

# Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción

Javier López y García de la Serrana

Abogado

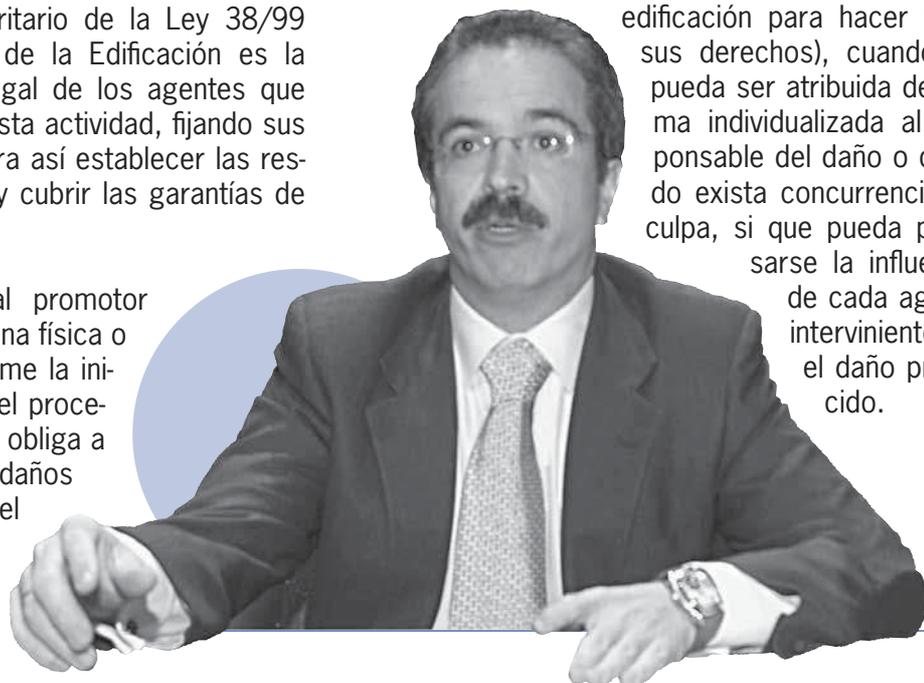
Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

## 1. Introducción. El régimen de garantías anterior a la LOE

La Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación<sup>1</sup>, nace con la intención de ofrecer una regulación unitaria al sector de la edificación acorde con la importancia real que en la práctica reviste, superando la diversa e insuficiente regulación que existía hasta su promulgación. Como contenidos más sobresalientes de esta Ley, podemos adelantar los siguientes<sup>2</sup>:

1. El objetivo prioritario de la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación es la configuración legal de los agentes que intervienen en esta actividad, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías de los usuarios.
2. Se configura al promotor como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir.

3. La responsabilidad civil de los diferentes agentes, por daños materiales en el edificio se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios, como por actos de otros agentes por los que con arreglo a la Ley, se deba responder.
4. No obstante, la responsabilidad se podrá exigir de forma solidaria (es decir, el acreedor o usuario puede dirigirse a cualquiera de los agentes, sin distinción, que han intervenido en el proceso de edificación para hacer valer sus derechos), cuando no pueda ser atribuida de forma individualizada al responsable del daño o cuando exista concurrencia de culpa, si que pueda precisarse la influencia de cada agente interviniente en el daño producido.



<sup>1</sup> En adelante LOE. Ha sido publicada en el BOE nº 266 de 6 de noviembre de 1999 y su entrada en vigor se produjo el 6 de mayo de 2000.

<sup>2</sup> LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: "Lo que interesa conocer sobre la Ley de Ordenación de la Edificación" en Revista Viales, Nº 13 enero - marzo 2.005



5. Las responsabilidades a las que hace referencia la Ley y que en las páginas siguientes detallamos, son exigibles desde el 6 de mayo de 2000, aunque la LOE no impone la obligatoriedad de los seguros de responsabilidad civil.
6. La principal novedad destacable es la creación del seguro decenal de daños, recogido en el art. 19.1.c) de la LOE, donde se establece su obligatoriedad de su contratación para garantizar 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 que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. No obstante, la exigencia de este seguro se hará de forma escalonada en el tiempo para permitir que el sector vaya acomodándose a lo dispuesto en esta Ley.

Lo más razonable para analizar las aportaciones de la nueva Ley en materia de responsabilidades y garantías por vicios o defectos constructivos, es partir del estado de cosas anterior a la misma.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, la reparación patrimonial de los daños ocasionados en el proceso de edificación se obtenía por diversos cauces; bien acudiendo a la regulación específica contenida en el artículo 1.591 del CC<sup>3</sup>, bien aplicando las normas generales que regulan la responsabilidad contractual<sup>4</sup>, o atendiendo a las que rigen la responsabilidad extracontractual<sup>5</sup>.

Centrándonos en la regulación específica, podemos observar que el artículo 1.591 del CC, establece dos plazos diferentes, diez y quince años respectivamente. Tanto la doctrina<sup>6</sup> como la jurisprudencia, insisten en que estos plazos son de garantía, y que no deben confundirse con el recogido en el artículo 1.964 del CC que regula el plazo para el ejercicio de la acción. Es llamado de garantía, en cuanto se establece como tope temporal dentro del cual se manifiestan unos vicios, de modo que, una vez surgidos, se dispondrá a partir de ese momento, del pertinente plazo de prescripción para demandar su reparación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, realizó una ampliación<sup>7</sup> del supuesto de hecho previsto en el artículo 1.591 del CC, con repercusiones en las coberturas asegurativas, de las que nos ocupamos a continuación. Este estudio nos permitirá sobre todo, establecer cuáles de los modelos vigentes resultan acordes con la regulación contenida en la LOE, ya que, hasta su entrada en vigor, no contaban con un régimen legal específico. De forma sucinta, enumeraremos las distintas modalidades de seguros disponibles en el sector de la construcción:

#### a. Seguro de Responsabilidad Civil Profesional de cobertura decenal.

Aunque se contrata con anterioridad al comienzo de la construcción, la Protección comienza con la recepción de la obra, extendiéndose desde ese momento por un plazo de diez años. Garantiza la responsabilidad del asegurado respecto de una o más obras individualizadas en la póliza

<sup>3</sup> Art. 1.591 del CC: "El contratista de un edificio que se arruine por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiese, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años".

<sup>4</sup> Art. 1.101 del CC: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".

<sup>5</sup> Art. 1.902 del CC: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

<sup>6</sup> RUIZ - RICO RUIZ, J. M., MORENO-TORRES HERRERA, M. A. y OTROS AUTORES: "La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Comares/Urbanismo.

<sup>7</sup> BRENES CORTÉS, J.: "Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Tirant, monografías 355, sistematiza la doctrina del Alto Tribunal en los siguientes puntos: 1.- Utilización de un concepto amplio de edificio. 2.- Interpretación amplia del concepto "ruina". 3.- Ampliación del círculo de sujetos responsables. 4.- Equiparación del promotor al constructor, a efectos de la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1.591 del CC. 5.- La responsabilidad decenal es solidaria; son varias las causas que concurren en la producción del daño y no pueden individualizarse la responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso constructivo. 6.- No cabe la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. 7.- Tendencia a la objetivación de la responsabilidad. 8.- Ampliación de la legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, en cuanto que no sólo le corresponde al dueño de la obra sino también a los sucesivos adquirientes de la vivienda.

correspondiente. Ahora bien, ni cubre en su totalidad la actividad desarrollada por el asegurado, ni se hace extensiva a todos los daños y perjuicios derivados de los defectos de la construcción, siendo usual que se limite a cierto tipo de daños materiales previamente determinados y hasta el límite de la suma asegurada.

b. **Seguro de Responsabilidad Civil Profesional de promotores y constructores.**

Regulado en la LCS, por medio de ella, los profesionales mencionados, cubren la responsabilidad en que pudieran incurrir durante el periodo pactado, sin alcanzar la responsabilidad decenal por ruina del artículo 1.591 del CC.

c. **Seguro de Responsabilidad Civil Profesional de Técnicos.**

Garantiza la reparación de los daños y perjuicios derivados de comportamientos culposos en la actuación profesional del asegurado en los supuestos de riesgos que en la póliza se concreten y durante el tiempo establecido en la misma. La principal diferencia con las pólizas de seguro individuales, es que a diferencia de estas, cubre, no sólo la responsabilidad civil profesional ordinaria – contractual y extracontractual – sino también la recogida en los artículos 1.591 y 1.909 del CC.

d. **Seguro de Daños Decenal.**

Es un seguro que puede ser contratado directamente por el propietario del edificio, o por el promotor/constructor. La utilidad de esta modalidad se encuentra en permitir una rápida y eficaz liquidación del siniestro y un pronto pago de la indemnización al asegurado, ya que no está sujeta a determinación la cuantía, ni exige una previa condena judicial a los responsables. Excluye los daños que afecten a la construcción y no tengan su origen en las obras fundamentales, cubriendo por el contrario, los daños materiales sufridos en la obra fundamental que comprometan su estabilidad y tengan su origen en vicios del suelo, errores de diseño o ejecución y defectos de los materiales de obra, daños

materiales en la obra secundaria así como costes de demolición y desescombro que hayan sido necesarios a consecuencia de los daños materiales cubiertos por la póliza. Se extiende por un período de diez años, comenzando a contar desde la fecha de recepción definitiva de la obra.

e. **Seguro Todo Riesgo en la Construcción.**

Cubre los riesgos inherentes a la construcción, básicamente los daños materiales directos que sufran los bienes asegurados respecto de las obras que hayan sido declaradas e individualizadas, si bien, la cobertura puede extenderse a los daños que puedan ocasionarse al equipo de construcción, la maquinaria de construcción y los efectos personales de empleados y obreros. El periodo de vigencia ocupa desde el inicio de las obras hasta la recepción o terminación de los trabajos, pudiendo pactarse una ampliación, normalmente de un año, que recibe la denominación de periodo de mantenimiento.





