

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3195** *Resolución de 20 de febrero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad Arteixo, por la que se suspende la inscripción de una servidumbre.*

En el recurso interpuesto por don J. R. N. contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad Arteixo, doña María del Rosario García Jiménez, por la que se suspende la inscripción de una servidumbre.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada el día 18 de julio de 2017 por el notario de Oleiros, don Andrés Antonio Sexto Presas, con el número 1.428 de protocolo, don J. R. N. agregó la finca registral número 15.229 del Registro de la Propiedad de Arteixo a la número 15.228 e hizo declaración de obra por antigüedad. Además, se reconoció que, sobre el acceso a su finca por el linde norte, existía una servidumbre de paso a favor tanto de su finca como de la finca colindante. Este derecho se encontraba reconocido en virtud de sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de A Coruña en la que se acordaba homologar la transacción solicitada por las partes. Dicha sentencia se incorporó en el título mediante fotocopia.

##### II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Arteixo, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Arteixo Calificado el documento precedente, que se presentó el día 8 de agosto último, bajo el Asiento 1147 del Diario 88, retirado por el presentante y reintegrado el día 14 de los corrientes, la Registradora que suscribe ha practicado, en cuanto a la agregación y ampliación de obra, las inscripciones 2.<sup>a</sup> de agregación y 3.<sup>a</sup> de ampliación de obra de la finca número 15228, al folio 74 del libro 785, quedando dicha finca inscrita a nombre de don J. R. N., con carácter privativo. A fecha de hoy la finca 15.228 ha quedado coordinada geográficamente con el Catastro, siendo su representación gráfica y su lista de coordenadas accesible a través de [www.registradores.org](http://www.registradores.org) mediante el Código Seguro de Verificación: (...) Los asientos practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales y produce los efectos derivados de la publicidad registral (...) En cuanto a la constitución de servidumbre el documento se suspende la inscripción solicitada por los siguientes defectos: 1.–Según el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria en el Registro de la Propiedad se inscribirán «los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales» Para su constitución el artículo 532 del Código Civil establece que la servidumbre de paso «... sólo puede adquirirse en virtud de título constitutivo, cuya falta sólo puede suplirse por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme...» y en este caso la servidumbre que se pretende registrar se encuentra reconocida en virtud de auto de homologación dictado el día 23 de marzo de 2017 por doña Carmen Castro Pérez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 13 de A Coruña, según testimonio expedido el día 21 de abril de 2017 por doña M. R. L. letrado de dicho Juzgado, que se inserta, por lo que no estamos ante uno de los medios para la constitución de servidumbre, ya que la transacción, aún homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento

judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1.817 del Código Civil). En este sentido la Dirección General de los Registros y Notariado en resolución de fecha 5 de agosto de 2013 considera que el acuerdo transaccional, aunque esté homologado, es un documento privado no apto para su inscripción en el Registro por lo que se produciría una quiebra del principio de legalidad y en resoluciones de fechas 11 de septiembre de 2012, 25 de febrero de 2014, 6 de septiembre de 2016 y 19 de junio de 2017 manifiesta que el auto de homologación no es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes. 2.–Por otro lado, la servidumbre que se pretende inscribir no está válidamente constituida con los requisitos de identificación del predio dominante, sirviente, titulares, dimensiones... tendentes a permitir una plena identificación de la servidumbre sobre la inscripción (Principio de especialidad o determinación). La presente calificación negativa causa prórroga automática desde la fecha de la última notificación. Contra esta calificación (...) Arteixo a veintiocho de septiembre del año dos mil diecisiete. La Registradora (firma ilegible), Fdo.: María del Rosario García Jiménez».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don J. R. N. interpuso recurso el día 28 de noviembre de 2017 en virtud de escrito en el que, resumidamente, señala: «(...) Primero.– (...) Segundo.–Considera la parte recurrente que el Sr. Registrador [sic] de la Propiedad, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, no tiene en cuenta, en relación con el primero de los apartados, que el testimonio del auto de aprobación de la transacción judicial es un auténtico documento público, apto para su acceso directo al Registro de la Propiedad, sin necesidad de que se otorgue previa escritura pública que recoja los mismos términos que ya contiene la resolución judicial; y todo ello de acuerdo con lo que se expondrá en los fundamentos de derecho. Por lo que se refiere a la falta de identificación de determinados elementos de la servidumbre, se debe manifestar que varios de esos elementos sí figuran en el testimonio del Auto; y, en cuanto al resto, se podría requerir su aportación en plazo de subsanación, toda vez que todos ellos constan en los documentos existentes en el expediente judicial y, por tanto, se podría aportar copia testimoniada de ellos o, en su caso, certificación de los registros públicos, posibilidad ésta que la calificación cierra en todo caso al no indicar que los defectos son subsanables. Lo que en ningún caso resulta admisible es que se indique que servidumbre no está válidamente constituida, pues han prestado su consentimiento a ello las dos partes implicadas (dueño del predio sirviente y dueño del predio dominante), siendo las dos propiedades colindantes, y no existiendo ni limitaciones de capacidad, ni razones de orden público que impidan la constitución de esa servidumbre, la servidumbre está constituida, no teniendo la inscripción carácter constitutivo».

