

SENTÈNCIA DE 13 DE MAIG DE 2005

Conveni sobre ordenació del territori: el contracte s'ha de qualificar d'administratiu i subjecte a la jurisdicció dels organismes jurisdiccionals administratius.- Cosa jutjada: requisits.- Recurs d'apel·lació: improcedència d'interessar a l'inici de la vista del recurs l'exclusió d'una de les parts personades.- Costes: criteris per a la seva imposició

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Jean Louis VUILLEMIN, i els magistrats M.I. Sr. Antoni BRUGUERA MANTÉ i M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En els autes del judici civil núm. 0070-2/01, tramitat pel procediment ordinari, instat pels senyors Josep V.E. i José G.G. contra: la mercantil E. S.A., l'Hble. Comú d'Escaldes-Engordany i la societat R., havent estat cridats posteriorment al procés amb citació d'evicció els Srs. Tomàs O.P., Josep M.C., Justa P.F., Benet G.T. i Joan B.B., en data 14 de desembre darrer, l'Hble. Tribunal de Batlles va dictar una Sentència en la qual va decidir:

"Primer.- *Apreciar l'excepció d'incompetència de jurisdicció plantejada per les representacions processals de E. S.A. i de l'Hble. Comú d'Escaldes-Engordany respecte al contracte de cessió de 21 de setembre de 1995 signat per l'Hble. Comú d'Escaldes-Engordany i la societat R. i respecte a les qüestions relatives als nivells de computació d'alçades o d'alineació d'edificis plantejada per les representacions processals esmentades i per la representació processal del Sr. Josep M.C., declarant la incompetència d'aquest Tribunal per resoldre les pretensions 2 i 3 contingudes en la demanda presentada per la representació processal dels Srs. Josep V.E. i José G.G. el dia 8 de juliol de 1999.*

Segon.- *Desestimar les restants excepcions plantejades per les representacions processals de E. S.A. i*

de l'Hble. Comú d'Escaldes-Engordany en els seus escrits de 14 d'octubre de 1999.

Tercer.- Desestimar les restants pretensions contingudes en la demanda de la part actora.

Quart.- No fer especial imposició de les costes processals."

II.- Disconformes els agents Srs. Josep V.E. i José G.G., i també les defenents E. S.A. i el Sr. Tomàs O.P. amb la Sentència anterior, van interposar contra ella sengles recursos d'apel·lació. Posteriorment E. S.A. va desistir del seu recurs.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Antoni BRUGUERA MANTÉ.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- A l'inici de la vista oral d'aquests recursos, la defensa dels agents-apel·lants Srs. Josep V.E. i José G.G. va formular la petició que s'exclouessin de l'acte els apel·lats Hble. Comú d'Escaldes-Engordany i la societat R. en no haver formulat peticions contra ells en l'escrit de CONCLUSIONS del seu recurs; sol·licitud que aquest Tribunal va rebutjar atès que els esmentats recurrents, mitjançant un escrit presentat a la Batllia el 29 de setembre de 2004, havien interposat RECURS D'APEL·LACIÓ contra la Sentència (foli 2052 dels autes de primera instància); en una PROVIDÈNCIA de 8 d'octubre següent la Batllia havia acordat remetre les actuacions a aquesta Sala i emplaçar les parts perquè compareguessin davant d'aquest Tribunal a formalitzar el recurs d'apel·lació en el termini de QUINZE DIES (foli 2099), cosa que la representació dels al·ludits va fer el 12 de novembre següent tot formalitzant el recurs d'apel·lació (foli 26 del Rotlle d'aquesta Sala); i els mateixos apel·lants van formular el seu escrit de CONCLUSIONS en aquest recurs el 7 de gener d'aquest any en el qual van al·legar el que van creure convenient pels seus interessos; aquest escrit, junt amb el de l'altre recurrent Sr. Tomàs O.P., va ser traslladat a les parts apel·lades a les quals se les va emplaçar per tal que en el termini de tretze dies aportessin sengles escrits de CONTESTA A LES CONCLUSIONS (foli 130). Tots els apel·lats ho van complir, inclosos els apel·lants Srs. Josep V.E. i José G.G. en la seva condició també d'apel·lats en el recurs d'apel·lació del Sr. Tomàs

O.P. (folis 140 al 143 d'aquest Rotlle). En cap moment cap dels apel·lats va perdre la seva condició processal de part apel·lada en la tramitació d'aquests recursos d'apel·lació; de manera que quan en iniciar-se l'acte de la vista oral la defensa dels apel·lants Srs. Josep V.E. i José G.G. va fer la petició intempestiva que s'excloguessin de l'acte dos dels apel·lats (que no siguin presents en aquesta Sala) quan havien estat presents sempre com a apel·lats i se'ls havia tingut per parts apel·lades durant tota la tramitació dels recursos sense protesta ni contradicció de ningú, aquella petició inescasible va ser rebutjada de pla per aquesta Sala perquè la salvaguarda del procés degut impedia òbviament que el Tribunal pogués prohibir que aquells dos apel·lats com a part apel·lada, poguessin fer en l'acte de la vista oral les al·legacions que creguessin escaients al seu dret (independentment, és clar, de la seva eficàcia processal i de la seva valoració, de la incumbència del Tribunal).

