

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14362 *Resolución de 22 de julio de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Almuñécar, a inscribir una declaración de obra nueva.*

En el recurso interpuesto por don D. J. C. y doña A. M. C. contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Almuñécar, doña María Cristina Palma López, a inscribir una declaración de obra nueva.

Hechos

I

Se presenta en el Registro escritura autorizada por el Notario de Almuñécar, don Carlos Fernández Guzmán, por la que los recurrentes declaran una obra nueva que se terminó en 2004 manifestando que no tenían contratado seguro decenal, ya que la vivienda se construyó para uso propio. La obra nueva se describe con dos plantas pertenecientes a dos propietarios en la proporción de 60,33% y 39,67% respectivamente.

La Registradora de la Propiedad de Almuñécar suspendió la inscripción en base a la siguiente nota de calificación: «Hechos. El día 17/06/2009 fue presentado el documento de referencia para su inscripción en este Registro. Se presenta escritura de obra nueva otorgada el 12 de agosto de 2005 ante el Notario de Almuñécar don Carlos Fernández Guzmán n.º de protocolo 2013/2005, en unión de escritura de ratificación n.º de protocolo 932/2008 y de testimonio de diligencia 2013/ 2005 ambas ante el mismo notario, que habían originado calificaciones de fecha 13 de agosto de 2008, ahora en unión de escritura de subsanación de fecha 1 de junio de 2009, n.º 673 ante el mismo notario, en la que manifiestan los dos matrimonios declarantes de la obra nueva don D. J. C. y su esposa y don J. A. P. M. y su esposa y el arquitecto doña I. M. C, que la obra nueva declarada en 2005 terminó en 2004 y que no tienen contratado el seguro decenal, ya que la vivienda se construyó para destinarla a uso propio. Sobre la finca registral 10687 don D. J. C. y su esposa y don J. A. P. M. y su esposa, dueños de la misma en la proporción de 39,67% de por mitad los primeros y de 60,33% los segundos con carácter presuntivamente ganancial, en el año 2005, el 31 de agosto, declararon la obra nueva de una vivienda en la misma proporción de que eran dueños; dicha declaración de obra nueva se inscribió con fecha 10 de junio de 2008, manifestando que la casa tenía una antigüedad anterior al 1990. Cuando se presenta la escritura de 12 de agosto de 2005 y demás documentación, en unión de la escritura de subsanación de 2009 y alegan la exoneración de la necesidad del seguro decenal es cuando deben ser analizadas las exigencias que para tal exoneración se contemplan en la disposición adicional segunda de la ley de ordenación de la edificación. El que se trate de una única vivienda unifamiliar. Objetivamente considerado este requisito no se cumple, pues los mismos titulares sobre la misma finca registral han realizado la declaración de obra nueva de otra vivienda, según ha quedado constatado. No obstante la DGRN en resolución de 11 de noviembre de 2006 admitió que no se exigiera el seguro decenal en la declaración de obra nueva de dos viviendas constituidas en régimen de propiedad horizontal para uso propio. Aparte del hecho de no estar las dos viviendas cuya obra nueva se pretende en las escrituras de 31 de agosto de 2005 y 12 de agosto de 2005, a que hemos hecho referencia, constituidas en régimen de propiedad horizontal, el supuesto de hecho no es equiparable pues ambas declaraciones de obra nueva no se declaran en el mismo documento, ni tienen la misma fecha de terminación y además la licencia de obras y licencia de legalización, en cuanto a la escritura objeto de calificación, se refiere únicamente a la obra nueva que en ella se declara, ya que la otra vivienda existía

