

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**11189** *Resolución de 9 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Águilas, por la que se deniega la cancelación de un derecho de vuelo solicitada por prescripción.*

En el recurso interpuesto por doña G. H. R. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Águilas, don José Ángel Cardenal Zubizarreta, por la que se deniega la cancelación de un derecho de vuelo solicitada por prescripción.

#### Hechos

##### I

Mediante instancia, suscrita el día 22 de febrero de 2022 por doña G. H. R., se solicitaba la cancelación por prescripción de un derecho a elevar constituido sobre un edificio en el que hay una finca de su propiedad, «habida cuenta de que no se ha ejercitado el mismo en el plazo oportuno para ello, entendiéndose esta parte que el mismo se encuentra prescrito».

##### II

Presentada el día 22 de febrero de 2022 la referida instancia en el Registro de la Propiedad de Águilas, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación negativa.

Documento calificado: Instancia suscrita ante mí en el día veintidós de febrero del año dos mil veintidós, por doña G. H. R.

Datos de presentación: Asiento número 954 del libro diario de operaciones número 81, de fecha veintidós de febrero del año dos mil veintidós.

Hechos:

I. Se presenta instancia de referencia suscrita en el día veintidós de febrero del año dos mil veintidós, ante mí, en la que doña G. H. R., solicita la cancelación por prescripción de un derecho a elevar constituido sobre el edificio al que pertenece una finca de su propiedad, “habida cuenta de que no se ha ejercitado el mismo en el plazo oportuno para ello, entendiéndose esta parte que el mismo se encuentra prescrito”.

II. Según Registro, la referida finca de su propiedad (finca 40519) pertenece al edificio inscrito bajo el número 19591 de finca de Águilas, sobre el cual efectivamente consta inscrito un derecho de elevar una nueva planta a favor de don F. P. M., en virtud de escritura otorgada en Águilas, el día 30 de agosto de 1961, ante el notario don Enrique Alpañés Domínguez, cuyo derecho no fija un plazo para su ejercicio o de caducidad del asiento.

Fundamentos de Derecho:

1. Conforme al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud de solicite la inscripción, así como la

capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

2. La calificación de los documentos presentados en el Registro se ha de entender a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales para que los interesados contiendan entre sí sobre la validez o nulidad del título, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento, de conformidad con los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 101 de su Reglamento.

3. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, la calificación negativa, deberá ser firmada por el Registrador, y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente.

4. Dispone el artículo 82 de la Ley Hipotecaria (Párrafos 1.º al 4.º):

“Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.

Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.

Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario.

Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley.”

Y el artículo 174 de su Reglamento (párrafos 1.º y 2.º), dice:

“La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido.

Será necesaria nueva escritura para la cancelación, con arreglo al párrafo primero del artículo 82 de la Ley, cuando, extinguido el derecho inscrito por voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción.”

5. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de fecha 26 de octubre de 2007 (BOE-A-2007-20153), viene a decir que “ante la falta de constancia registral (y en el propio título inscrito) de los plazos (...), debe acudir al sistema ordinario de cancelación de asientos en el Registro, que no es otro que el consentimiento del titular registral (...), expresado en escritura pública o resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él (cfr. artículo 82 Ley Hipotecaria).”

6. La misma Dirección General en Resolución de 6 de julio de 2013 (BOE-A-2013-8672), mantiene lo siguiente: “Queda pues analizar si resulta aplicable el párrafo segundo, inciso primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria para el caso de que el derecho inscrito quede extinguido por declaración de la ley. La prescripción, como regla general, no puede ser apreciada sino por vía judicial, ya que a diferencia de la caducidad que opera *ipso iure*, en la prescripción pueden existir supuestos de interrupción de la misma que escapen a la calificación registral por no tener reflejo en el Registro (*vid.* artículo 1.973 del Código Civil), tanto nuestro ordenamiento hipotecario como la doctrina reiterada de este Centro Directivo establece que la rectificación del Registro, y la cancelación no es sino una modalidad, precisará bien el consentimiento del titular

registral, bien resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (artículos 1, 38, y 40 de la Ley Hipotecaria) de ahí el carácter ciertamente excepcional del sistema de cancelación previsto en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, precisándose para su operatividad que la extinción del derecho inscrito resulte de manera clara, precisa, e indubitada”.