## f. Seguro de Caución.<sup>8</sup>

Regulado en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro<sup>9</sup>, no se ha concebido expresamente como seguro de daños decenales, de modo que las pólizas no han proporcionado una cobertura asegurativa que garantice las consecuencias dañosas derivadas de la responsabilidad decenal por ruina del artículo 1.591 del CC.

Del examen expuesto, podemos concluir, que con anterioridad a la LOE no existían coberturas asegurativas completas que garantizaran las consecuencias dañosas de la responsabilidad decenal con la extensión dada al artículo 1.591 del CC por la jurisprudencia. CARRASCO<sup>10</sup>, destaca las dificultades que han motivado tradicionalmente la materia de los seguros en el campo de la construcción. Era un sector poco atractivo para los aseguradores, motivado, entre otras razones, por la amplitud atribuida a la responsabilidad decenal por los tribunales que originaron un incremento en la siniestralidad, la dificultad para calcular de forma correcta la prima aplicable, la necesidad de contar con el apoyo de la Oficina de Control de calidad que encarecía el precio, etc.

## 2. Repaso esquemático de las responsabilidades civiles previstas en la LOE

La responsabilidad fijada en el artículo 17 de la LOE, tiene naturaleza legal y nace del incumplimiento por los intervinientes en el proceso constructivo de las obligaciones que expresamente les impone la Ley, independientemente de las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de ellos. Se

sigue el criterio jurisprudencial establecido con anterioridad a la LOE, que mantenía que la responsabilidad derivada del artículo 1.591 del CC era una responsabilidad ex lege.<sup>11</sup>

### 2.1. Ámbito objetivo de aplicación.

La aplicación de la LOE, requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Daños materiales ocasionados en un edificio o en parte de él, art. 17.1 de la LOE quedando excluidos los daños morales indirectos, los daños corporales y perjuicios económicos derivados de estos, los daños a los inmuebles contiguos y los daños causados a los bienes muebles situados en el edificio, tal y como se desprende del art. 19.9 a), b) y c).
- b) Consecuencia de un “proceso de edificación”, en el sentido dado por el artículo 2, ampliándose a las “promociones públicas”, art. 1.3<sup>12</sup>.
- c) Que haya sido defectuoso: con un “vicio o defecto de construcción”, en el sentido también muy amplio que le da el artículo 17.3 in fine, artículo que añade a los vicios de construcción propiamente dichos, los vicios del suelo y del proyecto.

### 2.2. Ámbito temporal de aplicación

Procesos de edificación para los que se haya solicitado la licencia a partir del 5 de mayo de 2.000, <sup>13</sup>disposición final cuarta<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “El seguro de caución”, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro ISSN 1133 – 6900 Nº 9, 2004, desarrolla de forma amplia el seguro de Caución.

<sup>9</sup> Art. 68 LCS: “Por el seguro de caución 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 o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”

<sup>10</sup> CARRASCO PERERA, A.: “Garantías por daños materiales ocasionador por vicios y defectos de la construcción”, en Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Pamplona, 2000.

<sup>11</sup> SSTs de 14 de abril de 1.984, 27 octubre de 1.987, 12 de junio de 1.989, entre otras.

<sup>12</sup> Art. 1.3 de la LOE: “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”.

<sup>13</sup> SAP Baleares 443/2005 (Sección 5ª) de 28 de octubre, AC 2006/117 entre otras, declara la inaplicación de los plazos previstos en la LOE, al haberse otorgado la escritura de obra nueva y de división horizontal en 1.999.

<sup>14</sup> Disposición Final Cuarta: “Esta Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo sus disposiciones adicional quinta, transitoria segunda, derogatoria primera por lo que se refiere a la legislación en materia de expropiación forzosa, derogatoria segunda, y final tercera que entrarán en vigor el día siguiente al de dicha publicación”.

### 2.3. Legitimación activa

Propietarios o adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, art. 17.1.

### 2.4. Legitimación pasiva

Se distingue según el tipo de defecto ante el que nos encontremos:

- a) Defectos de terminación o acabado: el constructor, art. 17.1 in fine.
- b) Demás defectos de construcción: el agente o los agentes de la edificación que hayan contribuido a causar el vicio o defecto. Como novedad, dispone el artículo 17.3, que en el caso de que no se pudiera individualizar la causa, responderán todos los agentes solidariamente, art. 17.3.

Y solidariamente<sup>15</sup> con el anterior o los anteriores:

- a. El promotor responde por los hechos de cualquiera de los demás agentes de la edificación, art. 17.3; equiparando el párrafo siguiente a los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios con el promotor.
- b. El proyectista responde por los hechos de sus subcontratistas, art. 17.5<sup>16</sup>.
- c. El constructor responde por los hechos de sus dependientes y sus subcontratistas, así como por los de los suministradores de productos de construcción, art. 17.6.
- d. El director de la obra responde por los hechos de los proyectistas, art. 17.7

### 2.5. Plazos de garantía

Entre las novedades introducidas por la LOE, destaca la sustitución de la “responsabilidad decenal”,

única prevista en el artículo 1.591 del CC, por un sistema de plazos que varían de diez, para el caso de los defectos estructurales, tres años en los defectos funcionales y un año para los defectos de terminación o acabado; se abandona, el concepto unitario de “ruina”, determinándose la responsabilidad, como hemos visto, a partir de los distintos elementos de la construcción a que afectan los daños materiales cuya reparación se solicita.

### 2.6. Plazos de prescripción

Es también novedoso, la separación total que hace la Ley entre plazos de garantía y plazos de prescripción de la acción. Así se resuelven las dudas suscitadas bajo la vigencia del artículo 1.591 del CC acerca de la distinción entre plazo de garantía y plazo de ejercicio de la acción. La LOE distingue entre el plazo para ejercitar la acción para exigir daños materiales por vicios o defectos de construcción, dos años desde la producción de los daños y el plazo para el ejercicio de la acción de repetición, que también será de dos años, comenzando a contar desde la firmeza de la resolución judicial que condene al que repite o desde el pago extrajudicial de la indemnización (art. 18.2). Esta regla difiere tanto de lo que puede considerarse como la regla general en materia de acciones de regreso, cuya prescripción se computa a partir del pago efectuado por el titular de la acción, como de la doctrina del TS que, en relación a la acción de regreso frente a los responsables de la ruina ex artículo 1.591 del CC, había establecido ese mismo criterio<sup>17</sup>. No debemos olvidar en esta materia la relevancia de las reglas generales respecto a la interrupción de la prescripción; en este sentido la STS 643/2005<sup>18</sup>, admite la interrupción del plazo, al entender que el hecho de haber existido entre las partes comunicaciones por carta, hace que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción deba computarse desde que se cierran las conversaciones mantenidas por las partes.

## 3. Garantía por daños materiales

La finalidad de proteger a los adquirentes de viviendas, destinatarios finales del proceso de edifi-

<sup>15</sup> SAP Madrid 315/2005 (Sección 21), de 14 de junio JUR 2005/176438, SAP Cádiz 28/2005 (Sección 2ª) de 21 de marzo, JUR 2005/144277, SAP Asturias 414/2004 (Sección 6ª) de 7 diciembre JUR 2005/92993, entre otras muchas reconocen la solidaridad entre los distintos agentes de la edificación.

<sup>16</sup> PANTALEÓN PRIETO, F.: En “Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación”, se pregunta si se extiende la responsabilidad solidaria del proyectista a la de sus coproyectistas, o bien quedaría limitada a los subcontratistas.

<sup>17</sup> STS de 29 de diciembre de 1.998 entre otras.

<sup>18</sup> STS 643/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 15 de Julio RJ 2005/9624.



cación, hace que el art. 19 de la LOE, establezca un régimen obligatorio de garantías para ciertos agentes, con la finalidad de hacer efectivas las indemnizaciones que provoquen los daños materiales causados por vicios o defectos de la construcción. Esta novedad de la LOE, se centra en el consumidor, completando las garantías recogidas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En el artículo 19 de la LOE se establece un régimen de garantías exigibles con tres tipos de seguro (uno para el constructor y dos para el promotor). Cada uno de ellos, desarrolla las responsabilidades ya vistas anteriormente.

Ahora bien, sólo el seguro decenal es obligatorio desde la entrada en vigor de la Ley, y tan sólo para los edificios cuyo destino principal sea el de viviendas, tal y como se recoge en el apartado 1 de la Disposición Adicional 2<sup>a</sup>; las otras dos garantías a las que nos hemos referido, se fijarán por Real Decreto, tal y como se recoge en el apartado 2, disposición Adicional 2<sup>a</sup>.<sup>19</sup>

Antes de analizar los seguros del promotor y constructor, expondremos las condiciones comunes de estos:

- a. La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, 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 suspendida, ni el asegurador liberado de su obligación, en caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía.
- b. 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 la Ley para cada tipo de seguro.

- c. 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.

### 3.1. Garantía anual del constructor.

El constructor deberá suscribir un seguro de daños 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, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material.

El capital mínimo asegurado, como recoge el artículo 19.1 de la LOE, será el 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluido los honorarios profesionales, no siendo admisibles para estas garantías franquicias o limitación alguna en la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.<sup>20</sup>

### 3.2. Garantía trienal del promotor.

El promotor<sup>21</sup> deberá suscribir un seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar durante tres años el resarcimiento de aquellos daños con origen en errores de ejecución de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad.

El capital mínimo asegurado es el 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales. La franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado por cada unidad registral<sup>22</sup>. Al igual que en el supuesto anterior, no es obligatorio mientras no lo imponga un Real Decreto.