con anterioridad al año 1990, según consta en los antecedentes del Registro. El que se trate de un autopromotor individual. La Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación que deba darse a las modificaciones introducidas en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, por el artículo 105 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social establecía que «El concepto de autopromotor individual no debe llevarse a interpretaciones excesivamente rigoristas, de manera que cuando la ley se refiere a, según sostuvo este Centro Directivo en Resolución de 9 de julio de 2003, deben entenderse comprendidos en dicho concepto tanto las personas físicas como las personas jurídicas, dado que en última instancia éstas son una sola entidad, son «individuales» siguiendo un criterio numérico.» Por tanto ante la citada interpretación y siguiendo el citado criterio numérico se puede deducir que la obra nueva declarada por dos matrimonios no cumple el criterio numérico de individualidad y que por tanto no estamos ante un autopromotor individual. La DGRN únicamente ha realizado una interpretación del concepto de autopromotor incluyendo además de las personas jurídicas (respetando el criterio numérico) a los miembros de la comunidad valenciana según resolución de 9 de mayo de 2007, en los que se considera que cada uno de ellos realiza exclusivamente la declaración de obra nueva de su vivienda. En los supuestos de comunidad de tipo romano, según lo establecido en los arts. 392 y ss. del Código Civil, cada titular no tiene una parte concreta de la cosa o derecho, a diferencia de la comunidad valenciana, sino que todos tienen la cotitularidad sobre toda la cosa «pro indiviso», de ahí que no se pueda plantear desde ningún punto de vista, a los efectos que nos ocupa, el criterio de la individualidad en una comunidad de tipo romano. No cumpliéndose ninguno de los dos requisitos que fundamentan la exoneración del seguro decenal, la escritura presentada adolece del defecto subsanable de no haber aportado el seguro decenal, al no cumplir los requisitos que para la exoneración en el caso de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar se establecen en la citada disposición adicional segunda. Fundamentos de derecho.-Los expresados en la exposición de los hechos. Acuerdo. La suspensión de la inscripción del documento presentado en virtud de los fundamentos de derecho antes expresados. La notificación de esta calificación al presentante y al Notario o autoridad que expide el documento en el plazo de 10 días hábiles de conformidad con el artículo 58, 2 y 48 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y la prórroga del asiento de presentación de conformidad con el artículo 323 de la L.H. (Sigue pie de recursos). Almuñécar, veinticinco de junio de dos mil nueve. La Registradora.»

II

La anterior calificación fue recurrida por los declarantes mediante escrito de fecha 24 de julio de 2009 en el que se hacían las siguientes alegaciones: Que la declaración de obra nueva se efectuó en relación con la finca 10.687 de la que somos titulares en pro-indiviso con don J. A. P. M. y su esposa, siendo éstos propietarios del 67,33% con carácter ganancial y nosotros propietarios del 39,67% según el régimen económico matrimonial inglés, por mitades indivisas. Que en la mencionada finca n.º 10.687 aparece inscrita una vivienda terminada la cual constituye la vivienda habitual de don J. A. P. M. y su esposa. Que la escritura de Obra nueva otorgada el 12 de agosto de 2.005 ante el Notario de Almuñécar, don Carlos Fernández Guzmán número de protocolo 2013/2005, se presentó en unión de testimonio de diligencia 2013/2005 en la que la arquitecto manifestaba que la obra declarada se encontraba terminada y se ajustaba al proyecto para el que obtuvo la licencia de obras. Asimismo, se presentó escritura de ratificación de fecha 13 de mayo de 2008, protocolo número 932 y de subsanación de fecha 1 de junio de 2009, protocolo número 673, todas ellas autorizadas por el Notario de Almuñécar, don Carlos Fernández Guzmán, en la que manifestaban los dos matrimonios declarantes de la obra nueva, y la arquitecto Técnico, que la obra nueva declarada en 2005 se terminó en el año 2004 y que no tenía contratado seguro decenal ya que la vivienda se construyó para destinarla a uso propio, hecho que se acreditaba con los correspondientes recibos de consumo de agua y

