

III. VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

No acontece ese desvío del *onus probandi*, porque la recurrida no ha alterado esa carga procesal, cuando, por lo constatado, el conjunto probatorio ha tenido lugar sin cortapisa de ningún género. Se decía en sentencia de 15-6-04: «El alcance del artículo 1.214 del Código Civil (en la actualidad, derogado y sustituido por el art. 217, nueva LEC de 7-1-2000) en manera alguna se contrae al aspecto de afirmaciones o negativas que hagan las partes con relación a lo que sea objeto de la controversia judicial, ni sirve para alterar la apreciación efectuada por el órgano judicial de la prueba aportada por cada una de las partes, dándoles una valoración conjunta de su resultado de manera que el referido artículo no constituye norma valorativa de prueba por lo que solamente es susceptible de casación como infringido cuando se acusa al órgano jurisdiccional de instancia de haber alterado indebidamente el *onus probandi* o sea, la carga de la prueba invirtiendo lo que a cada parte corresponda» (2).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

SERVIDUMBRES. ACCIÓN CONFESORIA. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS.—NO PUEDE EJERCITARSE BAJO LA FORMA DE UNA REIVINDICATORIA.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan.

Antecedentes.—El demandante interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria contra los demandados, suplicando al Juzgado que declarase: 1.º) el restablecimiento del derecho de paso, objeto de la presente litis. 2.º) La demolición por parte de los deman-

Los resultados propenden al análisis de VNTRs con las sondas MSI, MS31, MS43a, MS8, MS205, G3 y YNH24, y a la comprobación en la herencia de un alelo paterno con esa investigación se alcanza el norte de la llamada PROBABILIDAD DE PATERNIDAD.

Puesto que no es posible la exclusión de paternidad, se calcula la probabilidad de Paternidad (W), valor que expresa la probabilidad de que el presunto padre sea el padre biológico, a la vista de los resultados obtenidos en los tests genéticos realizados.

Y al efecto se tiene en cuenta los conocidos predicados de K. Hummel, esto es:

W IP RASGOS PATERNIDAD

99,8%-99,9% > 399:1 - Prácticamente probada.

99%-99,7% > 95:1 - Extremadamente probable.

95%-98,9% > 19:1 - Muy probable.

90%-94,9% > 9:1 - Probable.

80%-89,9% > 4:1 - Indicios.

Menor 80%, 4:1 - No significativo.

Los resultados obtenidos en el análisis de polimorfismos de ADN mediante técnicas de hibridación con sondas uni-locus confluyen o deben alumbrar o en la exclusión o en la probabilidad de la paternidad cuestionada.

(2) Sentencias de 25-5-83, 26-6-74, 14-11-80, 21-12-81, 15-4 y 5-6-82, 31-10-83, 7-3, 24-5, 14-6, 9-7, 15-9, 17-10 y 9 y 16-12-85, 25-2 y 5-5-87 y 8-10 y 19-11-88. Sentencias de 30-9-91, 22-6-95, 3-7-95, 1-5-98, 27-12-99, 3-7-02, 10-7-02, 4-3-04, 29-3-04, 19-4-04 y 19-5-04.

dados del almacén edificado sobre el camino referido, así como la reconstrucción y restablecimiento de dicho camino. 3.º) La indemnización de daños y perjuicios ocasionados al demandante. 4.º) Que se condene a los demandados a estar y pasar por las consecuencias de las anteriores declaraciones y que en lo sucesivo se abstengan de perturbar el uso del referido camino. 5.º) Que se condene en costas a los demandados.

El Tribunal de Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial de Alicante revocó la sentencia y estimó parcialmente la demanda, declarando que sea restablecido el derecho de paso objeto de la litis, la demolición de lo edificado sobre el camino y la reconstrucción y reestablecimiento del mismo.

Los demandados interpusieron recurso de casación por infracción del artículo 533.6.º en relación con el 524 LEC, al considerar que se ha interpuesto una acción reivindicatoria cuando lo oportuno hubiera sido una acción confesoria. El Tribunal Supremo estima el motivo y declara que ha lugar el recurso y casa la sentencia, estableciendo la siguiente:

Doctrina.—«Al referirse la demanda, constantemente, al derecho de paso de un determinado camino obstruido por los demandados y pedirse el restablecimiento de tal derecho de paso, se está ejercitando la acción confesoria, que corresponde al dueño del predio dominante, titular del derecho real de servidumbre contra quien le haya perturbado su ejercicio; tiene por objeto el reconocimiento del derecho real y la condena al demandado a que cese la perturbación, cuyos presupuestos son la prueba del derecho real de servidumbre, puesto que el dominio se presume libre y la prueba de la perturbación por el demandado. Nada se ha hecho en el presente caso: no se ha probado la constitución y la existencia de un derecho real de servidumbre ni se ha interesado su reconocimiento ni, por tanto, se plantea perturbación de un derecho real».

COMENTARIO

Al hilo de esta sentencia en la que debía haberse planteado inicialmente una acción confesoria en vez de una reivindicatoria, y debería haberse probado y reclamando la existencia del derecho real (servidumbre) que se trata de reclamar, aprovechamos desde estas líneas para hacer un repaso de esta acción, a veces olvidada.