<sup>19</sup> BORREL I CALONGE, A.: "La Ley de Ordenación de la Edificación y las condiciones técnicas de los edificios", Barcelona, marzo 2000, entiende que posiblemente el gran déficit de la LOE sea los seguros obligatorios bien estructurados, apuntado a su vez la excesiva prudencia al dejar en suspenso el seguro de tres años.

<sup>20</sup> Se consideran asegurados en este primer supuesto, el propio promotor y los sucesivos adquirientes del edificio o de parte del mismo.

<sup>21</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 156/2005 (Sección 5ª) de 19 de abril, JUR 2005/143444, realiza una equiparación entre la figura del promotor y la del contratista.

<sup>22</sup> Los asegurados al igual que en el caso anterior, son el propio promotor y los sucesivos adquirientes del edificio o de parte del mismo. El promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

### 3.3. Seguro decenal del promotor.

Es el seguro de daños materiales o seguro de caución, que deberá suscribir el promotor 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, o a los elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

En este supuesto, el capital mínimo asegurado es el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales. La franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral.<sup>23</sup>

#### EDIFICACIONES A LAS QUE AFECTA:

Son todas aquéllas comprendidas en el artículo 2 de la LOE<sup>24</sup>. En este precepto, la Ley perfila el con-

cepto de edificación, y distingue así mismo según las características y contenido de su ejecución, entre:

- a. Edificaciones *stricto sensu*: son las de nueva construcción previstas en el art. 2.2 a).
- b. Obras equiparadas a edificación, que son las indicadas en el art. 2.2 apartados b) y c).<sup>25</sup>

#### EXCLUSIONES:

1. Por las características del promotor: Las Administraciones públicas, organismos y entidades sometidos a la normativa sobre contratación administrativa <sup>26</sup> así como el autopromotor<sup>27</sup>. La Disposición adicional segunda de la LOE, redactada según el artículo 105 de la Ley 52/2002 de 30 de diciem-

<sup>23</sup> Los asegurados son una vez más, el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo, pudiendo también aquí pactar el promotor con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél. Desde la entrada en vigor de la LOE es obligatorio para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

<sup>24</sup> Art. 2 de la LOE: " 1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose 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 cultura.
- 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.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el art. 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.
- b. Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose 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".

<sup>25</sup> GARCÍA LARAÑA, R.: "Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción", ponencia expuesta en el III Congreso Almería, celebrado en los días 7 y 8 de abril de 2.005, nos recuerda el magistrado, como algún sector doctrinal considera que, pese a la remisión que el art. 19 efectúa al art. 2, en realidad la responsabilidad de los agentes de la edificación comprendida en el art. 17, y por tanto la obligatoriedad del aseguramiento conforme al art. 19, sólo son exigibles en las edificaciones en sentido estricto, es decir, las previstas en el art. 2.2 a).

<sup>26</sup> La exclusión la encontramos en el art. 1.3 LOE, quedando regidos por lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Pública y, en su defecto, por la propia Ley de Ordenación de la Edificación, siempre con la salvedad de que en ningún caso serán aplicables las garantías de suscripción obligatoria previstas en el art. 19.

<sup>27</sup> La equiparación que la legislación anterior realizaba entre el autopromotor y los promotores profesionales, produjo como consecuencia, la obligación para los primeros de tener que concertar un seguro decenal para garantizar los daños que pudiera sufrir el edificio, obligación que lógicamente también recaía sobre los promotores. Esta obligación producía que la vivienda del autopromotor se encareciera con los costes del seguro sin reportar una utilidad social clara, puesto que la vivienda no iba a destinarse al tráfico y, por lo tanto, el único perjudicado que podría existir por los vicios constructivos sería el promotor – propietario de la vivienda.



bre<sup>28</sup>, excluye de la obligación de garantía al autopromotor. Dada la gran relevancia que tanto la doctrina como la jurisprudencia dan a este sujeto, vamos a detenernos un poco en él. En la Res. DGRN de 5 de abril de 2.005<sup>29</sup>, se afirmaba que el concepto de “autopromotor” individual, no debe llevarse a interpretaciones excesivamente rigurosas, sino que ha de interpretarse de forma amplia<sup>30</sup>, ha de interpretarse en contraposición al promotor colectivo que contempla la propia Ley. 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, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal. Como particularidad, insiste la Resolución en la necesidad de manifestación de los titulares de tal circunstancia, sin que pueda pretenderse que tal declaración se supla por las deducciones o interpretaciones del Registrador al calificar. Por otra parte, la Res. DGRN de 6 de abril de 2.005<sup>31</sup>, afirma que si posteriormente la vivienda del autopromotor fuera objeto de transmisión, el adquirente sólo podrá exonerar expresamente al autopromotor de la obligación de constituir la referida garantía – y de su justificación en la correspondiente escritura pública – si se acredita por éste haber utilizado la vivienda. La Res. DGRN de 28 de octubre de 2.004<sup>32</sup>, se ocupa

del supuesto de autopromoción por parte de una sociedad, cuyo objeto social es la promoción, venta y alquiler de inmuebles. La DGRN, entiende que dada la amplitud de la dicción legal que no limita la exoneración del seguro decenal a los supuestos en que el autopromotor tenga en la vivienda unifamiliar su domicilio, sino que admite cualquier uso para sí, no puede ser exigido por el Registrador que aquél, cuando es persona jurídica, tenga en ella su domicilio social. Ni puede inferirse por razón del objeto social una presunción de fraude o de manifestación errónea del destino de la vivienda a uso propio de la persona jurídica, ya que el objeto social no es incompatible con el destino a uso propio de la vivienda en cuestión. Lo importante es que estamos ante una vivienda unifamiliar, realizada en régimen de autopromoción y en el que concurre la manifestación, que deberá constar en el Registro, de que va a destinarse a uso propio. Las consecuencias de la constancia registral de esta manifestación, son ya suficiente garantía a favor de los terceros adquirentes que tendrán público conocimiento de las limitaciones afectantes al inmueble.

2. Por la naturaleza del seguro: quedarían fuera, tanto la responsabilidad por inobservancia de las normas sobre riesgos laborales<sup>33</sup>, como la responsabilidad civil de los agentes de la edificación<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> El art. 105 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, modifica la Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, señalando que: “No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión “inter vivos” dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “inter vivos” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma”.

<sup>29</sup> Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 5 de abril de 2.005, RJ 2005/3484.

<sup>30</sup> En este sentido la resolución de 9 de julio de 2.003 (RJ 2003/6083) que permite comprender tanto a las personas físicas como jurídicas, dado que en última instancia estas son una única entidad, son individuales siguiendo un criterio numérico.

<sup>31</sup> Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 6 de abril de 2.005, RJ 2005/3485.

<sup>32</sup> Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 28 de octubre de 2.004, RJ 2004/7808.

<sup>33</sup> Art. 1.2 de la LOE “las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se registrarán por su legislación específica”.

<sup>34</sup> GARCÍA LARAÑA, R.: “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, III Congreso de Almería, 7 y 8 de abril 2.005. Afirma el Magistrado, que una cosa es que el seguro obligatorio requiera que se haya producido un daño o disfunción debido a la mala actuación de alguno de los intervinientes en la edificación, y otra muy distinta que dicho seguro cubra la responsabilidad civil de éstos, cosa que no ocurre en modo alguno. En definitiva, lo normal y lo deseable es que, sin perjuicio de las garantías cubiertas conforme al art. 19, los agentes mantengan sus propios seguros de responsabilidad civil, no sólo en beneficio de los adquirentes, sino también en su interés propio; efectivamente, el seguro de daños sólo cubre los daños materiales producidos en el edificio, excluyéndose todos los relacionados en el apartado 9 del citado precepto, sin perjuicio de lo cual obviamente estos últimos perjuicios sí pueden ser reclamados directamente por el perjudicado frente al arquitecto, aparejador, constructor, etc, siendo por tanto doblemente útil la cobertura de esa responsabilidad civil. Ello es aún más claro en la fase actual, donde con arreglo a la disposición adicional 2ª las únicas garantías cubiertas por ahora por el seguro obligatorio son las relacionadas con vicios estructurales en las viviendas.

3. Por razón del tiempo de vigencia de la Ley: la Disposición adicional 2ª establece que *“la garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1 c) del art. 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda”*, defiriéndose la regulación del resto de edificaciones y daños materiales en el inmueble a la vía del Real Decreto, según dispone el apartado dos de la citada disposición adicional. También por razón del tiempo de vigencia, quedan excluidas la rehabilitación de construcciones aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE.<sup>35</sup>
4. Por la clase de daños producidos: vienen enumerados en el apartado 9 del art. 19, y no quedarán cubiertos *“salvo pacto en contrario”*. Según DIEZ PICAZO<sup>36</sup>, el matiz *“salvo pacto en contrario”*, no implica que estos daños (daños corporales, daños en bienes muebles y daños en edificios contiguos) no resulten indemnizables, sino que salvo pacto en contrario, no están cubiertos por el seguro y no están cubiertos por el art. 17. De esta manera, cuando tales daños procedan de ruina, habrá que seguir aplicando los arts. 1591, 1907 y 1909 del CC y así, en esos artículos, estamos presenciando una parcial supervivencia. La subsistencia de dichos artículos le parece evidente.

#### 4. Los seguros de la construcción: su régimen jurídico

Tal y como hemos afirmado anteriormente, las garantías establecidas en el art. 19.1 revisten, con la aplicación dada por la Disposición Adicional Segunda, carácter obligatorio. La obligatoriedad, cuyo

fundamento es la protección de dueños o sucesivos adquirentes, tiene origen legal, pero se integra como un deber contractual.

Se trata de un seguro privado que nace del acuerdo de voluntades entre asegurador y tomador sometido al régimen jurídico propio de todo contrato de seguro, sin perjuicio de que deban respetarse las exigencias que con carácter específico contempla la norma que establece la obligatoria contratación.