de electricidad, así como con el mencionado documento por el que se concedía la Licencia de primera ocupación. Que el 25 de junio de 2009 recibimos por fax acuerdo por el que la Registradora de Almuñécar suspendió la inscripción del documento presentado en base a que consideraba que no se cumplía el requisito de que se trate de una única vivienda unifamiliar, si bien hacía mención de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 2008 que admitió que no se exigiera el seguro decenal en la declaración de obra nueva de dos viviendas constituidas en régimen de propiedad horizontal para uso propio. Consideraba asimismo la Registradora de la Propiedad en su calificación que no se trataba de un autopromotor individual ya que la obra declarada por dos matrimonios no cumplía el criterio numérico de la individualidad y por tanto no estábamos ante un promotor individual, si bien alude a la Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación que deba darse a las modificaciones introducidas en la disposición Adicional Segunda de la ley 38/1999 de 5 de Noviembre de Ordenación de la Edificación que establecía que el concepto de autopromotor individual no debe llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas. Que para la inscripción de las obras nuevas destinadas a vivienda era necesaria la contratación del seguro decenal exigido por los artículos 19.1 c) y 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, salvo que se tratase de un supuesto de autopromotor individual de una única vivienda para uso propio, debiendo manifestarse tal destino a uso propio de los promotores. El concepto de autopromotor individual, tal y como establece la Resolución de 5 de abril de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no debía llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas, sino que había de interpretarse en forma amplia. Que en este caso concreto en el que estamos ante una finca de la cual eran dueños en proindiviso don J. A. P. M. y su esposa en cuanto al 60,33% y, los Srs. C, en cuanto al 39,67%, cada dueño actuaba como autopromotor de su propia vivienda, sin perjuicio de que, si cualquiera de ellos no pudiera probar haber usado la vivienda para sí, y pretendiera transmitirla a un tercero dentro de los diez años siguientes a la conclusión de la obra, o si aún probando haber destinado la vivienda para uso propio, el adquirente no le exonere del seguro decenal, en ambos casos debería contratarse un seguro decenal. Así también, en el caso que nos ocupa, no existía una sola declaración de obra nueva sobre varias viviendas, sino dos declaraciones distintas, realizadas por los distintos propietarios, cada uno respecto de su vivienda. Que querían mencionar en este punto que desde el 1 de enero de 2003, nuestra legislación había querido dejar clara la decisión enteramente libre de si contrata o no el seguro decenal el autopromotor, esto es a quien, como en nuestro caso, promueve sobre suelo propio la construcción de una vivienda para uso propio. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 17 de marzo de 2007 que estima el recurso para un supuesto análogo al que nos ocupa: la posibilidad de inscribir el acta de terminación de obra nueva cuando, por un lado, la licencia se refiere a tres viviendas, y el declarante es una persona física que manifiesta en la escritura que su intención es destinar la vivienda a uso propio, por lo que no es necesario constituir seguro de responsabilidad decenal. En este mismo sentido citaban la reciente Resolución de 11 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que aplicado al caso que nos ocupaba, se podría argumentar que el hecho de que la propiedad del suelo sea en pro-indiviso no es contradictorio con el uso propio de ambas viviendas. Que a ambas situaciones le eran de aplicación las siguientes consideraciones: la ratio o espíritu del artículo 19.1.c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación es la de proteger al adquirente de una vivienda a través del seguro establecido en tal disposición; dicha finalidad proteccionista carece de sentido en el supuesto concreto que se recurre, pues no existe un tercer adquirente a quien deba protegerse ante los perjuicios económicos derivados de los defectos de construcción; no tiene sentido obligar a una persona, que promueve para sí a que asegure contra sí mismo; y es que a nadie perjudica el que se demore la contratación del seguro al momento en que se produzca la enajenación, si la misma, de hecho, se produce. Por ello, la ley sólo exige la declaración

de que se va a usar lo construido para uso propio, porque en todo caso el seguro se exigirá si se produce la enajenación.

III

La Registradora se mantuvo en su calificación, remitiendo el expediente a este Centro Directivo con el preceptivo informe, con fecha 7 de agosto de 2009 que tuvo su entrada el 11 siguiente.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3,1, 4.1, 6.2, 6.3, 392, 393 y 398 del Código Civil; 208 de la Ley Hipotecaria; 308 de su Reglamento; 9, 19 y 20 y disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación; 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; la Resolución Circular de esta Dirección General de 3 de diciembre de 2003 y las Resoluciones –también de este Centro Directivo– de 9 de julio de 2003, 28 de octubre de 2004, 5 de abril, 10 de junio y 9 de julio de 2005, 18 de mayo de 2006, 17 de marzo y 9 de mayo de 2007 y 11 de noviembre de 2008.

1. Para la resolución del presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Con fecha 31 de agosto de 2005 se autorizó escritura de declaración de obra nueva de una vivienda sobre la finca registral 10.687 del Registro de la Propiedad de Almuñécar, otorgada por los dos matrimonios propietarios, dueños de la misma en la proporción de un 60,33% el primer matrimonio con carácter presuntivamente ganancial, y de un 39,67% el segundo matrimonio por mitades indivisas. Esta escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad el 10 de junio de 2008.

b) El 17 de junio de 2009 se presentó otra escritura de declaración de obra nueva de otra vivienda, de dos plantas (semisótano y baja), otorgada sobre la misma finca registral 10.687 por los mismos propietarios antes citados y en la misma proporción en que son dueños. Los otorgantes declaran que no tienen contratado el seguro decenal a que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que la vivienda declarada fue construida para destinarla a uso propio.