En el mismo sentido, ya la Resolución de la misma Dirección General de 26 de abril de 2006 (BOE-A-2006-10941), vino a decir igualmente que “El hecho de la prescripción no es una cuestión que pueda ser apreciada directamente por el Registrador”.

Y más recientemente, dicha Dirección General (R. de 25 de octubre de 2018, BOE-A-2018-15765), dice:

“Siguiendo la Resolución de esta Dirección General de 5 de diciembre de 2014, podemos afirmar que se ha reiterado en innumerables ocasiones (por todas, Resolución de 26 de abril de 2006), que la apreciación de la prescripción es tarea reservada a los órganos jurisdiccionales, doctrina que inicialmente elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva, ha sido extendida también a la adquisitiva (*vid.* Resolución de 7 de marzo de 2018).

Frente a una escritura pública en que se plasma un negocio jurídico de mutación jurídica real que por exigencia de su normativa reúne los requisitos sustantivos del título (consentimiento, objeto y causa), y que por disposición de la Ley comprende el modo (artículo 1462 del Código Civil), aunando los requisitos legales para producir la transmisión del dominio o modificación jurídica real permitiendo su calificación a efectos de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, la mutación sin causa negocial como consecuencia de la prescripción exige una determinación de los hechos y de su valoración jurídica que escapa por completo de la función notarial y de la registral (*vid.* Resolución de 25 de abril de 1989).

No se trata de poner en duda la existencia de los hechos, sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende que no puede quedar al arbitrio de quien pretende la inscripción (...) (*vid.* Resolución de 1 de marzo de 2013). Como ha afirmado recientemente la Resolución de 7 de marzo de 2018 ‘serán los tribunales de Justicia, cuando se ejercite ante ellos la acción correspondiente y con la intervención –o al menos citación por la autoridad judicial– de la totalidad de los titulares registrales, quienes resuelvan una vez se obtenga sentencia firme la rectificación del contenido del Registro de la Propiedad (artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 38 de la Ley Hipotecaria) o, en un caso como el presente, la inmatriculación’. Concluye la citada Resolución que ‘la valoración de los hechos a los efectos de la adquisición del dominio por prescripción, (...) corresponde a jueces y tribunales y no puede ser sustraída de su conocimiento”.

7. A la vista de todo lo anterior, no cabe sino denegar la cancelación solicitada, debiendo la interesada, bien recabar el consentimiento del titular del derecho cuya cancelación solicita (o sus causahabientes), o bien instar el correspondiente procedimiento judicial.

Por todo ello, he resuelto:

1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los fundamentos Jurídicos antes citados.

2.º Denegar la cancelación solicitada del derecho de elevar constituido sobre la finca número 19591 de Águilas, por ser necesario el consentimiento del titular registral, expresado en escritura pública o resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él -cfr. artículo 82 Ley Hipotecaria-.

3.º Prorrogar el asiento de presentación causado por el documento calificado hasta sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el artículo 322 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta calificación (...)

Águilas a cuatro de marzo del año dos mil veintidós. El Registrador (firma ilegible).»

## III

Contra la anterior nota de calificación, doña G. H. R. interpuso recurso el día 13 de abril de 2022 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Primero. (...)

Tercero. Que es interés de esta parte que se cancele dicho derecho de vuelo habida cuenta de que no se ha ejercitado el mismo en el plazo oportuno para ello, entendiéndose esta parte que el mismo se encuentra prescrito.

Esta pretensión se fundamenta en las siguientes consideraciones jurídicas:

El derecho de vuelo se trata efectivamente de un derecho real y como tal está sometido a tiempo. La doctrina de la Dirección General Del Registro y del Notariado (en adelante DGRN) se inclina por la exigencia de fijar un plazo para el ejercicio del derecho. En concreto:

La resolución de la DGRN [ilegible] no admitió como derecho de vuelo una reserva perpetua del promotor a sobreedificar, ya que el estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia erga omnes) excluye la constitución derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad. Se reitera en la resolución de 29 de abril de 1999.