Las modalidades recogidas en el apartado uno del artículo 19, son, el seguro de daños y el seguro de caución<sup>37</sup>. Comenzaremos apuntando de forma esquemática las diferencias entre ambos seguros:

- a. El régimen jurídico dispuesto por la Ley, es más beneficioso para los adquirentes de vivienda en el caso de que se haya suscrito un seguro de caución que en el supuesto de que se contrate un seguro de daños materiales.
- b. El seguro de caución es un seguro de *“grandes riesgos”*<sup>38</sup>. Serán las partes las que establezcan las normas aplicables, quedando las disposiciones de la Ley 50/1980 como meramente dispositivas.
- c. También es distinto el mecanismo de la acción de reembolso; mientras que en el seguro de caución, el asegurador siempre puede ejercitar la acción de reembolso frente al tomador del seguro que ha contratado con él, sin que éste pueda oponer excepciones derivadas del contrato garantizado<sup>39</sup>, en el caso del seguro de daños, el asegurador tiene acción de reembolso frente a los terceros responsables del siniestro, pero nunca contra el asegurado<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> La Disposición adicional segunda, apartado uno, párrafo tercero, tras la modificación introducida por el art. 105 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, indica que *“tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”*.

<sup>36</sup> DIEZ PICAZO, L.: *“Ley de Edificación y Código Civil”*, conferencia en el Congreso de Arquitectos, Peritos y Forenses, celebrado en Santiago de Compostela los días 10 y 11 de diciembre de 1.999.

<sup>37</sup> SAP Málaga 35/2003 (Sección 6ª) de 29 de mayo, JUR 2003/167791 entre otras, tratan estas figuras asegurativas.

<sup>38</sup> Artículos 44 y 107.2 LCS.

<sup>39</sup> Art. 68 de la LCS: *“Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”*.

<sup>40</sup> Art. 43 de la LCS: *“El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante”*.



Así, señala BARRES<sup>41</sup>, que las diferencias entre ambas acciones son muy importantes, afectando al grado de obligación generado, los intereses cubiertos en cada caso por la indemnización, la finalidad, los plazos de prescripción...

- d. Por último, se distinguen también en la función que cumplen; mientras que el seguro de caución garantiza el cumplimiento de una obligación principal, siendo el riesgo asegurado el incumplimiento del deudor de sus deberes legales y contractuales, en el seguro de daños, el asegurador no garantiza el cumplimiento de la obligación asumida por el tomador, sino que se limita a resarcir los daños sufridos por el asegurado.

#### 4.1. Requisitos subjetivos del seguro previsto en la LOE.

##### a. Entidad aseguradora

El Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados<sup>42</sup>, impone los requisitos que debe reunir la entidad aseguradora con la cual se concertarán los seguros previstos en la LOE. Según se recoge en la misma, la actividad asegurativa podrá acometerse por entidades privadas que adopten la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativas y las mutualidades de previsión social, pudiendo también realizar la actividad asegurativa, las entidades que adopten cualquier forma de Derecho Público<sup>43</sup>.

La DGRN<sup>44</sup>, exige que los Notarios y Registradores verifiquen la existencia de la entidad aseguradora y su competencia para celebrar los contratos

de seguros en garantía de las responsabilidades por vicios o defectos constructivos.

##### b. Tomador y asegurado de daños

Dos son las posibilidades de contratación de los seguros de daños previstos en el art. 19 de la LOE; en nombre propio, en cuyo caso coincidirán la persona del tomador y la del asegurado, y por cuenta ajena, recayendo ambas posiciones en sujetos diferentes.

En el supuesto del apartado a) del art.19.1 de la LOE, el constructor asumirá la posición de tomador, siendo el asegurado el promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o partes de éste, configurándose pues, como un contrato por cuenta ajena. En los supuestos de los apartados b) y c) del art.19.1 de la LOE, el tomador del seguro será el promotor y la condición de asegurado recaerá sobre él mismo, en cuyo caso estaríamos ante un seguro por cuenta propia, o en los sucesivos adquirentes del edificio o de partes del mismo, encontrándonos entonces ante un seguro por cuenta ajena. No obstante lo cual, el promotor puede convenir con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél (apartados b y c del art. 19.1 LOE), en cuyo caso se configuraría nuevamente como un seguro por cuenta ajena.

Haremos una breve referencia a la posibilidad contemplada por la LCS de realizar el contrato de seguro por cuenta ajena. La característica básica de este tipo es que, se produce una diversificación entre el sujeto que realiza el contrato y el que adquiere el derecho a reclamar la indemnización en caso de producirse el siniestro. Los seguros que se regulan en la LOE, están configurados, básicamente como seguros por cuenta ajena. Para que proceda esta modalidad, es necesario que concu-

*del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.*

<sup>41</sup> BARRES BENLLOCH, T.: "Seguro de caución: ¿Garantía personal o modalidad aseguradora?" Colección Jurisprudencia Práctica, nº 52, Madrid. 1993.

<sup>42</sup> Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de la Seguros Privados.

<sup>43</sup> Art. 7.2 TRLOSSP: "También podrán realizar la actividad aseguradora las entidades que adopten cualquier forma de derecho público, siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas. Se ajustarán íntegramente a esta Ley y quedarán sometidas también, en el ejercicio de su actividad aseguradora, a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y a la competencia de los tribunales del orden civil.

<sup>44</sup> Instrucción de 11 de septiembre de 2.000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante la consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la forma de acreditar ante Notario y Registrador la constitución de las garantías a que se refiere el art. 20.1 de la LOE (BOE nº 227, de 21 de septiembre de 2000).

rran determinados presupuestos; que el tomador actúe de forma que no haya dudas sobre que se trata de contratación por cuenta de otro, que el asegurador conozca y consienta que el seguro se suscriba por cuenta de un tercero y que se determine el sujeto asegurado.<sup>45</sup>

Así, el seguro de caución, es siempre un seguro por cuenta ajena, los asegurados, independientemente de que contrate el promotor o el constructor, serán los sucesivos adquirentes del edificio. El seguro de daños, se constituirá por cuenta ajena, cuando el edificio o partes de éste hayan sido adquiridos por terceras personas.

#### 4.2. Requisitos objetivos de los seguros de la construcción

Pese a que la finalidad de las garantías establecidas en el artículo 19.1 de la LOE es asegurar la indemnización de los daños descritos en el art. 17.1, la comparación de ambos preceptos, deja patente la falta de coincidencia entre los daños descritos en el art. 17.1 y aquéllos cuyo resarcimiento se garantiza a través de los seguros contemplados en el artículo 19.1. Ahora bien, pese a las discrepancias, debemos entender que los seguros del artículo 19.1, cubre todos los daños del artículo 17.1, entendiendo algún sector doctrinal, que la vaguedad del art. 19, queda subsanada con la larga enumeración del apartado nueve en el que se recogen las exclusiones de cobertura.

##### a. Los daños materiales

A pesar de que el artículo 1.591 del CC declara resarcibles los daños y perjuicios causados por la ruina<sup>46</sup>, la LOE realiza una fuerte restricción de la cobertura de la responsabilidad decenal, centrándose exclusivamente en los daños materiales causados en el edificio por los vicios y defectos que se determinan en el art. 17.1 de la LOE, y únicamente respecto de unos sujetos concretos, los propietarios y terceros adquirentes. Esta restricción, no implica que los daños que quedan fuera del concepto no sean objeto de cobertura, sino que no se



les aplicará el régimen de responsabilidad y aseguramiento obligatorio previsto en la LOE.

##### b. Daños en el edificio

Uno de los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción de responsabilidad, es que los daños materiales indemnizables, se produzcan en un edificio, continuando de esta forma la LOE con el criterio seguido por el artículo 1.591 del CC.

Aunque no encontramos una definición del término, la delimitación del ámbito de aplicación que realiza la LOE en el artículo 2.1, parece darnos una respuesta a esta cuestión. Los rasgos que parecen desprenderse del mismo son:

1. Tiene que tratarse de un edificio de carácter permanente, quedando excluidas las construcciones que, por su naturaleza, no están llamadas a cubrir necesidades permanentes, ya que resultaría carente de sentido aplicarles un plazo de garantía superior al de su propia temporalidad.
2. Que su uso principal sea uno de los enumerados por la Ley. El apartado tercero, completa los requisitos del artículo 2, incluyendo dentro del concepto de edificación las “instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”

<sup>45</sup> BRENES CORTÉS, J. “Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, nos insiste la autora en que no es necesario que la determinación se haga de forma nominativa. Así pues, de todos los elementos que integran el interés, el único que puede quedar sin concretarse cuando se estipule el contrato de seguro es el titular. En este sentido, el inciso final del primer párrafo del artículo 7 de la LCS establece que “el tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden”.

<sup>46</sup> Lo que provocaba que se defendiera jurisprudencialmente la inclusión como resarcible de cualquier daño cuya causa fuera la ruina, incluyendo el daño moral.



La regulación de la LOE, plantea como cuestión fundamental, si la Ley se refiere sólo a las nuevas construcciones, o se amplía a las obras de reparación. Aunque estas últimas, pudieran entenderse incluidas desde el punto de vista gramatical, si no suponen alteración de la configuración arquitectónica, quedan fuera del ámbito de aplicación de la responsabilidad por vicios regulada en el artículo 17 de la LOE, quedando sometidas al régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual, lo que implica una clara ruptura con la jurisprudencia mantenida bajo el régimen del artículo 1.591 del CC.<sup>47</sup>

También quedan excluidas como obras de edificación, las nuevas construcciones de escasa entidad y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y que se desarrollen en una sola planta, según el art. 2.2.a) de la LOE.

