RDU (191), y, por otro lado, en su caso, la constitución de las garantías del artículo 19 en relación con el artículo 20.1 LOE (192).

(191) Resoluciones de la DGRN, de 22 de julio de 1998 y de 9 de octubre de 2000.

(192) CURIEL LORENTE, FERNANDO, *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*. Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 55 a 57 y pág. 105.

En relación con el expediente judicial de dominio que tenga por objeto la inmatriculación de casas o edificios —o sea, terrenos edificadas— y el expediente judicial de dominio reanudador del tracto sucesivo interrumpido de una finca registral que recoja o declare una obra nueva no inscrita (cfr. Resoluciones de la DGRN, de 18 de junio de 1991 y de 9 de octubre de 2000), a mi entender es exigible también la acreditación, en su caso, de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, a pesar del tenor literal del artículo 20.1 LOE y el apartado 6 *in fine* de la E. de M. LOE, que utilizan la expresión «*escrituras públicas*». Una interpretación literalista contraria supondría eludir el cumplimiento de los requisitos administrativos que para la inscripción exige el artículo 20.1 LOE. Y hay que tener presente que una de las finalidades de la Ley, según el apartado 6 *in fine* de la E. de M. LOE, es «*evitar el fraude a los adquirentes*».

Puede confirmar, analógicamente, este criterio la Resolución de la DGRN, de 9 de octubre de 2000, recaída en un expediente judicial de dominio reanudador del tracto sucesivo interrumpido de una finca registral, que, además, recoge o declara una obra nueva, afirmando el Centro Directivo que el cumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística (arts. 22 de la Ley del Suelo y 45 y sigs. RDU) es aplicable a todos los modos de acceso al Registro de la Propiedad de las edificaciones (y uno de ellos es su descripción en los títulos referentes al inmueble, ex arts. 208 de la Ley Hipotecaria y 308

Por último, hay que tener presente, a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE, que si se trata de una obra nueva amparada o legitimada por licencia municipal de edificación, actuará la Disposición Transitoria Primera LOE, y, caso contrario, opera el artículo 52 RDU en los términos ya expuestos *ut supra*.

11. *La posible repercusión notarial y registral del transcurso de los diversos plazos de garantía del artículo 17.1 LOE*

En relación con la **recepción de la obra**, se plantea el problema de si tanto el Notario autorizante de la escritura de la declaración de obra nueva o del acta de finalización de la obra como el Registrador de la Propiedad pueden prescindir de exigir que se acredite la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, si han transcurrido los respectivos y distintos plazos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE, según el origen de los daños.

En mi opinión, si se acredita al Notario o al Registrador de la Propiedad: a) bien la fecha de la recepción expresa de la obra sin reservas, y, en su caso, la subsanación documentada de éstas (ex arts. 6.5 y 17.1 LOE), o b) bien la fecha de la recepción tácita de la obra (ex arts. 6.4 y 6.5 LOE), todo ello **en forma fehaciente**, podrán prescindir de exigir que se les acredite la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, si en el momento de otorgarse la escritura de obra nueva o el acta de finalización de obra, o en el momento de practicarse el asiento registral, han transcurrido los plazos señalados en el artículo 17.1 LOE, y, en definitiva, el plazo máximo de responsabilidad o garantía de diez años previsto en el artículo 17.1.a) en relación con el artículo 19A.c) LOE. Ello valdría tanto para la recepción bilateral como para

de su Reglamento). Esta doctrina lógica la sienta la DGRN a pesar del tenor literal del artículo 22 de la Ley del Suelo que, al exigir la acreditación de los requisitos de legalidad urbanística en la formalización de las obras nuevas, utiliza también la expresión «escrituras». En apoyo de ello, el artículo 55 RDU, bajo la rúbrica «Calificación registral», establece que «los Registradores calificarán bajo su responsabilidad el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos —aquí ya no se habla solamente de escrituras— que no reúnan los requisitos exigidos —de legalidad urbanística— no serán inscribibles...» (cfr. también el art. 45 *ab initio* RDU).

