

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2338 *Resolución de 10 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Alicante n.º 4 a inscribir una escritura de donación.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Pascual Peral Ribelles, notario de Alicante, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Alicante número 4, don Constancio Villaplana García, a inscribir una escritura de donación.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Alicante, don Francisco Pascual Peral Ribelles, el día 31 de diciembre de 2012, don J. L. L. J. y su esposa, doña A. M. F. F., en su propio nombre y, además, como representantes legales de sus dos hijas menores de edad, doña Pilar María y doña Esperanza del Mar L. F., donaron a éstas una vivienda cuya edificación se declaró mediante escritura otorgada el día 15 de junio de 2006, en la que –por manifestar los otorgantes que se trataba de un supuesto de autopromotor de dicha vivienda para uso propio– no se acreditó la constitución del seguro de responsabilidad decenal previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

II

Presentada el día 5 de noviembre de 2013 la anterior escritura de donación en el Registro de la Propiedad de Alicante número 4, fue objeto de calificación negativa emitida por el registrador, don Constancio Villaplana García, que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad de Alicante n.º 4. Nota de calificación desfavorable. Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por G. T. M. (Gestoría Toledano) a las 16:34 horas del día 5/11/2013, asiento número 269, del diario 84, número de entrada 3.530 que corresponde al documento otorgado por el Notario de Alicante don Francisco Peral Ribelles, con el número 1277/2012 de su protocolo, de fecha 31/12/2012, ha resuelto no practicar los asientos solicitados sobre la base de los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. En la escritura presentada los cónyuges don J. L. L. J. y doña A. M. F. F. donan a sus hijas doña Pilar María L. F. y doña Esperanza del Mar L. F. la finca registral n.º 64. Al ser menores de edad las donatarias, las representan sus padres. Sobre la citada finca registral se declaró en 2007 la obra nueva terminada de una vivienda unifamiliar. No se constituyó respecto de ella el seguro decenal de daños exigido por el art. 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, por lo que en el historial registral de la finca se hizo constar que si era transmitida antes de diez años debería suscribirse el seguro, en los términos previstos en la disposición adicional 2.ª de la citada Ley. Fundamentos de Derecho. De conformidad con lo establecido en la disposición adicional 2.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, si una vivienda no asegurada es transmitida dentro del plazo de diez años siguientes a su terminación, la transmisión sólo será inscribible en el Registro de la Propiedad si el transmitente acreditase la suscripción del seguro decenal de daños exigido por el art. 19.1.c) de la citada Ley, a menos que dicho transmitente, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución

de dicho seguro. Por tanto, y dado que en el presente caso se pretende inscribir una transmisión cuando aún no han transcurrido diez años desde que fue declarada la obra nueva de la vivienda transmitida, la inscripción requiere el cumplimiento de dos requisitos: a) Que las donatarias liberen a los donantes de la obligación de constituir el seguro. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que quienes tendrían que exonerar a los transmitentes de la obligación del seguro son sus dos hijas menores representadas por los propios transmitentes. Y dado que existen intereses contrapuestos entre unos y otras (el interés de los padres por que se les exonere de suscribir el seguro choca con el de las hijas, cuyo interés es que la vivienda esté asegurada), la manifestación de exoneración del seguro no podrán hacerla los padres en representación de sus hijas, sino que para defender los intereses de éstas habría que nombrarles un defensor judicial (art. 163 del Código Civil), que sería quien tendría que hacer tal manifestación en su nombre. b) Que los donantes acrediten que la vivienda ha sido utilizada. Acerca de este requisito, tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 28-10-2004; 11-11-2010, y 15-11-2012), que no basta con la simple manifestación del transmitente para acreditar el uso, sino que es preciso aportar alguna prueba de que efectivamente la vivienda ha sido utilizada (acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, etc.). No sirve a estos efectos la licencia de primera ocupación (Resolución de 13-12-2012). Y en consecuencia se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado. Contra esta calificación (...) Alicante, trece de noviembre del año dos mil trece El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Constancio Villaplana García».