El supuesto de la Residencia Geriátrica merece un breve análisis por nuestra parte; se centra el debate en determinar si las garantías exigidas en el artículo 19 de la LOE, han de constituirse en estos casos.

Unos de los objetivos de la LOE, 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 del todo o parte de lo edificado, frente a una serie de daños de diverso tipo a través de la obligación que impone de contratar seguros que los cubran en determinadas condiciones (artículo 19). De momento esa obligación aparece restringida por la disposición adicional segunda en un doble sentido: de un lado, en cuanto al tipo de daños a asegurar, al limitarlos a los previstos en el apartado c) de dicho artículo; y de otro, en cuanto al tipo de construcciones, al exigirla tan sólo para aquellas cuyo destino principal sea el de vivienda.

En la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2.003<sup>48</sup> objeto de análisis, el Notario pone de manifiesto la dificultad que encierra diferenciar el concepto “vivienda” y “residencia”; así, se parte de la búsqueda de un concepto jurídico de vivienda

a través de una interpretación sistemática de los diversos textos legales, poniéndose de manifiesto lo difícil que es lograr una adecuada armonía entre los distintos miembros que integran el complejo cuerpo del ordenamiento jurídico. El concepto “vivienda” se toma en distintos sentidos, por lo general ligado a una situación de hecho, al concreto destino que se da a una construcción, más que a una situación objetiva, la aptitud o posibilidades de uso más adecuado para la misma. Los calificativos de habitual y en muchas ocasiones el de familiar acompañan al sustantivo, aunque sin precisar qué condiciones han de darse para merecerlo<sup>49</sup>.

El mismo criterio prima en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, donde no se atiende tanto a las características físicas o aptitud de la edificación como al destino para el que se arrienda cuando su artículo 2 distingue entre el arrendamiento de vivienda y el que tenga un uso distinto, pues si determina el primero como el que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, excluye por su destino, que no por sus características físicas, la cesiones en arrendamiento por temporada cuando el destino de lo arrendado sea una actividad industrial, comercial, etc.

La Ley de Propiedad Horizontal, por su parte, utilizaba originalmente los términos “piso o local” hasta que han comenzado sus reformas y se ha introducido en ella el de “vivienda”, art. 9.1.c),e),i), para seguir contraponiéndolo al de local, pero sin establecer criterios diferenciales entre ellos, algo por lo demás intrascendente a los efectos de dicha Ley.

Si el concepto de vivienda –de “vivere”–, tener vida más que lugar en el que vive, hace referencia a una construcción humana o el simple refugio natural en el que se vive o mora, ese vivir o morar implican la idea de cierta habitualidad o permanencia, lo que permitiría involucrar en la lid ese otro término, el de morada (de “morari” detenerse, quedarse). Residencia, por su parte, es el lugar donde se reside o vive permanentemente –de “residere”, permanecer–, concepto difícilmente diferenciable

<sup>47</sup> BRENES CORTÉS, J., entiende que sí resultan amparadas por el régimen de responsabilidad de la LOE las obras de reparación llevadas a cabo en los edificios a los que se refiere el apartado 2 c) del artículo 2, ya que este precepto no exige que tales obras alteren la configuración arquitectónica de la edificación.

<sup>48</sup> Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 8 de febrero de 2.003, 2003/6083.

<sup>49</sup> Ver arts. 90, 1320 y 1321 del CCiv., 693 de la LECiv.

del de vivienda. No parece que la solución pueda encontrarse en ese análisis de la sutil terminología utilizada por la Ley.

La responsabilidad que el artículo 17 regula a cargo de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación lo es en favor de los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos en el caso de que fueran objeto de división, en tanto que los beneficiarios de las garantías que obliga a prestar como asegurados son el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio a parte del mismo, en definitiva los propietarios inicial o sucesivos, sean a la vez usuarios o tenga cedido el uso a un tercero. No se puede, por tanto equiparar a los usuarios de una residencia con los adquirentes de viviendas, pues el régimen de garantías de la Ley estaría destinada en el primer caso a proteger al propietario, fuera el promotor inicial o sucesivos adquirentes de la edificación, no a sus usuarios como tampoco serían destinatarios de las garantías exigidas para las viviendas los usuarios de las mismas distintos de los propietarios.

### c. Clasificación de los daños en la LOE

La LOE exige para la indemnización del daño, que pueda incluirse en alguna de las tres categorías previstas en el artículo 17.1<sup>50</sup>; para ello, el precepto objeto de estudio, utiliza dos criterios distintos: el tiempo en el que el daño se ha de producir, y el tipo de vicio o defecto causante de dicho daño.

Partiendo del mismo, se fija una responsabilidad durante diez años por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales que comprometan directamente la resistencia y estabilidad del edificio; durante tres años por los daños que supongan incumplimiento de los requisitos de habitabilidad; y durante un año por los daños derivados de vicios o defectos de ejecución de elementos de

terminación o acabado. Se aparta la LOE del criterio seguido en el artículo 1.591 del CC, ya que los tipos de vicios no se utilizan como criterios de imputación de responsabilidad decenal, sino como parámetros que delimitan el daño material que va a resultar indemnizable.

En la LOE los criterios de imputación de la responsabilidad en que pueden incurrir cada uno de los agentes intervinientes, se deducen de los artículos que se recogen en este cuerpo legal dedicados a delimitar y definir las competencias de cada uno de ellos, los artículos 10 y siguientes.

También existe diferencia en el origen de los daños resarcibles; ya que, mientras que el artículo 1591 del CC el origen o causa generadora es irrelevante a la hora de aplicar la responsabilidad decenal, en la LOE, se fijan los distintos plazos de garantía según la naturaleza y el origen del vicio o defecto causante del daño material y los elementos de construcción a los que afectan.

Es importante subrayar también, que para el nacimiento de la responsabilidad en la LOE, y salvo que se trate de vicios o defectos que afectan a elementos de terminación o acabado, el daño tendrá que afectar a alguna de las concretas utilidades predicables de los edificios, no siendo suficiente que provenga de determinados elementos estructurales de la edificación; es decir, tendrán que comprometer la resistencia mecánica y la estabilidad de los edificios en el caso de daños cubiertos por la garantía decenal, mientras que los daños cubiertos por la garantía trienal han de ocasionar el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

Antes de hacer un breve análisis de los distintos daños regulados en la Ley, apuntaremos otra de las novedades importantes de la regulación; la responsabilidad por vicios y defectos de construcción no aparece condicionada a que aquéllos revisitan la consideración de graves.

<sup>50</sup> Art. 17.1 de la LOE: "Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

- a. Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes las vigas, los forjados, los muros de carga u otros que afecten a los elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.
- b. Durante tres años, los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartador 1, letra c), del artículo 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año".



- c-1. Daños por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia y estabilidad del edificio.

Tal y como hemos indicado anteriormente, para que nazca la responsabilidad decenal, de acuerdo con el artículo 17.1 a) de la LOE, no es suficiente con que los daños materiales afecten a elementos estructurales, sino que es necesario que, además, el daño comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. En este sentido, la exposición de motivos de la LOE es muy clarificadora<sup>51</sup>.

Del tenor del mismo, podemos deducir que el daño resarcible, es “el compromiso de estabilidad”. La LOE restringe los supuestos que pueden dar lugar a responsabilidad decenal, excluyéndose casos en los que, aún incidiendo en la habitabilidad, no llegan a afectar o comprometer la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

El carácter restrictivo se manifiesta también en la exclusión de su régimen de los defectos estructurales de las instalaciones fijas, equipamiento y elementos de urbanización que, sin formar parte integrante del edificio, estén adscritos a él.

- c-2. Daños que supongan incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

El artículo 17.1.b) hace referencia a los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3. Se trata de aquellos defectos que aún no afectando a la estabilidad de la edificación, la hagan inútil o

inservible para el destino que le es propio y afectan a los elementos sustanciales o esenciales de la construcción; de aquellos vicios o defectos que hacen la vivienda inapropiada para lo que fue proyectada, construida y vendida, es decir, para vivir y descansar; o en otros términos, hacen inapta una vivienda para servir de morada dentro de los límites del decoro, higiene y salubridad de la misma. Es necesario hacer algunas precisiones para comprender esta norma.

En primer lugar, los daños materiales deben afectar a la habitabilidad. Al igual que ocurría en el caso anterior, no se concreta cuales son esos vicios o defectos, aunque por lógica exclusión, no deberán afectar a los elementos estructurales. BRENES considera como tales, “*aquellos que, aún no afectando a la estabilidad de la edificación, la hagan inútil para el destino que le es propio, y por tanto, convierten al inmueble en inapropiado para el uso para el que fue proyectado, construido y vendido*”.

En segundo lugar, la expresión “elementos constructivos” es más amplia de lo que se desprende de la enumeración del art. 17.1 a). En cuanto a las instalaciones cuyos vicios o defectos pueden hacer surgir responsabilidad de conformidad con el artículo 2.3 LOE, deben considerarse como tales las instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.

En tercer lugar, el art. 19.1 b) exige que los vicios ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del artículo 3 de la LOE<sup>52</sup>. Este precepto, contiene una cláusula de

<sup>51</sup> Así en su punto 5, resume que la responsabilidad decenal se circunscribe a los daños materiales “que resulten de vicios o defectos que afecten a la seguridad estructural del edificio”, por lo que debe entenderse que el plazo de responsabilidad de diez años se refiere a aquellos casos en los que pelagra la seguridad de la estructura.

<sup>52</sup> Art. 3.1 c): “Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes:

c) *Relativos a la habitabilidad:*

c1. *Higiene, salud y protección del medioambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.*

cierre en la que se mantiene la obligatoriedad de que los elementos constructivos y las instalaciones permitan un uso satisfactorio del edificio.