Pues bien, si los artículos 22 de la Ley del Suelo, 45 y sigs. RDU, y 20.1 LOE exigen, respectivamente, determinados requisitos urbanísticos (LS) y administrativos (LOE) para la formalización e inscripción de las obras nuevas, no hay razón para no aplicar análogamente el artículo 55 RDU al artículo 20.1 LOE en la hipótesis concreta planteada de expedientes de dominio en los que se declare una obra nueva (en conclusión, no son inscribibles si no se acredita, en su caso, el cumplimiento de los requisitos administrativos del art. 20.1 LOE, totalmente necesarios a efectos de inscripción, sin perjuicio de la validez civil del acto jurídico).

la «recepción unilateral», siempre que las recepciones se hayan formalizado en su día **de forma fehaciente** (193).

En cualquier caso, *de lege ferenda* sería conveniente que, **a efectos notariales y registrales**, el legislador estableciese la fijación de **un plazo de caducidad de la omisión de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE**. El momento inicial del cómputo de dicho plazo de caducidad no sería la fecha fehaciente de la recepción bilateral expresa o tácita, o, en su caso, la fecha fehaciente de la «recepción unilateral» de la obra, porque pueden no haberse realizado, sino la **fecha de la terminación de la obra**, acreditada por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, por analogía con el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, y el artículo 52.a) RDU. Del mismo modo que el artículo 52 RDU posibilita la formalización e inscribibilidad de las obras nuevas amparadas en dicho precepto, una vez transcurrido el plazo de prescripción de la posible infracción urbanística, por incumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística, no hay razón para que el legislador no prevea, a efectos notariales y registrales, un plazo de caducidad por la omisión de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, que es simplemente un requisito administrativo y no un requisito de validez civil del acto ni del cumplimiento de la legalidad urbanística. Dicho plazo podría ser el de quince años de prescripción de las acciones personales del artículo 1.964 del Código Civil o el de diez años, que es el plazo máximo de garantía o responsabilidad establecido por el artículo 17.1.a) para los daños materiales previstos en el mismo; en mi opinión, parece más coherente *de lege ferenda* que se establezca este último plazo por razón de su fundamento teleológico. De esta forma, quedaría cubierta la laguna o falta de previsión legal existente a estos efectos.

12. *¿Puede el adquirente de promotor/autopromotor formalizar e inscribir una obra nueva construida pero no declarada por éste?*

Puede suceder que los promotores/autopromotores no otorguen las correspondientes escrituras de obra nueva con objeto de hurtarse a la exigencia de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE. La tentación puede ser muy grande porque una Ley promulgada «*a la brava*» en algunos aspectos cruciales y vidriosos, sobre todo en el régimen de autopromoción, puede provocar como resultado el levantamiento de construcciones «*a la brava*» —por utilizar la expresión de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (194)— en

(193) En parecidos términos se expresa GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1524.

(194) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 218.

un ambiente de manifiesta desobediencia civil, con la consiguiente «clandestinidad» de la edificación a los efectos de su título formal por no haberse constituido las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 20.1 LOE.

En torno a este problema cabe cuestionarse si el adquirente del promotor/autopromotor podrá otorgar la escritura de declaración de obra nueva (construida por su transmitente, promotor/autopromotor) sin necesidad de constituir las garantías del artículo 19 LOE.

En opinión de CARRASCO PERERA, ANGEL (195), la respuesta ha de ser positiva porque el artículo 20.1 LOE es una norma protectora de los adquirentes, como asegurados *ex lege* de las garantías concertadas al amparo del artículo 19 LOE. La norma pretende tutelar su expectativa contractual mediante un expediente previo a la adquisición de la edificación. De otra forma, sigue afirmando el citado autor, la norma adquiriría unos efectos perversos, y el incumplimiento de la misma por el sujeto obligado —el promotor infractor— serviría para gravar mucho más la posición de los beneficiados por la norma, que hubieran estado mejor protegidos de no haber existido la norma que sedicentemente trataba de protegerlos.