Si aquells recurrents volien desistir de tot o de part del seu recurs de forma que els apel·lats perdessin la condició processal de parts apel·lades, haurien d'haver formulat el desistiment de manera processalment escaient, a saber, de manera clara, concreta, expressa i específica tal com ho va fer E. S.A. (foli 74 del Rotlle) per tal que el Tribunal hagués pogut traslladar l'escrit de desistiment a les altres parts i aquestes haguessin pogut pronunciar-se en el termini que se'ls hauria concedit a l'efecte com es va fer amb el desistiment d'E. S.A. (foli 128) amb relació al qual els Srs. Josep V.E. i José G.G. precisament van posar-hi condicions ("... no s'oposa a dit desistiment sempre i quan es condemni a la societat E. S.A. al pagament de les costes processals causades als meus mandants...") (folis 131 i 132), i totes les altres parts hi estigueren conformes (folis 129, 133, 134, 135-6, 137 i 138-9 d'aquest Rotlle).

De manera que en l'acte de la vista oral aquella part apel·lant no podia pretendre que aquest Tribunal silenciés aquelles dues apel·lades (l'Hble. COMÚ D'ESCALDES-ENGORDANY i la Societat R.) i que aquestes apel·lades no fossin presents a la Sala, ja que una determinació del Tribunal en aquest sentit hauria vulnerat les regles més elementals del procés i el procés degut.

Escau per consegüent reafirmar i confirmar plenament la decisió que aquesta Sala va adoptar en començar l'acte de la vista oral de permetre que les esmentades apel·lades fossin presents a l'acte i exercissin els seus drets d'apel·lades, sens perjudici de la valoració que hagi de fer aquesta Sala de les seves intervencions en aquest moment de dictar la Sentència.

SEGON.- Els susdits apel·lants Srs. Josep V.E. i José G.G. demanen que aquest Tribunal dicti una Sentència en la qual, amb revocació de la dels Batlles, "es declari que sobre els predis sobre els que E. S.A. construeix i té projectats els edificis residencials, hi pesen -a títol de servitud o a títol de gravàmen i limitació de constructibilitat- unes càrregues que imposen que només es pot construir sobre dits terrenys xalets unifamiliars de 10'50 m. d'alçada, planta baixa i dos pisos, i que per consegüent es condemni als demandats a enderrocar tot el que ha estat fet i es faci a partir d'ara que no respecti tal limitació"; limitació que, segons aquests recurrents, deriva del Conveni de 14 de març de 1971 que la demanda va acompanyar designat de document núm.1 signat entre el Quart d'Escaldes-Engordany i 21 propietaris de la zona dels Vilars (folis 31 al 33 dels autes de primera instància).

Atès que la base de la demanda i de l'apel·lació dels agents rau en l'esmentat Conveni de 14 de març de 1971, s'escau procedir a la seva anàlisi per dilucidar la viabilitat de la demanda i del recurs.

TERCER.- Els autes demostren (folis 1634 a 1651) que no és aquesta la primera vegada que els Tribunals andorrans es pronuncien sobre aquest Conveni de 14 de març de 1971, ja que el 21 de novembre de 2002 l'Hble. Tribunal de Batlles va dictar una Sentència, que esdevingué ferma (folis 1653 i 1654), en la qual va subratllar amb insistència el "clima de dret públic" que va presidir la conclusió de tal Conveni "puix l'objectiu era principalment la urbanització d'una zona fins aleshores inaccessible ..." i que hi havia "la possibilitat de que el contracte - independentment de la seva qualificació- signat el 14 de març de 1971 entre el Quart de Les Escaldes (avui Comú) - com a co-contractant públic- i els veïns de la zona hagi estat derogat o bé resolt tàcitament ja sigui per l'Ordinació 2/71 de data 13 d'agost de 1971 (en la qual la referència a xalets desapareix) ja sigui per l'Ordinació general d'Urbanisme i Construcció del 27 d'octubre de 1982 (amb les seves múltiples modificacions) que qualifica com a zona intermitja aquella situada per sota del rec" (V CONSIDERANT, paràgraf primer). I en el paràgraf següent del mateix CONSIDERANT aquella Sentència també assenyalava que "**...el contracte de 1971 no constitueix una servitud recíproca entre tots els signataris privats puix només cal llegir el títol i l'encapçalament del tracte (foli 37) que distingeix qui són les parts contractants i aquestes són només el Quart d'una banda i un conjunt de propietaris d'altra banda, de manera que no és procedent ampliar les**

<servituds administratives negatives> consentides pel Comú a la creació de gravàmens reals entre els membres de la segona part contractant. Per tant, el contracte de 1971 no establia tampoc cap servitud entre les propietats dels signataris primitius privats" (sic.)