Con relación a este último requisito hemos de decir que, a diferencia de lo que ocurre con los vicios o defectos estructurales, en este supuesto no es suficiente con que los vicios o defectos “comprometan la habitabilidad”; tiene que producirse, además, en el plazo de tres años el siniestro descrito en el artículo 19.1 b) como “incumplimiento de los requisitos de habitabilidad”, y esa habitabilidad debe referirse, no sólo al edificio individualmente considerado, sino también a las instalaciones fijas, equipamiento y elementos de urbanización que sin formar parte integrante de aquél permanezcan adscritos al mismo (art. 2.3 LOE)

### c-3. Daños por vicios o defectos de ejecución de elementos de terminación o acabado.

Finalmente, se limita a un año el plazo de garantía en que han de aparecer los vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras para que pueda exigirse la responsabilidad por los daños materiales ocasionados en el párrafo segundo del apartado 1 b) del artículo 17 de la LOE.

En este caso, la responsabilidad no es conjunta de los distintos agentes que intervienen en la construcción, sino que se centra en la figura del constructor; aunque se olvida que el director de las obras y el director de su ejecución, son responsables, según la LOE, de la calidad de la obra y de la elaboración del certificado de obra.<sup>53</sup>

La Asociación de consumidores estimó muy acertada la inclusión de este tipo de responsabilidad, ya que el acabado es una de las causas más frecuentes de queja de los consumidores. Estos defectos, constituyen los tradicionalmente denominados “vicios menores”.<sup>54</sup>

Se incluyen en este grupo, las simples deficiencias o desperfectos, los casos de ciertos remates de margen o menor importancia, las imperfecciones corrientes que no alcanzan la trascendencia suficiente para entorpecer el uso de la vivienda y sólo pueden generar cierta incomodidad subsanable; los defectos de fácil solución y poco coste, daños materiales sin repercusión alguna sobre la seguridad o habitabilidad del edificio y que de ordinario son fácilmente apreciables en el mismo momento de la recepción, lo que ha llevado a algún sector doctrinal a defender que se trata de vicios aparentes.

En este supuesto, la LOE ofrece al constructor la posibilidad de sustituir el seguro que debe concertar para garantizar la reparación de los defectos de terminación o acabado, por la retención por el promotor del 5% del importe de la ejecución material de la obra. La dificultad práctica que no obstante se produce, es que tal previsión no contempla ningún mecanismo que permita dejar constancia de que la retención se ha producido, por lo que a efectos de prueba, suele encerrar dificultad; además si el vicio diera lugar a un deber de indemnización a cargo del constructor, el hecho de que el promotor tenga fondos “retenidos” no garantiza ni que éste sea solvente ni que cumpla con sus obligaciones ya sea por dolo o por simple negligencia.

c.2. Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

c.3. Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.

c.4. Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”

<sup>53</sup> MERCHAN GABLADÓN, F.: “Manual de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación”, editorial Dossat.

<sup>54</sup> ABASCAL MONEDERO, P. J.: “La responsabilidad por vicios en la construcción: Análisis del art. 1591 del Código Civil”, autor – editor, 1999, define este tipo de vicios como defectos constructivos, equiparables a imperfecciones corrientes que no afectan a la utilidad, solidez o habitabilidad del inmueble.



### 4.3. Duración de las garantías obligatorias.

De la lectura conjunta de los artículos 19.4 y 19.2 b) de la LOE<sup>55</sup>, deducimos que los seguros obligatorios regulados en la Ley, tendrán la duración mínima de los plazos de responsabilidad y garantía previstos en los artículos 17 y 19 LOE respectivamente, sin que, con anterioridad puedan devenir ineficaces.

Respecto al momento a partir del cual comienza dicha cobertura, parece admitirse con carácter general la recepción<sup>56</sup> como punto de partida; si bien, conviene distinguir entre la llamada “recepción provisional” y la “recepción definitiva”. La primera tiene una duración que comienza una vez finalizada la obra o cuando sólo faltan algunos detalles de terminación o acabado, estableciendo las partes en el contrato o con posterioridad la fecha en que operará y el periodo de duración, que oscila entre 6 meses y un año, y es a partir de este momento, cuando comenzaría la llamada “recepción definitiva”. Según CABANILLAS<sup>57</sup> se considera finalizada la obra cuando ha sido aprobada y recibida de forma definitiva. Las dificultades entre esta doble opción, hace que la LOE sólo contemple la recepción definitiva, sin que esto excluya un pacto en el contrato de obra de la recepción provisional.

La importancia de este, hace que la LOE le atribuya un carácter formal, requiriendo consignación en un acta firmada, al menos por el promotor y el



constructor, cuyo contenido queda perfectamente definido en el apartado 2 del artículo 6 de la LOE<sup>58</sup>

En el análisis de este apartado, resulta esencial establecer el momento exacto en el que tiene lugar el siniestro, para de esta forma, poder afirmar si se encontraba cubierto o no<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Art. 19.4 “una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo”.

Art. 19.2 b) “los seguros de daños materiales reunirán las condiciones siguientes:

b. La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en periodos 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 suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía”

<sup>56</sup> La Ley define la recepción como “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”. Art. 6.5 de la LOE: “El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior”.

<sup>57</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La recepción de la obra en el código civil y en la ley de ordenación de la edificación” en Anuario de derecho civil ISSN 0210-301X, Vol. 55, Nº 2, 2002.

<sup>58</sup> Art. 6.2 de la LOE: “... en la misma 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

c. El coste final de la ejecución material de la obra.

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.

Así mismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra.

<sup>59</sup> TAPIA HERMIDA, A. J.: “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente” RDM nº 233, julio-septiembre de 1.999; resume este autor las distintas posturas que se han venido manteniendo a este respecto.

#### 4.4. La declaración del riesgo.

Es obligación del tomador y del asegurado, informar del acaecimiento del siniestro, declarar el riesgo, así como las circunstancias que agraven el mismo<sup>60</sup>. Respecto a esto último, las circunstancias que deben declararse son hechos nuevos y relevantes, en caso de incumplimiento de este deber comunicación de la agravación, establece el artículo 12.2 de la LCS que, si el asegurador tiene conocimiento de la agravación indirectamente, puede proponer la modificación del contrato o denunciarlo, pero que si no ejerce ninguna de estas facultades no se producirán los efectos que la Ley prevé para el caso de que se haya producido siniestro.<sup>61</sup>

El caso contrario viene contemplado en el art. 13 de la LCS<sup>62</sup>, en el supuesto de disminución del riesgo, en el que la Ley otorga a tales personas una facultad cuyo ejercicio tiene unas limitadas consecuencias prácticas; reducción del importe al finalizar el periodo en curso cubierto por la prima, si bien, en caso de negativa del asegurador, se facultaba al tomador a resolver el contrato con devolución de la diferencia entre la prima satisfecha y la que le hubiera correspondido pagas desde el momento de la comunicación de la disminución del riesgo.

#### 4.5. Régimen de la prima en la LOE.

Todos los seguros obligatorios regulados en la LOE se contratan a cambio del pago de una prima que se integrará en un fondo formado por todas las cobradas por el asegurador y que él gestionará con la finalidad de que, en caso de que el riesgo se actualice, sea efectivamente satisfecha la indemnización a los asegurados. Así pues, los aseguradores administran las primas, con la única finalidad de

afrontar las posibles consecuencias del siniestro que afecte a algún asegurado. La existencia de la prima resulta necesaria para afrontar el pago de los siniestros que sobrevengan, razón por la cual es fundamental su pago anticipado, si bien existen supuestos en los que se anticipa la cobertura al cobro de la prima.

La regulación se encuentra en el art. 19.2.b)<sup>63</sup>; ante la existencia de construcciones de gran tamaño, la LOE, prevé la posibilidad de pago fraccionado, entrando en vigor la cobertura en el momento en que esté abonada en su totalidad.

#### A. El cálculo de la prima

Dados los grandes costes que se derivan de los defectos relacionados con la materia objeto de estudio, el cálculo correcto de la prima, exigirá, no sólo la valoración particular del asegurador de la entidad, duración riesgos, etc de la obra, sino la realización de costosos estudios técnicos. La cuestión se complica debido a la larga duración de la cobertura que puede hacer que las circunstancias varíen a lo largo del tiempo.

Antes de la entrada en vigor de la LOE, el cálculo de primas se obtenía aplicando al importe de la construcción una o más tasas porcentuales, tasas que se fijaban para cada obra en el condicionado particular. La prima quedaba pues condicionada a la importancia de la obra, debiendo comunicarse cualquier modificación al asegurador, quien, de forma automática procedía a la variación de las cantidades pactadas.

En el régimen actual, toma como punto de partida el importe del proyecto, a fin de averiguar el importe de la suma asegurada, que se obtendrá

<sup>60</sup> Art. 11 LCS: "El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas".

<sup>61</sup> Los efectos son: de acontecer el siniestro y no habiendo mala fe en el tomador o el asegurado, el asegurador queda liberado de su prestación; si, por el contrario se produce el siniestro pero no hubo mala fe, el asegurador estará obligado a cumplir con su prestación, pero ésta se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

<sup>62</sup> Art. 13 de la LCS: "Hasta la fecha de comienzo de la garantía el tomador del seguro o el asegurado podrán poner en conocimiento del asegurador todas las circunstancias que disminuyan el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato, lo habría concluido en condiciones más favorables para el Tomador del Seguro. En tal caso, el Asegurador deberá reducir el importe de la prima en la proporción que corresponda, teniendo derecho el Tomador del Seguro, en caso contrario, a la resolución del contrato y a la devolución de la prima satisfecha, deduciendo los gastos incurridos y acreditados por el Asegurador".

<sup>63</sup> Art. 19.2.b): "La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en periodos 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 suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía".



añadiendo la cuantía de los honorarios profesionales al coste de ejecución material de la obra y los recargos y tributos correspondientes.