III

El 4 día de diciembre de 2013, el notario autorizante de la escritura calificada, don Francisco Pascual Peral Ribelles, interpuso recurso contra la calificación en el que alega los siguientes fundamentos de Derecho: «(...) La Ley de Ordenación de la Edificación en su artículo 9 dispone que: Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título. Y le impone la obligación de suscribir los seguros previstos en el artículo 19. Contiene, pues, un concepto amplio de promotor. Lo normal es que sea un profesional o empresario; sin embargo, a diferencia del criterio acogido por la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 1.591 del Código Civil que exigía profesionalidad y ánimo de lucro en la LOE, ahora basta que promueva una vivienda en una finca de su propiedad para su propio uso. Como regla general, el promotor responde por los defectos en la construcción en los términos de la LOE que regula la responsabilidad de los agentes de la edificación (promotor, proyectista, constructor, director de obra, director de la ejecución de obra, laboratorios de control y suministradores de productos) y específicamente por daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos constructivos. La responsabilidad que impone la LOE al promotor es solidaria con las responsabilidades que impone a los demás agentes de la edificación. Y además es independiente del grado de cumplimiento de sus propias obligaciones; puede verse obligado a responder por los daños materiales del edificio ocasionados por acción u omisión de cualquiera de los demás agentes de la edificación; es como un fiador, es el fabricante de lo construido. Así lo dispone el artículo 17.3 al señalar que: En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. El promotor es responsable no sólo frente al primer adquirente sino también frente a segundos y sucesivos adquirentes dentro de los plazos legales de aplicación, con independencia de que el promotor se halle legitimado, a su vez, para reclamar dichos daños al agente de la edificación causante del daño cuya reparación se solicite. La expresión en todo caso, significa que el reclamante de la reparación no está obligado a demostrar la negligencia del promotor o el incumplimiento de sus obligaciones o que proviene de él, le basta la prueba de haberse

producido el daño para declarar la responsabilidad del promotor. Su única defensa probar caso fortuito o fuerza mayor, intervención de terceros o del propio demandante. La LOE le obliga a suscribir una póliza de seguro que cubra su responsabilidad de diez años por daños estructurales. La LOE alude expresamente a que esta responsabilidad del promotor no excluye la responsabilidad contractual ni la responsabilidad por vicios ocultos en los términos del Código Civil para la compraventa. El promotor en tanto que vendedor puede ser responsable de vicios o defectos ocultos conforme al régimen de evicción del código civil para las compraventas (art. 17.9 LOE) respecto de su primer adquirente y durante el plazo breve de estas acciones de seis meses. Pero además, el promotor en cuanto vendedor puede ser declarado responsable frente al comprador por incumplimiento de contrato de compraventa, conforme a las reglas general reguladoras de las obligaciones, especialmente el artículo 1.101 Código Civil, mediante la correspondiente acción personal que prescribe a los quince años desde la fecha del incumplimiento; parece fuera de duda que el comprador de una vivienda está facultado para exigir responsabilidad al promotor vendedor por daños derivados del incumplimiento del contrato si consigue justificar que el promotor vendedor le ha irrogado daños como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contrato, por ejemplo, relativas a las calidades, superficie, etc. La Ley 38/99 inicialmente en su Disposición Adicional 2.ª disponía que: La garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Y no contenía ninguna excepción, por lo que era obligatoria la constitución del seguro decenal para la formalización de la obra nueva de una vivienda unifamiliar de uso propio, lo que mereció críticas de los sectores implicados, especialmente por los dueños de las parcelas promotores de sus propias casas para su uso familiar. Tres años más tarde, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, dio nueva redacción a la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 38/99 y conforme a ella el seguro decenal no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Y añade: "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". Con ello, la regla general de la obligatoriedad del seguro decenal se suprime para el autopromotor si pacta con su adquirente la exoneración de la constitución y acredita que la vivienda ha sido utilizada. Consultado el parecer de la Dirección General de los Registros y del Notariado en torno a la interpretación de la exigencia del seguro decenal, ésta mediante Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003 entendió, entre otras cosas, que: dado el superior principio de responsabilidad patrimonial universal en los casos de ejecución forzosa, ordinaria o hipotecaria, no serán exigibles los requisitos de manifestación y exoneración para quedar exento de la obligación de contratar el seguro dado que la finalidad de la Ley de Ordenación de la Edificación, entre otras, es la protección del usuario y sus intereses y quien acude voluntariamente a un procedimiento de ejecución forzosa tiene o puede tener un conocimiento exacto de cuál es la situación registral del inmueble y, en concreto, si se han contratado o no y en qué términos las garantías establecidas por la Ley. Así, quien adquiere el inmueble en ejecución forzosa sin seguro decenal está exonerando de forma tácita al transmitente de las exigencias legales de constitución de seguro. El propio Centro Directivo estima que hay superiores principios que permiten entender que existen casos en que no es precisa justificación y exoneración para quedar exento de la obligación de contratar el seguro. Y si es así, cabe preguntarse si hay algún otro principio además del de responsabilidad patrimonial universal. Estimo que procede una respuesta afirmativa. La protección de la familia y la vivienda familiar. En nuestro caso, se trata de un matrimonio que construye su propia casa de 90 metros cuadrados en una pedanía de Alicante, que