Las dos viviendas indicadas, construidas sobre la misma finca registral, no están constituidas en régimen de propiedad horizontal.

c) La Registradora suspende la inscripción por entender que, al no tratarse de una única vivienda unifamiliar ni tampoco de autopromotor individual, es indispensable la constitución de un seguro decenal.

2. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de 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» (cfr. artículo 1, n.º 1). A esta finalidad se refiere la Exposición de Motivos de la Ley al afirmar que, ante la creciente demanda de calidad por parte de la sociedad, la Ley pretende que «la garantía para proteger a los usuarios se asiente no sólo en los requisitos técnicos de lo construido sino también en el establecimiento de un seguro de daños o de caución». Hay, pues, dos elementos de garantía de la protección del usuario: los requisitos técnicos de la construcción, de un lado, y el seguro de daños o caución, de otro.

Respecto de los denominados «requisitos básicos de la edificación» a que se refiere la Exposición de Motivos, tendentes a garantizar la seguridad de las personas y el bienestar de la sociedad, la Ley incluye de forma destacada los relativos a la seguridad del edificio y, en concreto, a la «seguridad estructural de tal forma que no se produzcan en el edificio,

o partes del mismo, daños 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 la estabilidad del edificio» (cfr. artículo 3, n.º 1, b).

En cuanto al seguro de daños o caución, como garantía frente a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción, se refiere al mismo el artículo 19, n.º 1, de la Ley, que incluye en su letra c), entre las garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, definido por su artículo 2, el seguro de daños materiales o seguro de caución, «para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio».

3. La Ley impone al promotor la obligación de suscribir el citado seguro (cfr. artículo 9, n.º 1, d), obligación que, conforme a la Disposición adicional primera, número uno del mismo texto legal, es exigible, desde su entrada en vigor, «para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda». Y a fin de garantizar el cumplimiento de esta obligación, establece, a su vez, una obligación de control de tal cumplimiento, al establecer en su artículo 20, n.º 1, un cierre registral para las escrituras públicas de declaración de obras nuevas de las edificaciones que entren en el ámbito de aplicación de la Ley (cfr. artículo 2), «sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

Ahora bien, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio nueva redacción a la Disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, añadiendo un nuevo párrafo a su número uno, incorporando una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de caución antes referido, en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Como contra excepción se añade a continuación que, sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «ínter vivos» dentro del plazo de diez años «el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión ínter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma». Para dirimir el presente recurso se ha de determinar el alcance preciso de esta excepción y decidir si el caso objeto de la calificación recurrida queda comprendido o no en el mismo.

4. A tal efecto, es relevante señalar, por otra parte, que conforme al artículo 19.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en los seguros de daños materiales a que se refiere la letra c) del apartado primero, esto es, el seguro decenal contra daños estructurales, tendrá la consideración de tomador del seguro el promotor, y de «asegurados el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo». Por tanto, la Ley contempla como un supuesto ordinario de seguro, dentro de la regla general de su constitución obligatoria, aquel en que el asegurado es el propio tomador, esto es, el promotor. Siendo así que entre las obligaciones del promotor se encuentra la de suscribir los seguros del artículo 19 (cfr. artículo 9.2, d), y que el promotor se define como «cualquier persona (física o jurídica, pública o privada) que decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, tanto si lo hace «para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título», y tanto si se trata de una persona «individual o colectiva» (cfr. artículo 9, n.º 1).

Vemos, pues, cómo la Ley incluye dentro de la regla general de la obligación y exigibilidad del seguro también los casos en que se trate de un promotor individual que impulsa las obras de edificación «para sí», esto es, para uso propio. En consecuencia, se ha de convenir que la mera renuncia o consentimiento del adquirente como beneficiario del seguro en tanto que asegurado no es razón suficiente para eximir del cumplimiento de la obligación del promotor de suscribir el seguro y, por consiguiente, tampoco de la

existencia del seguro como requisito previo para la inscripción de la obra nueva declarada en el Registro de la Propiedad. Si así fuera no se entendería que la Ley imponga también la obligación de asegurar incluso cuando el promotor impulsa la construcción «para sí», sin intención de su enajenación, entrega o cesión a terceros, bajo cualquier título.