## IV

La registradora suscribió informe el día 14 de diciembre de 2017 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 1216, 1217, 1218, 1280 y 1809 del Código Civil; 1, 2, 3, 18 y 103 bis de la Ley Hipotecaria; 34, 35, 36, 37, 38 y 100 del Reglamento Hipotecario; 19, 61, 317, 319, 414, 415, 517, 545, 703, 704 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de transacción judicial, entre ellas las de 18 de octubre de 1991, 22 de marzo y 22 de diciembre de 2010, 19 de enero, 29 de julio, 5 de agosto y 3 de septiembre de 2011, 26 de junio y 9 de julio de 2013, 1 de julio, 4 de agosto y 16 de octubre de 2014, 30 de junio de

2015, 4 de mayo, 19 de julio, 6 de septiembre y 30 de noviembre de 2016 y 17 y 19 de mayo, 19 de junio, 7 de septiembre y 11, 18 y 31 de octubre 2017.

1. Se discute en este expediente si es inscribible la constitución de una servidumbre de paso en virtud de la homologación judicial de un acuerdo transaccional, señalando además la registradora como defecto que la servidumbre no está debidamente constituida.

2. En relación al primero de los defectos, la cuestión debatida ha sido resuelta por esta Dirección General en numerosas ocasiones habiéndose elaborado una reiterada doctrina que resulta de plena aplicación al presente supuesto.

De acuerdo a dicha doctrina, el principio de titulación formal en nuestro Derecho viene instaurado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exigiéndose en su virtud titulación pública (ya sea notarial, judicial o administrativa, atendiendo a la naturaleza de los casos y supuestos del negocio en ellos contenido), siendo muy excepcional los supuestos en los que se permite la mutación jurídico real en documento o instancia privada con plena relevancia registral, sin que el caso aquí planteado pueda encajarse en alguna de estas excepciones (cfr. Resolución 27 de febrero de 2017).

Por ello, debe analizarse cuál es la verdadera naturaleza que tiene el acuerdo transaccional referido, así como la eficacia formal que le confiere, en su caso, la homologación judicial recaída.

La transacción, se encuentra definida en nuestro Código Civil como el contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen iniciado. En este mismo sentido, la propia ley jurisdiccional civil, reconoce la transacción como un modo de terminación del proceso, que implica la facultad de disposición del objeto del proceso quedando desde entonces el mismo fuera del ámbito de actuación jurisdiccional y sometida a la exclusiva voluntad de los interesados, y estando reservada la intervención del juez a la valoración de dicha disponibilidad del objeto del proceso y no al fondo del mismo.

En la Resolución de 6 de septiembre de 2016 se señaló que: ««(...) la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013) que 'la homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento'. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial, no es menos cierto que para que dicho acuerdo sea inscribible en el Registro de la Propiedad deberán cumplirse los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria (...)'». También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas».

Alcanzada la transacción y homologada judicialmente, las partes pueden llevar a cabo la ejecución del negocio jurídico realizado por vía extrajudicial en cuyo caso, y en cumplimiento de la exigencia del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, deben proceder al otorgamiento de la oportuna escritura pública con el fin de procurar la inscripción en el Registro de la Propiedad y así concordar la realidad registral a la extrarregistral (artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

Si la ejecución extrajudicial no resulta posible por negarse alguna de las partes al otorgamiento señalado, la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada ejecución (artículos 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que la parte interesada puede solicitar del órgano jurisdiccional competente que se lleve a cabo por la vía de apremio.