hipoteca en garantía de un préstamo de 55.000 euros de principal en 2007, que van pagando mensualmente y desgraciadamente por razones de su actividad ha recaído sobre ella un pequeño embargo. La familia piensa en beneficio de sus propios hijos que lo mejor es poner la casa a nombre de los mismos. No hay problema con los acreedores, los padres se siguen haciendo cargo del préstamo hipotecario y del pago del embargo, pero la casa familiar queda a salvo de posibles nuevos acreedores futuros de los padres al ser transmitida a título de donación a los hijos. Los acreedores actuales quedan con los mismos deudores y con la misma garantía y los acreedores futuros no podrán alegar ningún fraude. En un sentido parecido, la Ley de Emprendedores ha tratado de proteger la vivienda habitual familiar del comerciante. El temor que late en la familia de perder su vivienda habitual por el futuro del negocio, hizo que los padres se decidieran a donar a sus hijos menores la vivienda, sin reserva alguna. En el régimen de la donación, el artículo 638 del Código Civil dispone que: El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen. El precepto establece dos reglas generales. La primera es que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas. La segunda es la de que en vez de responder el donante, el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. El saneamiento comprende tanto el saneamiento por evicción como por vicios ocultos. Y se basa en el principio de que el saneamiento corresponde sólo prestarlo en los actos onerosos y la donación es un acto gratuito. El donante, salvo pacto de saneamiento o de donaciones onerosas, al no haber recibido nada a cambio lo lógico es que no responda frente al donatario por sí ni de evicción ni de vicios ocultos de las cosas donadas. La voluntad es donar tal y como éstas se encuentran. La subrogación del donatario en los derechos y acciones del donante se produce por ministerio de la Ley sin necesidad de acto alguno de cesión; el donatario tendrá los mismos derechos y acciones que su donante. Por tanto, la transmisión a título de donación simple no impone al donante la obligación de evicción ni permite accionar frente al donante por incumplimiento de contrato. Si ello es así, el donatario como adquirente efectivamente dispone a su favor del régimen de responsabilidad del donante-autopromotor derivado de la LOE: responsabilidad de promotor en todo caso y dispensa del seguro. El donatario se subroga en los derechos y acciones de su donante promotor, frente a otros agentes de la edificación. El donante autopromotor dona la vivienda en las condiciones legales en que se encuentra la misma; y si éste ha construido con responsabilidad pero sin seguro, eso es lo que dona, la vivienda con responsabilidad frente a los responsables legales respecto de los que su donante podría accionar pero sin seguro porque sus adquirentes se subrogan en la posición del donante. Esa idea late respecto de las transmisiones gratuitas como principio en nuestro derecho inmobiliario; es muestra de ello el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente. El donatario goza de la misma protección registral, mucha o poca, la misma, que su transmitente. Lo mismo nos parece ocurre en materia de protección del seguro decenal: el donatario goza de la misma protección del seguro decenal, mucha o poca, la misma, que su transmitente. Y si el transmitente donante no constituyó seguro, el donatario aceptando la donación ha aceptado la inexistencia del seguro».

IV

El registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a este Centro Directivo mediante escrito de fecha 24 de diciembre de 2013.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 3.1 del Código Civil; 208 de la Ley Hipotecaria; 1, 9, 19 y 20 y la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la