Como bien dice el Tribunal Supremo, la acción confesoria nace para probar y reclamar la existencia de un derecho real de servidumbre. Mediante esta acción se pretende hacer realidad la oponibilidad *erga omnes* del derecho de servidumbre que tiene su titular. En este caso un derecho de servidumbre de paso sobre el predio vecino y sirviente.

La acción confesoria no está contemplada de manera expresa en el Código Civil, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no dudan en admitirla. No obstante, considero que muchas veces queda relegada a un segundo plano, o es olvidada, tanto como para dar lugar en ocasiones (como la que se analiza), a interponer una reivindicatoria confundiéndola con aquélla (1).

(1) Sin embargo, sí aparece expresamente contemplada en la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición

El objeto de esta acción es obtener el reconocimiento de un derecho de servidumbre por el que lo niega o contradice, pero, puede implicar la restitución en el efectivo disfrute del ejercicio del derecho de servidumbre, haciendo desaparecer los obstáculos que lo impidieran. Es decir, la finalidad principal de esta acción es que se reconozca y respete la existencia de ese derecho de servidumbre, y por eso se considera que es una acción eminentemente declarativa; pero, si fuere el caso, puede implicar que se reponga en la posesión, o se pongan fin a las perturbaciones que impiden ese ejercicio, finalidad restitutoria (2). En este sentido, la STS de 18 de marzo de 1994 afirma que «es una acción principalmente declarativa, aunque a la declaración del derecho vaya unida la restitución o constitución efectiva del gravamen como acción correspondiente al titular de la servidumbre que tiende a declarar el gravamen a cargo del fundo ajeno».

La acción confesoria es la acción característica del derecho real de servidumbre, y corresponde al titular de este derecho o dueño del predio dominante frente a quien le perturbe en el ejercicio o disfrute de su derecho o a quien desconozca su existencia.

Por lo tanto, legitimado activamente está el titular del derecho de servidumbre, dueño del predio dominante, pero también suele concederse esta acción al usufructuario, usuario, o persona que tenga interés en que se reconozca la servidumbre, por verse afectado en el disfrute del derecho, pues también ostentan la posesión de la finca (3). Legitimado pasivamente está el que se oponga a su ejercicio: desde luego, el dueño del predio sirviente que tiene que soportar esa servidumbre sobre el mismo, y es quien tiene un mayor interés en poner fin a esa situación posesoria que le impide el ejercicio total y libre de su dominio. Pero, creo que también podría utilizarse esta acción contra quien, sin ser propietario del fundo sirviente, pero tuviera de algún modo su posesión (vgr., titular de un derecho de usufructo sobre el mismo), que le facilite el impedir o perturbar el ejercicio del propio derecho de servidumbre, también estará pasivamente legitimado, y la acción podrá dirigirse contra él aunque, en este caso, entiendo que únicamente con finalidad restitutoria.

Los requisitos de su ejercicio son los siguientes:

1. Prueba de la existencia de la servidumbre por el actor: dicha prueba es absolutamente necesaria, pues de no probarse, como el dominio se presume libre, no prosperará la acción, declarándose el pleno y libre dominio del demandado sin existencia de esa servidumbre que lo grava. La prueba de la servidumbre se hará por los medios normales de prueba, y en todo caso deberá justificarse la existencia de esa servidumbre, probando el título cons-

preferente del Parlamento de Cataluña. Allí en su artículo 18 se hace una detallada regulación de esta acción, definiendo su objeto, presupuestos y requisitos. Me parecería muy oportuno que se hiciera una regulación similar en el Derecho común.

(2) En la finalidad declarativa de la acción, aunque compatible con la reintegración de la servidumbre, coincide la doctrina. Véase, entre otros: DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, ed. Comares, Granada, 1989, págs. 160-161; ROCA JUAN, J., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1978, págs. 10-11; YACER MATACÁS, M. R., en AA.VV.: *Tratado de Servidumbres*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 981-982.

(3) Véase, en este sentido, ROCA JUAN, J., «Comentarios al Código Civil...», *ob. cit.*, pág. 11; YACER MATACÁS, M. R., «Tratado de Servidumbre», *ob. cit.*, pág. 983.

titutivo de la misma, o la posesión o prescripción inmemorial, o los hechos previstos en el artículo 541 del Código Civil.

2. Prueba de la perturbación por el demandado. Es absolutamente indispensable que se pruebe el hecho u hechos obstativos al ejercicio del derecho de servidumbre, y que realmente impidan su ejercicio.

Una vez probados, o no, estos extremos el juez declarará, o no, la existencia de ese derecho de servidumbre, y, si la sentencia es positiva, ordenará asimismo que se haga lo necesario para el libre disfrute y ejercicio del derecho de servidumbre.