Aunque los argumentos aportados por dicho autor parezcan, en principio, sugerentes, a fin de defender su tesis, modestamente no la puedo compartir por los siguientes motivos:

- a) Por la negligencia del adquirente del promotor/autopromotor al no haber exigido de éste la formalización de la obra nueva y la constitución de las garantías del artículo 19 LOE como acto previo a su adquisición (aunque se puedan instrumentalizar simultáneamente la declaración de obra nueva y la transmisión de la finca registral). Y esta falta de diligencia del adquirente no le legitima para presentarse como «víctima» por una omisión del promotor-transmitente que el propio adquirente debió evitar.
- b) Y porque el adquirente del promotor/autopromotor no es el único beneficiario de las garantías del artículo 19 LOE, sino también los sucesivos adquirentes —o sea, los subadquirentes— (arts. 19.2 y 3 LOE; apartado seis *in fine* de la E. de M. LOE; y art. 17.1 LOE), a favor de todos los cuales principalmente (adquirentes y subadquirentes) deben constituirse las garantías.

Por eso, estimo que en la hipótesis estudiada por CARRASCO PERERA, ANGEL, el adquirente y, por extensión, los sucesivos adquirentes, pueden utilizar, según los casos, cualquiera de las siguientes vías alternativas:

(195) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 462.

- Requerir al promotor/autopromotor y al constructor para que, por un lado, caso de no haber suscrito el acta de recepción de la obra, formalicen la misma, ex artículo 6 en relación con los artículos 9.2.c) y 11.2.f) LOE —a no ser que justifiquen fehacientemente la recepción tácita de la obra conforme al art. 6.4 LOE—, y, por otro lado, suscriban las respectivas garantías del artículo 19 LOE, ex artículos 6.2.e), 9.2.d), 11.2.h) y 19.1, 2 y 3 LOE, so pena de responder personalmente, ex artículo 19.7 LOE (196).
- Suscribir el adquirente o, en su caso, el subadquirente, las garantías del artículo 19 LOE, aportando el acta de recepción de la obra suscrita en su día, al menos, por el constructor y el promotor con los requisitos del artículo 6 LOE, o justificando fehacientemente la recepción tácita de la obra realizada, en su día, por el promotor en la forma determinada por el artículo 6.4 LOE (197).
- Realizar el adquirente o, en su caso, el subadquirente, por sí mismo, y por subrogación, a efectos de suscribir las garantías del artículo 19 LOE, la que he venido denominando «recepción unilateral», en defecto y por imposibilidad material de la recepción bilateral de la obra.
- Dejar transcurrir los plazos de responsabilidad o garantía señalados en el artículo 17.1 LOE y, en definitiva, el plazo máximo de diez años de responsabilidad por los daños materiales a que se refiere el artículo 17.1.a) LOE, acreditando al Notario y al Registrador de la Propiedad: a) bien la fecha de la recepción expresa de la obra sin reservas y, en su caso, la subsanación documentada de éstas (ex

(196) Ello porque, en virtud de los preceptos citados, no pueden eludir la constitución de las respectivas garantías —obligatorias para el promotor/autopromotor y para el constructor— trasladando dicha carga al adquirente, so pena de responder personalmente, ex artículo 19.7 LOE.

(197) Cuestión distinta será que los terceros adquirentes tropiecen:

— Bien con la posible negativa de la entidad aseguradora a concertar el contrato de seguro sobre un edificio ya construido a no haber hecho un seguimiento técnico de la construcción que, por lo demás, puede tener notoria antigüedad.