## B. La obligación de pago de la prima.

Existe una primera prima de carácter provisional correspondiente al momento de perfección del contrato de seguro, y otra definitiva, que se abonará en el momento de recepción de la obra. La obligación de pago de la prima resulta de la propia LCS, cuyo artículo 14 dispone: “*el tomador del seguro está obligado al pago de la prima*”. En caso de agravación del riesgo<sup>64</sup>, el asegurado también deberá cumplir con la obligación de pago de la misma.

En relación con este tema nos preguntamos quién debe pagar la prima en los supuestos de fraccionamiento de la misma cuando existe transmisión del edificio antes de su total satisfacción. Si partimos del ya expuesto artículo 14, la obligación recaería en el tomador, no obstante, el artículo 34.3 de la LCS dispone “*serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en el caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos*”. Deducimos por tanto, que en caso de impago de la prima, los adquirentes posteriores, asumirían la condición de asegurado, junto con la obligación de pago de la parte de prima no pagada, sin perjuicio de la posterior facultad de repetición contra el vendedor del propio adquirente.

## 5. Requisitos de contratación del seguro de garantía decenal. Resumen del procedimiento

### 5.1. Requisitos previos de admisibilidad.

La dificultad que esta materia provocaba, da lugar, entre otras razones, a la aprobación del Código Técnico de la Edificación<sup>65</sup>, encargado de dar cumplimiento a los requisitos básicos de la edificación establecidos en la LOE, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad, la sostenibilidad de la edificación y la protección del medio ambiente. Así la LOE, en su dis-

posición final segunda, autorizaba al Gobierno para que, mediante Real Decreto, aprobara un Código Técnico de la Edificación en el que se establecieran las exigencias básicas que deben cumplirse en los edificios, en relación con los requisitos relativos a la seguridad y a la habitabilidad, enumerados en los apartados b) y c) del artículo 3.1.

Indica la exposición de motivos, que la aprobación del Código supone la superación y modernización del vigente marco normativo de la edificación en España, regulado por el Real Decreto 1650/1977, sobre normativa de la edificación, que estableció las Normas Básicas de la Edificación, como disposiciones de obligado cumplimiento en el proyecto y la ejecución de los edificios, creando a la vez un marco normativo homologable al existente en los países más avanzados y armonizando la reglamentación nacional existente en la edificación con las disposiciones de la Unión Europea vigentes en esta materia.

La necesidad de crear un órgano que, al tiempo que impulse el desarrollo y actualización permanente del Código Técnico de la Edificación, en atención a la evolución técnica y a las necesidades de la sociedad, pueda elaborar propuestas y hacer recomendaciones sobre las estrategias políticas y medidas pertinentes en materia de sostenibilidad, innovación y calidad de la edificación, provoca la creación del Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación, que, por otro lado, implica el cumplimiento de lo que viene denominándose como cuarta dimensión de la sostenibilidad: la participación. Tanto es así que en el Consejo estarán presentes la Administraciones Públicas y los agentes económicos y sociales implicados en los procesos edificatorios, garantizándose, de esta manera, una amplia participación en las actuaciones de desarrollo del Código Técnico de la Edificación.

Son varias las causas que hacen que la contratación de un seguro de garantía decenal, requiera de un proceso más complejo, comparado con cualquier otro seguro; la extensión de su contenido, la duración en el tiempo del periodo de cobertura, la necesaria intervención de un organismo de control...etc, estos y otros factores determinan que a

<sup>64</sup> Ver artículos 11 y 12.

<sup>65</sup> Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, Edificios. Aprueba el Código Técnico de la Edificación. Publicado en el BOE de 28 de marzo de 2006, num. 74 (página 11816).

la hora de suscribir este tipo de seguro se observen una serie de exigencias, no sólo con carácter previo, sino también en el transcurso de la propia obra.

El promotor que tenga la intención de suscribir una póliza de seguro decenal, deberá contratar con el Organismo de Control Técnico, quedando el organismo desde ese momento encargado de realizar el control técnico del proyecto y de la ejecución de la obra. De forma más concreta, y partiendo de la memoria de la obra y del proyecto de ejecución de los trabajos a desarrollar, debe elaborar un informe de definición del riesgo, analizando en el mismo, el diseño, informe geotécnico y cálculos efectuados.

Aunque lo preferible es que dicho informe se realice antes del comienzo de la edificación, la dificultad de mismo, hace que el asegurador pueda admitir hasta un mes de demora. En el documento inicial, el propio controlador indicará el número de informes adicionales que sean oportunos realizar durante la ejecución de la obra, variando según la naturaleza de la construcción.

Tras el análisis del informe y la documentación aportada, el asegurador decidirá si acepta el riesgo, en cuyo caso fijará las condiciones económicas y las franquicias correspondientes. Por último, procederá a la emisión de la póliza con carácter provisional, hasta su entrada en vigor. Es este el momento en que el tomador abonará la totalidad de la prima, salvo que haya sido pactado el fraccionamiento de pago, en cuyo caso, el abono no podrá ser inferior al 25% de la totalidad del precio convenido.

### 5.2. Verificación y seguimiento de la obra.

La función del organismo de control, tal y como su nombre indica, es verificar las fases de la construcción, emitiendo los informes que correspondan y comunicando cualquier defecto que pudiera poner en peligro la estabilidad o la solidez de la construcción; comunicación que realizará tanto al asegurado como al asegurador.

La siguiente fase, una vez realizada la construcción, será la emisión por parte del director de la obra y del director de ejecución, de un certificado final, procediendo a la entrega de la obra al promotor; entrega que se realizará mediante la firma del acta de recepción, en los términos indicados en el

artículo 6 de la LOE, si bien es cierto que se faculta al asegurador a exigir un requisito adicional cual es, la intervención del organismo y control, realizando éste las reservas que estime oportunas.

Para el supuesto particular de rechazo de la recepción de la obra, el acta tendrá que recoger los motivos de tal y rechazo, estableciendo igualmente un plazo para la reparación.

### 5.3. Entrada en vigor de la cobertura.

Dos tipos de reservas puede contener el informe final de obra; la existencia de reservas técnicas importantes, que se recogerán en un acta individual adjuntado al informe general, y una relación de defectos menores que no afecten a las coberturas del seguro.

Si, recibidos los diferentes informes, acta de recepción y declaración del tomador sobre el coste definitivo, el asegurador emite un suplemento de entrada en vigor de la cobertura, tendrá que recoger en el mismo los siguientes puntos:

- a. Garantías otorgadas.
- b. Suma asegurada.
- c. Reservas técnicas especificadas por el organismo controlador con exclusión de los daños derivados de ellas.
- d. Fecha de toma de efecto.

En cuanto a las partes afectadas por algunas de estas reservas, la toma de efecto se retrasa hasta que no hayan sido subsanadas y el controlador haya emitido la correspondiente acta de cancelación.

## 6. Requisitos de escrituración e inscripción

El artículo 20 de la Ley, establece una serie de medidas que tienen como finalidad el forzar el cumplimiento de la obligación de otorgar los seguros.

Así en su número primero, dispone que “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 consecuencia de esto es que, si se impide la escrituración e inscripción en el Registro de la



Propiedad de las declaraciones de obra nueva del edificio construido, quedará impedida la posibilidad de inscribir el título constitutivo de la propiedad horizontal y, en consecuencia, las transmisiones posteriores de las unidades privativas en que se pueda dividir el edificio<sup>66</sup>. De esta forma se fuerza al único sujeto actual obligado a otorgar algún seguro, el promotor, a contratar el seguro decenal para proceder a la venta de las viviendas, en el caso de que se hubiera dividido el edificio construido.

Sin embargo, dicha obligación de concertar el seguro decenal, sólo existe respecto de los edificios que vayan a ser destinados de modo principal a servir de viviendas y no respecto de cualesquiera otros, aun cuando a la construcción de los mismos se deba aplicar también la Ley de ordenación de la edificación. Por lo tanto, la expresión del número 1 de este artículo 20 es inexacta por excesiva.

Por otra parte, aunque la Ley no distingue en cuanto al tipo de declaración de obra nueva (terminada o en construcción) de que se trate, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 20 de marzo de 2000, que se dictó resolviendo una consulta de la Asociación de promotores y constructores de España, entendió que la acreditación de la constitución de las garantías obligatorias previstas por la Ley, sólo era necesaria para la inscripción de la declaración de obra nueva terminada o para la autorización de las actas de finalización de obra nueva, por lo que podían continuar inscribiéndose las declaraciones de obra nueva en construcción sin dicha acreditación.<sup>67</sup>

En resumen, sólo se exigirá la acreditación de la constitución de las garantías para inscribir la declaración de obra nueva terminada o autorizar las actas notariales acreditativas de la terminación de las obras, no exigiéndose, por el contrario, cuando

se trate de la declaración de obra nueva otorgada en documento administrativo.

La Instrucción de 11 de septiembre de 2000, estableció la forma en que debía acreditarse la constitución de las garantías establecidas en la Ley ante los Notarios y Registradores. Así dispone:

*“La acreditación se realizará mediante presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento en que se acredite su entrada en vigor, mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato. En todo caso deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias:*

- a. *Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:*
  1. *Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.*
  2. *Su referencia catastral de 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.*
- b. *Relativas al seguro:*
  1. *Calificación y modalidad del seguro,*

<sup>66</sup> Véase MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M. “Requisitos para la escrituración e inscripción” en SALA SANCHEZ, P. (coord.), Derecho de la Edificación, 2ª edición, Barcelona, 2001.

<sup>67</sup> En este, la DGRN señala: “Este Centro Directivo acuerda resolver la consulta formulada de manera que las obras nuevas realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, se ajusten a los siguientes criterios.

1º.- Los Notarios y Registradores de la Propiedad tan sólo exigirán la acreditación de la constitución 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.