La resolución de la DGRN de [ilegible] no admitió como derecho de vuelo la reserva perpetua del promotor a sobreedificar, ya que el estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia erga omnes) que excluyen la constitución derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible si no responden a una justa causa que justifique este carácter perpetuo e irredimible.

En definitiva, deberá constar un plazo concreto. Pero constan inscritos derechos de vuelo sin fijación de plazo, los cuales se extinguirán, en su caso, por prescripción, como se dirá.

Pero en todo caso, según la resolución de la DGRN de 3 de septiembre de 2012, indica que cuando se fija un plazo determinado, sin más detalles, este plazo sólo puede referirse, a falta de cualquier indicación en contrario, según la resolución de la DGRN de 3 de septiembre de 2012, a la fecha de constitución del derecho, momento a partir del cual es ejercitable, por lo que no es aceptable especular sobre si debe tenerse en consideración cualquier otra fecha distinta de la que quepa deducir un vencimiento final distinto (fecha de la licencia, por ejemplo).

A lo anterior se le suma lo indicado por nuestro código civil, que si bien ni siquiera nombra el derecho de vuelo en su articulado si refiere el plazo de prescripción para las acciones reales sobre inmuebles. Así las cosas:

Artículo 1963.

Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años.

Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción.

Y a mayor abundamiento encontramos jurisprudencia meridianamente clara, por todas destaca la SAP Burgos 234/2011, de 16 de mayo de 2011 indicando que el derecho de vuelo referido en el art. 16 RH es un derecho temporal por su propia naturaleza, ya que no tendría sentido, ni finalidad, un derecho de vuelo indefinido y que sometiera a la comunidad a una situación de permanente indefinición. Además, es de duración limitada que si no se establece en el título se cifra en 30 años, pues salvo "justa causa" los derechos reales se extinguen por su falta de uso como las servidumbres, el usufructo o los censos.

Cuarto. Que se ha emitido una calificación negativa de la solicitud entendiéndose que debe ser el titular del derecho quien solicite esta cancelación, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Entiende esta parte que debería poder realizarse también por iniciativa del considerado como interesado, debiendo entrar en juego directamente o acaso por analogía, el Art. 210 de la Ley Hipotecaria en su apartado octavo.

“Octava. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.”»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 27 de abril de 2022, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este centro directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 19 bis, 38, 61, 82 y 210 de la Ley Hipotecaria; 174 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1989, 26 de abril de 2006, 26 de octubre de 2007, 6 de julio de 2013, 5 de diciembre de 2014 y 7 de marzo y 25 de octubre de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si se puede o no cancelar, por prescripción, un derecho a elevar una nueva planta constituido sobre un edificio, en el que hay una finca de propiedad de la solicitante, «habida cuenta de que no se ha ejercitado el mismo en el plazo oportuno para ello, entendiéndose esta parte que el mismo se encuentra prescrito».

El registrador deniega la cancelación pues entiende que debe la interesada, bien recabar el consentimiento del titular del derecho cuya cancelación solicita (o sus causahabientes), o bien instar el correspondiente procedimiento judicial.

La recurrente alega lo siguiente: que la Ley excluye la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible si no responden a una justa causa que justifique este carácter perpetuo e irredimible; que los derechos de vuelo inscritos sin fijación de plazo, se extinguirán, en su caso, por prescripción; que los derechos reales se extinguen por su falta de uso como las servidumbres, el usufructo o los censos; que podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.

2. Respecto de la alegación de la recurrente sobre la extinción del derecho de vuelo por la prescripción, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (cfr., entre otras citadas en «Vistos», la Resolución de 25 de octubre de 2018), plasmada en la Resolución de 5 de diciembre de 2014 y reiterada en innumerables ocasiones (*vid.*, por todas, Resolución de 26 de abril de 2006), según la cual la apreciación de la prescripción es tarea reservada a los órganos jurisdiccionales, doctrina que inicialmente elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva, ha sido extendida también a la adquisitiva (*vid.* Resolución de 7 de marzo de 2018).