Edificación; los artículos 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 308 del Reglamento Hipotecario; 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; las Resoluciones Circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2003, y 26 de julio de 2007, y las Resoluciones –también de este Centro Directivo– de 9 de julio de 2003; 28 de octubre de 2004; 5 de abril, 10 de junio y 9 de julio de 2005; 18 de mayo de 2006; 17 de marzo y 9 de mayo de 2007; 11 de noviembre de 2008; 23 y 26 de julio y 11 de noviembre de 2010; 25 de marzo, 26 de agosto y 10 de noviembre de 2011, y 28 de mayo, 3 de julio, 2 de agosto, 15 de noviembre y 13 de diciembre de 2012.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada, otorgada el día 31 de diciembre de 2012, los propietarios de una vivienda unifamiliar donan el pleno dominio de la misma a sus hijas, menores de edad, representadas por ellos mismos. La edificación de la vivienda fue objeto de declaración de obra nueva mediante escritura otorgada el 15 de junio de 2006, en la que –por manifestar los otorgantes que se trataba de un supuesto de autopromotor de dicha vivienda para uso propio– no se acreditó la constitución del seguro de responsabilidad decenal previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque considera que, al no haber transcurrido diez años desde que se declaró la obra nueva de la vivienda donada y no acreditarse la suscripción del seguro decenal, es necesario que las donatarias liberen a los donantes de la obligación de constituir el seguro referido (exoneración que deberá ser manifestada por un defensor judicial por existir conflicto de intereses entre las donatarias y los donantes); y que los donantes acrediten que la vivienda ha sido utilizada para uso propio.

El recurrente alega que tratándose de donación, el donante no está obligado a constituir el seguro porque el donatario se subroga en todos los derechos y obligaciones del donante, ocupando, respecto de la cosa donada, la misma posición jurídica que el donante, tanto en el plano civil (evicción, sin que el donante responda por saneamiento salvo en los casos previstos en el artículo 638 del Código Civil) como en el registral (pues el donatario no goza de más protección que la que tuviera el donante –artículo 34 de la Ley Hipotecaria–).

2. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, «con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios» (cfr. art. 1.1). A esta finalidad se refiere la Exposición de Motivos de la Ley al afirmar que, ante la creciente demanda de calidad por parte de la sociedad, la Ley pretende que «la garantía para proteger a los usuarios se asiente no sólo en los requisitos técnicos de lo construido sino también en el establecimiento de un seguro de daños o de caución». Hay, pues, dos elementos de garantía de la protección del usuario: los requisitos técnicos de la construcción, de un lado, y el seguro de daños o caución, de otro.

Al seguro de daños o caución, como garantía frente a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción, se refiere el artículo 19.1 de la Ley, que incluye en su letra c), entre las garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, definido por su artículo 2, el seguro de daños materiales o seguro de caución, «para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los

muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio».

3. La Ley impone al promotor la obligación de suscribir el citado seguro –cfr. artículo 9.2.d)–, obligación que, conforme a la disposición adicional segunda, número uno del mismo texto legal, es exigible, desde su entrada en vigor, «para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda». Y a fin de garantizar el cumplimiento de esta obligación, establece, a su vez, una obligación de control de tal cumplimiento, al establecer en su artículo 20.1 un cierre registral para las escrituras públicas de declaración de obras nuevas de las edificaciones que entren en el ámbito de aplicación de la Ley (cfr. art. 2), «sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

Ahora bien, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio nueva redacción a la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, añadiendo un nuevo párrafo a su número uno, para incorporar una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de caución antes referido, en «el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Como contra excepción se añade a continuación que, sin embargo, en el caso de producirse la transmisión «inter vivos» dentro del plazo de diez años «el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión «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».

El ámbito de estas normas ha sido objeto de interpretación por esta Dirección General, cuya doctrina no es necesario detallar para resolver el presente recurso (cfr., por todas, las Resoluciones de 11 de noviembre de 2010; 25 de marzo y 26 de agosto de 2011, y 15 de noviembre y 13 de diciembre de 2012).

4. En el presente caso el recurrente mantiene que la donación no queda comprendida en el supuesto normativo para el cual, en caso de transmisión de una única vivienda unifamiliar construida por el autopromotor para uso propio en el plazo de diez años, sin haber constituido el seguro decenal, es necesario que tal autopromotor acredite haber utilizado la vivienda y sea expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de dicha garantía. Pero tal criterio no puede ser acogido por este Centro Directivo, pues de la interpretación literal y finalista de la norma referida se desprende inequívocamente que, tratándose de una transmisión «inter vivos», entra en juego la garantía prevista por la Ley, sin que el hecho de que se trate de una transmisión gratuita constituya motivo de exoneración.

Cabe advertir que, siendo la finalidad de la Ley la «adecuada protección de los intereses de los usuarios» (cfr. art. 1.1), se colige sin dificultad que, fuera de los estrictos casos enunciados en la Ley, no puede dispensarse la obligación de constituir el seguro decenal ni el cumplimiento de los requisitos que para su exoneración se especifican en la norma debatida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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

Madrid, 10 de febrero de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.