— O bien con la dificultad de que la entidad aseguradora exija primas muy elevadas si no aparecen determinados *ab initio* todos o algunos de los agentes del proceso de edificación, dada la merma de su eventual derecho de subrogación que le reconoce el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y el artículo 18.2 LOE, caso de producirse el siniestro y pagada la indemnización al perjudicado.

En definitiva, las dificultades u obstáculos para contratar el seguro pueden ser grandes porque las entidades aseguradoras, antes de cubrir los riesgos, deben contar con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asiente el edificio, así como supervisar la idoneidad del proyecto y sobre todo controlar *ab initio* la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «El seguro...», obra citada, pág. 276.

- arts. 17.1 y 6.5 LOE), o *b*) bien la fecha de la recepción tácita de la obra (ex arts. 6.4 y 6.5 LOE), todo ello en **forma fehaciente** (198).
- Y, por último, si bien *de le ge ferenda*, probar, por un lado, la terminación de la obra en una fecha determinada por uno cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, por analogía con el vigente artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, y el artículo 52.a) RDU, y, por otro lado, el transcurso de un determinado plazo a partir de dicha fecha, de igual forma que prevé el artículo 52.a) y *b*) RDU en materia de legalidad urbanística. De ahí la conveniencia, reitero, *de lege ferenda*, de que el legislador prevea, a efectos notariales y registrales, un plazo de caducidad de la omisión del requisito administrativo consistente en la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, a contar, no desde la fecha fehaciente de la recepción bilateral expresa o tácita, o, en su caso, desde la fecha fehaciente de la «recepción unilateral» de la obra, porque pueden no haberse realizado, sino desde la fecha de la terminación de la obra, acreditada por cualquiera de los medios expresados.

De no ser viables las soluciones que he apuntado, la problemática se agrava en relación con los adquirentes y subadquirentes porque una hermenéutica literal conllevaría —en contra de la medida y la lógica del sentido común— la proscripción de la formalización de las obras nuevas, y, consiguientemente, el cierre registral de las mismas, por parte de los adquirentes y subadquirentes de promotores/autopromotores, convirtiéndolas *de iure* en «clandestinas» a perpetuidad, con lo que a todas las inseguridades de las que la Ley quiere proteger a los adquirentes se añadiría la de su clandestinidad al no poder escriturar ni inscribir. Y esta proscripción (por una infracción ajena recayente sobre el promotor que no constituyó las garantías del art. 19 LOE ni, acaso, recepcionase la obra) vulneraría el artículo 24 de la Constitución Española que, en su acepción amplia, judicial y extrajudicial, proscribire la indefensión de derechos (199).

Desde mi punto de vista, todo ello parece demostrar que las críticas del artículo 20.1 LOE se deben predicar respecto de la exigencia de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE para formalizar e inscribir en el

(198) Ello valdría tanto para la recepción bilateral como para la «recepción unilateral» de la obra, siempre que las recepciones se hayan formalizado, en su día, de forma fehaciente.

(199) Dice PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 217, que la indefensión se produciría porque los terceros adquirentes interesados en escriturar e inscribir la obra nueva no podrían servirse de los medios de defensa (materiales o procesales), dependientes de la inscripción, que el Ordenamiento civil reconoce.

Registro de la Propiedad las obras nuevas (200), pues el legislador ha querido subordinar la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva a un **requisito administrativo**, cual es la constitución de las garantías del artículo 19 LOE. Y este requisito administrativo **no pertenece a la estructura dispositiva civil del acto de declaración** (201) y es, además, **ajeno al control del cumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística** contenidos en el artículo 22 de la Ley del Suelo (que es legislación básica), desarrollado por los artículos 45 y siguientes RDU (202).

RICARDO FRANCISCO SIFRE PUIG
Registrador de la Propiedad

(200) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 456, dice que es dudoso en qué medida ha sido procedente la innovación del artículo 20.1 LOE.

(201) El seguro o garantía no es un elemento material que conforme la validez de la declaración de obra nueva como acto dispositivo, desde el punto de vista civil.

(202) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 456 y 459.