Ello explica el cambio introducido en la redacción del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación durante su tramitación parlamentaria. En efecto, en la redacción inicial del Proyecto de Ley dicho artículo imponía el control notarial y registral de la constitución del seguro en el momento de autorizar e inscribir «escrituras públicas de primera transmisión inter vivos o de adjudicación voluntaria de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley», estableciendo el cierre registral en caso de que no se acreditase o testimoniase en la escritura correspondiente la constitución de las garantías previstas en el artículo 19. Sin embargo, el texto definitivo del artículo 20 nº 1, como sabemos, adelanta el control notarial y registral sobre la constitución de las garantías del momento de la primera transmisión «inter vivos» o adjudicación (como preveía el Proyecto) al momento previo, anterior a cualquier transmisión, de la declaración de la obra nueva. Con ello se consigue igualmente una más plena garantía del derecho de los usuarios de las viviendas construidas, como vemos a continuación.

5. En efecto, siendo la finalidad de la Ley la «adecuada protección de los intereses de los usuarios» (cfr. artículo 1.1), es importante advertir que el concepto legal de «usuario» es distinto al de «propietario», con el que podrá coincidir o no, como se desprende con claridad del artículo 16.2 de la Ley, al enunciar las obligaciones que corresponden al primero, como contrapuestas de las que son propias del segundo. De donde se colige sin dificultad que fuera de los estrictos casos enunciados en la Ley (en concreto, en el caso del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio) no puede dispensarse el cumplimiento del requisito legal del seguro para la inscripción de la obra nueva en base a la mera renuncia del titular inicial (promotor) o adquirente ulterior, pues tal renuncia podría redundar en perjuicio de cualquier usuario que lo fuere por título distinto al de titular del dominio (cfr. artículo 6.2 del Código Civil). Así lo prueba también el hecho de que, como ha declarado este Centro Directivo en su Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, que reitera en este punto el criterio de su Resolución de 24 de mayo de 2001, la obligación de constituir el seguro es extensiva también a los edificios de viviendas destinadas a su alquiler y a los edificios en régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, sin distinguir en función de que el derecho de aprovechamiento esté configurado o no como un derecho real limitado (cfr. artículo 1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre). Nuevamente vemos cómo la mera ausencia de una transmisión, y subsiguiente exoneración por parte del adquirente, no constituyen, fuera del concreto caso de exención legal incluida expresamente en la Disposición adicional segunda de la Ley, motivo de dispensa de la repetida obligación de asegurar los datos estructurales del edificio.

Confirma lo anterior el hecho de que esta preocupación y finalidad tuitiva y protectora de los intereses de los usuarios quedó nuevamente subrayada en esta materia por la nueva regulación que en relación con la inscripción de declaraciones de obra nueva se contiene en el artículo 19 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, regulación que posteriormente se incorporó al artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. En concreto, el párrafo segundo del n.º 1 del citado precepto, al regular los requisitos que deberán exigir los Notarios y Registradores para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva terminada, incluye entre los mismos «además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística». La Resolución-Circular de este Centro Directivo de 26 de julio de 2007, resolviendo consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España, aclara que la novedad referente a la acreditación

documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios, «significa que no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales exigidos por esa ley para la entrega al usuario» (Libro del Edificio).

6. Queda por determinar, pues, el ámbito concreto de esta excepción legal introducida por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, en relación con el autopromotor, y su aplicabilidad o no al presente caso. Pues bien, conforme a la citada Disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, en su redacción dada por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, el seguro decenal «no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Exige la Ley para la aplicación del precepto, y por tanto para la exoneración del seguro, como recogió la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2003, un doble requisito: subjetivo y objetivo, pues debe tratarse de «un autopromotor individual» y, además, de «una única vivienda unifamiliar para uso propio», requisitos distintos y/o alternativos que, en consecuencia, deben concurrir acumulativamente para que la excepción legal sea procedente.