Y, a este respecto, como ha dicho esta Dirección General (cfr. Resolución 3 de junio de 2010) «(...) dispone el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que se libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos». En consecuencia, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las declaraciones de voluntad dictadas por el Juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública (cfr. artículos 1217, 1218, 1279 y 1280 del Código Civil, artículo 3 de la Ley Hipotecaria y artículos 143 y 144 del Reglamento Notarial). Por todo ello, lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone la inscripción directa de los documentos presentados, sino que la nueva forma de ejecución procesal permite al demandante otorgar la escritura de elevación a público del documento privado compareciendo ante el Notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado. El auto del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan sólo viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente. Por el contrario, sí sería directamente inscribible, en virtud del mandamiento judicial ordenando la inscripción, el testimonio del auto firme por el que se suplan judicialmente las declaraciones de voluntad del obligado a prestarlas, si se tratara de negocios o actos unilaterales, para cuya inscripción bastará, en su caso, la resolución judicial que supla la declaración de voluntad unilateral del demandado (como sería el ejercicio de un derecho de opción, el consentimiento del titular de la carga para la cancelación de un derecho real de garantía o de una condición resolutoria por cumplimiento de la obligación garantizada, entre otros casos), siempre que no lo impida la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos».

Es cierto que el auto judicial por el que se lleva a cabo la homologación del contrato de transacción no es un documento privado, pero la homologación judicial no altera el objeto, contenido y forma, ni el carácter privado, del acuerdo pues se limita a acreditar su existencia. Si bien las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento.

La homologación judicial no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente y precisamente por ello, porque el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes, no contiene una declaración judicial sobre las mismas ni una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada. Son las partes las que, mediante la prestación de su consentimiento y el cumplimiento del resto de requisitos exigidos por el ordenamiento, declaran, constituyen, modifican o extinguen una relación jurídica preexistente que hace innecesaria la existencia del proceso que queda así sin objeto. Consecuentemente y de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento, la alteración del contenido del Registro de la Propiedad requiere que el acuerdo

alcanzado entre las partes se documente adecuadamente (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), a fin de poder provocar el efecto acordado entre las partes (artículos 40, 76 y 82 de la Ley Hipotecaria).

3. En el caso de este expediente, el auto de homologación dictado el día 23 de marzo de 2017 por doña Carmen Castro Pérez, magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia número 13 de A Coruña, que se inserta en la escritura calificada dispone en sus antecedentes de hecho que «ambas partes están de acuerdo en que el terreno por el que se accede desde la finca del demandante (...) es propiedad de los demandados y sobre dicho terreno se halla constituida una servidumbre de paso a favor de la finca del demandante en documento privado de 4 de julio de 1948 por los entonces propietarios de las respectivas fincas de los litigantes (don L. C. V., padre del demandado y don J. F. V., vendedor de la finca del actor). Ambas partes se comprometen a respetar esa servidumbre y el acceso a sus respectivas fincas por ese terreno».

En consecuencia, el acuerdo se limita al reconocimiento de una servidumbre previa y a la obligación de respetarla, ni siquiera implica su constitución «ex novo» con motivo del procedimiento entablado y el auto se circunscribe a disponer que conforme los apartados 1, 2 y 3, del artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero y no encontrándose el acuerdo alcanzado en ninguno de estos supuestos lo homologa declarando finalizado el proceso.

Todas estas circunstancias no hacen sino confirmar la doctrina anteriormente expuesta, conforme a la cual sin perjuicio de la libertad de pactos que subyace en el fondo del acuerdo que pone fin al procedimiento iniciado, material y formalmente este acuerdo deberá ajustarse a los requisitos exigidos por el ordenamiento para poder ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

Procede en consecuencia confirmar el defecto recogido en la nota.

4. En relación al segundo de los defectos, también debe ser confirmado. Para que la servidumbre, constituida en el documento privado a que hace referencia el auto homologado que se inserta en el título calificado, pueda inscribirse debe hallarse suficientemente delimitada, en virtud de las exigencias del principio de especialidad (artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario) y de libertad de trabas del dominio (cfr. artículos 348 del Código Civil y 25 y 27 de la Ley Hipotecaria). En este sentido ha de destacarse que es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid, entre otras, las Resoluciones de 29 de septiembre de 1966 y 27 de agosto de 1982), que la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente a tal efecto, la identificación que de aquéllas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afectan a las facultades de inmediato uso material que las servidumbres confieren, con la consiguiente vinculación –sin límites temporales en el supuesto– de la propiedad en una extensión superior a la exigida por la causa que justifica la existencia de la servidumbre.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 20 de febrero de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.