2º.- En la autorización o inscripción de escrituras de obra nueva en construcción no se exigirá la prestación de las citadas garantías. Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías.

3º.- En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los Notarios y 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”.

- 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.*
  3. *Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.*
  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.*
  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.*
  6. *La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.*
  7. *Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o constructor de la edificación.*
  8. *Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.*
- c. *Relativas a la entidad aseguradora:*
1. *Identificación de la compañía o entidad aseguradora.*
  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 hacer-*

*se la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.”*

#### EL REGISTRO MERCANTIL: EXIGENCIAS PARA CANCELAR LAS INSCRIPCIONES DE EMPRESARIOS INDIVIDUALES Y SOCIEDADES PROMOTORAS.

El apartado segundo del artículo 20 de la LOE establece que “cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido”; impide, por tanto, el cierre en el Registro Mercantil de la hoja abierta al promotor individual y la inscripción de la liquidación de las sociedades promotoras, si no se acredita previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas en la Ley, a las que ya hemos hecho referencia anteriormente.





A juicio de STRUCH<sup>68</sup>, la efectividad de esta norma, comparada con la del número primero del propio artículo 20, es nula. Así, afirma que el hecho de que una sociedad no haya inscrito en el Registro Mercantil su extinción no conlleva ningún perjuicio para los socios de la misma o, incluso, para sus administradores o liquidadores. De hecho, en España es frecuente la existencia de sociedades inactivas cuya disolución o liquidación no se ha inscrito en el Registro Mercantil, ahora bien, siempre que no exista causa de extinción de la Sociedad, en cuyo caso la responsabilidad que podría derivar para los administradores es clara en la Ley.

Por otro lado, recuerda que, los promotores individuales, en la mayoría de las ocasiones no se encuentran inscritos, ya que como se establece en el propio art. 19 del Código de Comercio, la inscripción es potestativa.

Otra de las dificultades subrayadas por el citado autor, es que es muy difícil que el Registrador Mercantil pueda comprobar la concurrencia de los requisitos que exige la Ley para proceder al cierre de la hoja abierta a cada promotor individual o para la inscripción de la extinción de la sociedad promotora.

La Ley señala, que esta exigencia, se mantendrá mientras no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones reguladas en el artículo 18. Resulta confuso cuál es el límite temporal que el legislador quiere establecer. Como ya se dijo, el plazo de prescripción de las acciones establecidas en la LOE es de dos años, comenzando a contarse desde que se manifestaron los daños, si bien no debe olvidarse que para que nazcan dichas acciones será necesario que los daños se hayan producido dentro de los plazos fijados en el artículo 17.

Así pues, si interpretamos literalmente el precepto, obtendríamos como conclusión que únicamente se podrá inscribir en el Registro Mercantil el cierre de hoja y la extinción de la sociedad sin necesidad de acreditar la constitución de las garantías, si hubieran transcurrido dos años desde la aparición de daños en el edificio. Esta interpretación daría lugar a una imposibilidad práctica de aplicación.

Tampoco resulta satisfactoria una segunda interpretación propuesta por algún sector doctrinal, cual es, que la referencia a la prescripción realizada por el artículo 20, debe entenderse como referencia al tiempo máximo posible en el que se admite el ejercicio de las acciones que contempla la Ley. El problema se plantea en este caso, al dejar sin resolver el problema de la posible interrupción del plazo de prescripción de las acciones establecidas en la LOE y la forma de probar la fecha de la última promoción, pues el Registrador no podrá conocer si la edificación que le manifiestan, fue realmente la última que realizó la empresa o el promotor individual.

## 7. El código técnico de la edificación

El 17 de marzo de 2006, se aprueba el Código Técnico de la Edificación<sup>69</sup>, en adelante CTE, encargado de dar cumplimiento a los requisitos básicos de la edificación establecidos en la LOE, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad, la sostenibilidad de la edificación y la protección del medio ambiente. Así la LOE, en su disposición final segunda, autorizaba al Gobierno para que, mediante Real Decreto, aprobara un Código Técnico de la Edificación en el que se establecieran las exigencias básicas que deben cumplirse en los edificios, en relación con los requisitos relativos a la seguridad y a la habitabilidad, enumerados en los apartados b) y c) del artículo 3.1.

Indica la exposición de motivos, que la aprobación del Código supone la superación y modernización del vigente marco normativo de la edificación en España, regulado por el Real Decreto 1650/1977, sobre normativa de la edificación, que estableció las Normas Básicas de la Edificación, como disposiciones de obligado cumplimiento en el proyecto y la ejecución de los edificios, creando a la vez un marco normativo homologable al existente en los países más avanzados y armonizando la reglamentación nacional existente en la edificación con las disposiciones de la Unión Europea vigentes en esta materia.

La necesidad de crear un órgano que, al tiempo que impulse el desarrollo y actualización perma-

<sup>68</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J.: "Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia", Editorial Thomson, Civitas, segunda edición.

<sup>69</sup> Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, Edificios. Aprueba el Código Técnico de la Edificación. Publicado en el BOE de 28 de marzo de 2006, num. 74 (página 11816).

nente del CTE, en atención a la evolución técnica y a las necesidades de la sociedad, pueda elaborar propuestas y hacer recomendaciones sobre las estrategias políticas y medidas pertinentes en materia de sostenibilidad, innovación y calidad de la edificación, provoca la creación del Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación, que, por otro lado, implica el cumplimiento de lo que viene denominándose como cuarta dimensión de la sostenibilidad: la participación. Tanto es así que en el Consejo estarán presentes la Administraciones Públicas y los agentes económicos y sociales implicados en los procesos edificatorios, garantizándose, de esta manera, una amplia participación en las actuaciones de desarrollo del CTE.

Entrando brevemente en su contenido, podemos apuntar, que se divide en dos partes:

- b. La primera, de carácter general, donde se establecen las condiciones que han de cumplir la estructura de los edificios, clasificando los usos, etc., fijando a su vez, los requisitos que deben darse en los edificios para que estén conformes con las normas de seguridad y habitabilidad requeridos en la LOE.
- c. La segunda, contiene los Documentos Básicos cuya adecuada utilización garantiza el cumplimiento de las exigencias básicas; procedimientos, reglas técnicas, ejemplos de soluciones que permiten determinar las características del edificio. Estos documentos no tiene carácter excluyente, y su adecuada utilización, garantiza el cumplimiento de las exigencias básicas.

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, MAESO CABALLERO<sup>70</sup> nos recuerda que el CTE, establece los diferentes controles que han de llevarse a cabo, tanto en el proyecto, productos utilizados y ejecución de la obra, sin que, no obstante, se haya determinado qué organismo ha de llevar a cabo dicho control; a su juicio, lo adecuado es que se adjudique dicha responsabilidad a las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación reguladas en el artículo 14 de la LOE.

Finalmente y en lo referente a las garantías, apuntaremos que debido al endurecimiento de los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad del art. 3 b) y c), las compañías aseguradoras se ven obligadas a realizar el estudio de los riesgos que aseguran con un mayor control de los elementos que conforme a la ley pueden dar lugar a la responsabilidad decenal.



<sup>70</sup> MAESO CABALLERO, J. "Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, nº 6 año 42, Junio 2006.



## BIBLIOGRAFÍA:

1. ABASCAL MONEDERO, P. J.: "La responsabilidad por vicios en la construcción: Análisis del art. 1591 del Código Civil", autor – editor, 1999.
2. BARRES BENLLOCH, T.: "Seguro de caución: ¿Garantía personal o modalidad aseguradora?" Colección Jurisprudencia Práctica, nº 52, Madrid. 1993.
3. BORREL I CALONGE, A.: "La Ley de Ordenación de la Edificación y las condiciones técnicas de los edificios", Barcelona, marzo 2000.
4. BRENES CORTÉS, J.: "Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Tirant, monografías 355.
5. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La recepción de la obra en el código civil y en la Ley de ordenación de la edificación", en Anuario de derecho civil ISSN 0210-301X, Vol. 55, Nº 2, 2.002.
6. CARRASCO PERERA, A.: "Garantías por daños materiales ocasionador por vicios y defectos de la construcción", en Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Pamplona, 2000.
7. DEL ARCO TORRES, M. y PONS GONZÁLEZ: "Derecho de la construcción, aspectos administrativos, civiles y penales", Editorial Comares, 7º Edición, 2.006.
8. DIEZ PICAZO, F.: "Ley de Edificación y Código Civil", conferencia en el Congreso de Arquitectos, Peritos y Forenses, celebrado en Santiago de Compostela los días 10 y 11 de diciembre de 1.999.
9. GARCÍA LARAÑA, R.: "Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción", ponencia expuesta en el III Congreso Almería, celebrado en los días 7 y 8 de abril de 2.005.
10. MAESO CABALLERO, J. "Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, nº 6 año 42, Junio 2006.
11. MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M. "Requisitos para la escrituración e inscripción" en SALA SANCHEZ, P. (coord.), Derecho de la Edificación, 2ª edición, Barcelona, 2001.
12. LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: "Lo que interesa conocer sobre la Ley de Ordenación de la Edificación" en Revista Viales, Nº 13 enero – marzo 2.005.
- 13.- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. "El seguro de caución", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro ISSN 1133 – 6900 Nº 9, 2004.
14. MERCHAN GABLADÓN, F.: "Manual de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación", editorial Dossat.
15. PANTALEÓN PRIETO, F.: "Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación".
16. RUIZ - RICO RUIZ, J. M., MORENO-TORRES HERRERA, M. A. y OTROS AUTORES: "La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Comares/Urbanismo.
17. ESTRUCH ESTRUCH, J.: "Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia", Editorial Thomson, Cívitas, segunda edición.
18. TAPIA HERMIDA, A. J.: "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente" RDM nº 233, julio-septiembre de 1.999.