Al tiempo de interpretar esta excepción al régimen general, no se ha de perder de vista que, como ya sostuvo este Centro Directivo en su Resolución de 19 de julio de 2005, uno de los «objetivos primordiales» de la Ley de Ordenación de la Edificación es «garantizar a los propietarios de todas las modalidades de edificaciones sujetas a su ámbito de aplicación, sea el promotor original o el adquirente posterior de todo o parte de lo edificado, frente a una serie de daños de diverso tipo, a través de la obligación que se impone de contratar seguros que los cubran en determinadas condiciones (cfr. artículo 19); de ahí la necesidad de interpretar con carácter estricto, y caso por caso, aquellos supuestos que pudieran suponer una derogación de lo que sería el régimen general de la Ley en orden a la exigencia de dicho seguro decenal».

Este planteamiento de imponer la obligatoriedad del seguro incluso cuando el promotor no transmita a un tercero, resulta coherente puesto que el seguro obligatorio que impone la Ley no es un seguro de responsabilidad civil, que necesariamente implica la existencia de un tercero respecto del que el asegurado cubre el riesgo del nacimiento a su cargo de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato y del que el asegurado sea civilmente responsable (cfr. artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro), sino un seguro de daños, que no requiere necesariamente de la existencia de un tercero como beneficiario distinto del propio asegurado. Por ello el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación no habla sólo de seguro de «caución», en que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento de los daños patrimoniales sufridos (cfr. artículo 68 de la citada Ley 50/1980), sino también de seguro de «daños» en que el riesgo cubierto es el de la pérdida patrimonial propia del asegurado por razón del acaecimiento del siniestro asegurado (en este caso, el daño en la estructura del edificio). Además de ello, no se ha de olvidar que otro de los objetivos primordiales de la Ley es el de la protección del usuario, por cualquier título que lo sea, especialmente el arrendatario, y no sólo al usuario adquirente del dominio de la vivienda, como antes se indicó, por lo que es lógico que la garantía del artículo 20 de la Ley no se restrinja a los casos en que se produce una «transmisión» del dominio del edificio o de cualquiera de sus viviendas.

Finalmente, la exigencia de la constitución del seguro y su carácter obligatorio para el promotor, incluso antes de que se produzca la primera transmisión «inter vivos», se explica también por su afectación al interés de terceros, como son los restantes agentes que intervienen en el proceso de la edificación y los acreedores hipotecarios de la edificación o de los distintos elementos en que se haya dividido. Así resulta, en cuanto a los primeros,

del régimen de responsabilidad establecido por el artículo 17 nº 3 de la Ley al disponer que «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. 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», régimen de responsabilidad solidaria por razón del cual la cobertura del riesgo del promotor derivado del acaecimiento de los citados daños materiales no es ajena al interés del resto de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. En el mismo sentido, los acreedores hipotecarios de la finca antes citados están también interesados en el cumplimiento de la obligación de constitución del seguro habida cuenta del régimen de extensión objetiva de la hipoteca a las indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados si el siniestro acaece después de la constitución de la garantía real (cfr. artículos 110, n.º 2, de la Ley Hipotecaria y 40 y 41 de la Ley de Contrato de Seguro).

7. Pues bien, en cuanto al primero de los requisitos antes citados para la aplicación de la excepción introducida por el artículo 105 de la Ley 53/2002 (tratarse de «autopromotor individual») es doctrina reiterada de esta Dirección General que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia. Así lo destacan, entre otras, las Resoluciones de 9 de julio de 2003 y de 5 de abril de 2005, que admiten comprender en tal concepto legal tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, dado que en última instancia estas son una sola entidad, esto es, son individuales siguiendo un criterio numérico. En esta línea interpretativa, la Resolución Circular reseñada afirmó la inclusión dentro del mismo de la comúnmente llamada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios; si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. En suma, el concepto de autopromotor individual ha de interpretarse en contraposición al promotor colectivo que contempla la propia Ley.

En cuanto al segundo de los requisitos legales de la excepción, la reforma introducida por la Ley 53/2002 exige la concurrencia de los siguientes extremos a efectos de excluir la necesidad de constituir el seguro decenal en el momento de declarar la obra nueva: 1.º que se trata no sólo de vivienda, cuyo concepto se determina por el uso a que se destina (Resolución 24 de mayo de 2001), sino que esta vivienda sea «unifamiliar»; 2.º que la vivienda se destina a «uso propio»; y 3.º que se trata de «una única» vivienda (vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de junio de 2009).