Como afirma el registrador, la Resolución de 7 de marzo de 2018 pone de relieve que «serán los tribunales de Justicia, cuando se ejercite ante ellos la acción correspondiente y con la intervención -o al menos citación por la autoridad judicial- de la totalidad de los titulares registrales, quienes resuelvan una vez se obtenga sentencia firme la rectificación del contenido del Registro de la Propiedad (artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 38 de la Ley Hipotecaria) o, en un caso como el presente, la inmatriculación». Concluye la citada Resolución que «la valoración de los hechos a los efectos de la adquisición del dominio por prescripción, (...) corresponde a jueces y tribunales y no puede ser sustraída de su conocimiento».

3. El derecho de vuelo cuya extinción y cancelación se solicita fue constituido mediante una escritura de fecha 30 de agosto de 1961. Así, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 25 de abril de 1989, frente a una escritura pública en que se plasma un negocio jurídico de mutación jurídico real que por exigencia de su normativa reúne los requisitos sustantivos del título (consentimiento, objeto y causa), y que por disposición de la Ley comprende el modo (art. 1462 del Código Civil), aunando los requisitos legales para producir la transmisión del dominio o modificación jurídico real permitiendo su calificación a efectos de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, la mutación sin causa negocial como consecuencia de la prescripción exige una determinación de los hechos y de su valoración jurídica que escapa por completo de la función notarial y de la registral (*vid.* Resolución de 25 de abril de 1989).

Como ha recordado este centro directivo, no se trata de poner en duda la existencia de los hechos, sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende que no puede quedar al arbitrio de quien pretende la inscripción (*vid.* Resolución de 1 de marzo de 2013).

4. En cuanto a la cancelación del asiento que se solicita, el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, párrafos primero al cuarto, establece que: «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos. Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva. Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario. Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley». Por su parte, el artículo 174 del Reglamento Hipotecario, párrafos primero y segundo, establece que: «La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido. Será necesaria nueva escritura para la cancelación, con arreglo al párrafo primero del artículo 82 de la Ley, cuando, extinguido el derecho inscrito por voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción».

Como bien ha recordado el registrador, la Resolución de 26 de octubre de 2007 pone de relieve que «ante la falta de constancia registral (y en el propio título inscrito) de los plazos (...), debe acudir al sistema ordinario de cancelación de asientos en el Registro, que no es otro que el consentimiento del titular registral (...), expresado en escritura pública o resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él (cfr. artículo 82 Ley Hipotecaria)».

De acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente, la Resolución de 6 de julio de 2013, recoge lo siguiente: «Queda pues analizar si resulta aplicable el párrafo segundo, inciso primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria para el caso de que el derecho inscrito quede extinguido por declaración de la ley. La prescripción, como regla general, no puede ser apreciada sino por vía judicial, ya que a diferencia de la caducidad

que opera *ipso iure*, en la prescripción pueden existir supuestos de interrupción de la misma que escapen a la calificación registral por no tener reflejo en el Registro (*vid.* artículo 1973 del Código Civil), tanto nuestro ordenamiento hipotecario como la doctrina reiterada de este Centro Directivo establece que la rectificación del Registro, y la cancelación no es sino una modalidad, precisará bien el consentimiento del titular registral, bien resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (artículos 1, 38, y 40 de la Ley Hipotecaria) de ahí el carácter ciertamente excepcional del sistema de cancelación previsto en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, precisándose para su operatividad que la extinción del derecho inscrito resulte de manera clara, precisa, e indubitada».

5. Por último, alega la recurrente que entiende aplicable para la cancelación solicitada el artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria en su apartado octavo. La regla octava del citado artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria, dispone: «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento».

Este precepto legal alude a un plazo («cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse»), y respecto del derecho cuya cancelación se solicita no se había señalado un plazo para su ejercicio a partir del cual pudieran contarse los cinco años previstos en dicha normativa, por lo que no es aplicable a este supuesto concreto.

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

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, 9 de junio de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.