Como se ve se trata de una acción con caracteres muy particulares y propios que en ningún caso pueden llevar a confundirla con una acción reivindicatoria, que corresponde a un propietario no poseedor, para recuperar la posesión perdida frente al actual poseedor. La reivindicatoria es una acción real recuperatoria, mientras que la confesoria es principalmente declarativa: en este sentido, la STS de 31 de octubre de 1952 diferencia la reivindicatoria de la confesoria, afirmando que «con la primera se pretende la declaración de un derecho de dominio y al mismo tiempo que se reintegre en él inmediatamente al legítimo propietario, para lo cual tiene que quedar la cosa perfectamente diferenciada de las demás. Pero en la acción confesoria, como sólo se persigue la declaración de un derecho y puede su titular hacerlo materialmente efectivo más o menos tarde, sólo se precisa, para la estimación de tal acción, que se declare la realidad de ese derecho, bastando que se diga dónde puede hacerse efectivo». Además, la primera compete al propietario, la segunda al titular de un derecho de servidumbre; la reivindicatoria se interpone contra un poseedor actual y sin título, y ésta contra el perturbador de su derecho.

No se puede, entonces, basándose en un título de dominio, tratar de fundamentar una pretensión de existencia de un derecho de servidumbre, pues aunque el dominio del actor sí se presuma libre y pleno, eso no implica que además pueda limitar el dominio de otro a través de un derecho de servidumbre, sino más bien al contrario. Como el dominio del demandado, propietario del fundo sirviente, también se presume libre, sin cargas que lo graven, si afirmamos la existencia de un derecho real limitativo del mismo será siempre necesario probar la existencia de ese derecho de servidumbre.

Por último, la acción confesoria puede tener similitud con los interdictos. Aunque sería más correcto afirmar que más que semejanza es compatible con ellos, pues si el derecho de servidumbre resultara objeto de perturbación o despojo, el titular de esa servidumbre, como poseedor que es, está plenamente legitimado para interponer un interdicto posesorio con el fin de acabar con esa situación de perturbación. Eso sí, dentro del año correspondiente. A través de la confesoria se puede obtener ese mismo cese de perturbaciones, con la ventaja de que esta acción tiene un plazo de prescripción más largo (al no indicarse otra cosa, tendrá el plazo general de 30 años correspondiente a las acciones reales) (4). Pero, no se puede olvidar que, fundamentalmente, la acción confesoria persigue la declaración de la existencia del derecho. Son, por tanto, acciones distintas, aunque pueden tener cierta intersección, si lo que se pretende es, únicamente, restablecer la situación posesoria de hecho y poner fin a la perturbación que impide el libre ejercicio del derecho de servidumbre.

(4) La Ley 22/2001 establece expresamente ese plazo de prescripción para esta acción en el artículo 18.3, a contar desde el acto obtativo.

Vistas las semejanzas y diferencias con las dos acciones que más se le aproximan, queda claro que la acción confesoria es una acción particular, con unos presupuestos y requisitos muy determinados y específicos, que pretende solucionar un conflicto distinto, sobre todo muy distinto, al supuesto de hecho que da lugar a una reivindicatoria. Por eso, entendemos perfectamente adecuada la doctrina que el Tribunal Supremo establece en esta sentencia, en el sentido de que no es viable ni posible interponer una acción reivindicatoria, cuando lo que se pretende es confirmar un derecho de servidumbre y poner fin a la perturbación en su disfrute y ejercicio. Debe servirnos esta doctrina, que en principio cualquiera consideraría obvia, para recordar la utilidad y especialidad propia de la acción confesoria, ya que, repito, a mi juicio, está un tanto olvidada por la doctrina y profesionales del Derecho, pero que continúa plenamente vigente por hacer frente a una situación especial y propia.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD. ACCIÓN PUBLICIANA. ES UNA FACETA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Por Canteras Foj, S. A., se formuló demanda contra Fuerzas Eléctricas de Cataluña y Red Eléctrica de España, S. A., por la que se ejercía acción reivindicatoria para que se dictara sentencia en la que se declarase que el triángulo, sito en la caseta del repetidor de FECSA/REDESA que se señala en los mapas aportados, invade la finca de la actora, quedando dicha porción en posesión de la actora, que es su legítima propietaria; y que la otra porción señalada es de exclusiva propiedad de la actora por lo que las demandadas deben proceder a retirar los detritos, rocas y escombros que impiden la pacífica posesión, devolviendo la propiedad a la actora.

REDESA contesta a la demanda y solicita su absolución. FECSA contesta a la demanda, pide su absolución y formula reconvencción en la que solicita que se declare de su propiedad el terreno discutido, y por tanto se condene a Canteras Foj a indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados por los destrozos en la finca.

Contra la sentencia de primera instancia formulan recurso de apelación los demandados, y la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia en la que se estima parcialmente el recurso de apelación y se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, estableciendo lo siguiente:

Que el triángulo sito en la caseta de repetición de FECSA invade la finca de Canteras Foj, y por tanto debe procederse a su derribo.

Que la porción discutida es legítimamente poseída por Canteras Foj, y las codemandadas carecen de derecho alguno sobre él y debe procederse por tanto al retiro de las rocas, escombros y detritos.

La sentencia de apelación modifica parcialmente la de primera instancia en el sentido de que en este caso considera a Canteras Foj como legítima poseedora, y no legítima propietaria, como entiende la de primera instancia, y en eso radica la revocación parcial de la misma.