Por lo que respecta al concepto de «vivienda destinada a uso propio», se entiende toda aquella que tienda a este uso por parte del autopromotor y que no pretenda estar destinada originariamente a posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título (cfr. artículo 9 de la Ley). Dentro de este concepto de terceros deben comprenderse, como se ha indicado, tanto los titulares del pleno dominio de la finca, como los de cualquier derecho real de uso y disfrute sobre la misma, así como a los arrendatarios. El concepto de uso propio debe ser excluyente de otras titularidades de disfrute sobre el mismo bien coetáneas a las del autopromotor.

Por ello, aún cuando este uso propio, por lo general, será un hecho futuro con relación al momento de la declaración de la obra nueva -aunque podrá no serlo en caso de que exista cierto lapso de tiempo entre la fecha de finalización de la obra y la de la declaración de la obra nueva-, puede entenderse cumplido el requisito de su acreditación con la manifestación del promotor en tal sentido, siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental (como, por ejemplo, en el caso citado por la Resolución de 9 de mayo de 2007 de aportarse una licencia municipal de obras que no lo sea para una vivienda unifamiliar), resulta necesario evitar la aplicación de la excepción más allá del estricto ámbito para el que la ha habilitado la Ley, pues su aplicación extensiva a otros supuestos supone desnaturalizar la garantía fijada por la Ley en beneficio de usuarios y terceros, a

través del control notarial y registral, al sustituirla por la mera manifestación del declarante de la obra nueva.

8. Centrándonos en el supuesto de hecho a que se refiere el título presentado, relativo a la construcción por una pluralidad de personas -titulares en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas indivisas- de una vivienda sobre una finca en la que ya figura previamente inscrita la obra nueva de otra vivienda a favor de los mismos cotitulares, si bien ésta está asentada sobre una porción de la parcela distinta a la que ocupa aquella, cabe destacar que en estos casos de comunidad ordinaria la construcción no puede predicarse individual, sino que por su propia naturaleza es un acto colectivo (cfr. artículo 398 del Código Civil). También el uso corresponde a todos los comuneros (cfr. artículo 394 del Código Civil). El artículo 394 del Código Civil al disponer que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, no impide a los copartícipes utilizarlas según su derecho, aún cuando no impone con carácter general que el uso de la cosa deba sujetarse a la medida de la cuota. Además, esta afirmación ha de quedar modalizada, caso por caso, respecto al uso directo cuando el objeto no permita tal uso, resulte éste imposible o lo haga muy incómodo supuestos en los cuales, para posibilitar aquél los partícipes tendrán que establecer una regulación en la que deberán tener en cuenta el derecho de cada uno de ellos y, por tanto, la cuota que respectivamente les corresponda. Tratándose de vivienda unifamiliar sería ineludible esta determinación, determinación que en este caso no existe. Cosa distinta, que ahora no se prejuzga dada la necesaria concreción del recurso al caso objeto de calificación (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), sería que en dicha determinación se contuviera una asignación de usos exclusivos a favor de los respectivos matrimonios cotitulares sobre cada una de las respectivas viviendas que, en unión al hecho de que las viviendas cuentan con estructuras independientes no siendo arquitectónicamente interdependientes, pudiera permitir entender que dichas viviendas estuviesen destinadas a un uso propio y no concurrente con el de los otros comuneros, asignación de usos exclusivos que, en contra de lo que parece desprenderse del escrito de recurso, no se ha producido en el presente caso.

Todo ello implica la no concurrencia en este supuesto de hecho de ninguno de los requisitos a que el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, subordinó la excepción legal al régimen general de la exigencia del seguro decenal, al no tratarse de una única vivienda unifamiliar, al haberse declarado e inscrito la obra nueva de otra vivienda sobre la misma finca registral y por los mismos comuneros en escritura de 31 de agosto de 2005, presentada en el Registro con anterioridad a la que fue objeto de la calificación a que se refiere este recurso, ni existir autopromotor individual, sino una pluralidad de titulares en régimen de comunidad ordinaria, y no concurrir, finalmente, el requisito del uso propio y diferenciado sobre cada vivienda, correspondiendo, por tanto, el uso sobre el conjunto de las dos viviendas y de la total parcela a todos los copropietarios en los términos del artículo 394 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación recurrida en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 22 de julio de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Angeles Alcalá Díaz.