Aquesta resolució ferma no pot òbviament donar lloc ara a l'excepció de "cosa jutjada" en aquest judici com pretén E.,S.A., ja que no existeix una plena coincidència de parts entre el litigi que va motivar aquella Sentència i el present ; però caldrà tenir en compte aquella resolució com a antecedent tal com ja ha fet també la Sentència aquí apel·lada, la qual es remet a aquella resolució per considerar, a l'igual que ella, "que el contracte administratiu de 14 de març de 1971, que correspon a l'establiment d'un marc normatiu urbanístic per la construcció de la zona en qüestió per part del Quart, usant de la seva potestat urbanística, no pot en cap cas crear les servituds esmentades per la part actora; que les limitacions de construir no s'estableixen en favor d'un predi o predis determinats sinó com a ordenació d'un conjunt, no es creen en forma de servituds de dret privat sinó com a limitacions de dret públic..." i que "una simple lectura del contracte permet adonar-se que no hi ha cap constitució de servitud; altrament, només cal llegir qui són les parts contractants, i es constata que aquestes són només el Quart d'una part i un conjunt de propietaris d'altra banda, de manera que no és procedent ampliar les servituds administratives consentides pel Comú a la creació de gravamens reals entre els membres de la segona part contractant". I que "per tant s'ha de concloure -diu la Sentència apel·lada- que el contracte de 1971 no establia cap servitud «non altius tollendi» i «non aedificandi parcial» entre les propietats dels signataris privats del mateix". I pel que fa a les disposicions del repetit Conveni en relació a l'amplada mínima dels vials de la zona establerta segons el contracte de 1971 en un mínim de 10 metres, la Sentència apel·lada diu que "s'han de fer les mateixes consideracions que per les limitacions d'alçada: es tracta d'una obligació derivada del marc urbanístic establert pel Quart mitjançant el conveni de referència i per tant el respecte ... no pot ser exigible entre els veïns".

I la Sentència apel·lada, en el tercer paràgraf del seu III CONSIDERANT, recollint i reproduint el que havia assenyalat la Sentència anterior susdita de 21 de novembre de 2002, també assenjala que "pel que fa al contracte de 14 de març de 1971 aquest Tribunal considera que es tracta d'un contracte administratiu atès que

l'objectiu del mateix era principalment la urbanització d'una zona fins aleshores inaccessible..."

QUART.- Aquesta Sala està substancialment d'acord amb els fonaments transcrits de les Sentències dels Batlles i també substancialment amb les seves conclusions, i entén que ara únicament cal aprofundir aquí aquells fonaments i precisar-ne les conclusions per decidir l'obligada desestimació del recurs d'apel·lació dels agents.

En efecte:

CINQUÈ.- Escau de primer antuvi veure el contracte de 14 de març de 1971 que constitueix el fonament de les preteses "servituds o limitacions de constructibilitat" que, segons la demanda, pesen sobre els predis que E. S.A. construeix o ha construït en la zona dels Vilars.

Van convenir el contracte el Cònsol-President del Quart de les Escaldes / Engordany, el Sr. M.P., el Sr. S.A. i el Sr. A.G., per una part, actuant tots ells en nom i representació de l'Hble. Quart i degudament facultats per la Corporació en el Consell de Quart de 20 de juny de 1970.

I, per l'altra part, 21 propietaris afectats per la construcció de la Carretera dels Vilars.

En síntesi digueren que : **a)** les parts havien arribat a un acord per tal de procedir a la construcció d'una carretera que passaria per la zona dels Vilars. **b)** que els propietaris signants reconeixien el gran interès que per a tots ells representava aquesta carretera que valoritzaria uns terrenys que eren aleshores inaccessibles amb vehicles i que reunien unes condicions immillorables per a l'edificació de xalets i que per aquest motiu estaven disposats a col·laborar amb el Quart a fi que tal projecte fos ben prompte una realitat; i que en coincidir els interessos particulars dels propietaris amb els generals del Quart, durien a bon terme el projecte mitjançant els pactes que convenien, els quals, substancialment, eren : **1.-** el Quart construiria la carretera. **2.-** els propietaris cedirien gratuïtament el terreny necessari. **3.-** els terrenys llindants amb la carretera serien gravats en concepte de plus-valua establint els pactes **4** i **5** la forma i les condicions per a la percepció. I el pacte **6** deia textualment : ***"tenint en compte que l'indicada carretera va destinada a una zona que per la seva situació, la seva disposició de cara a migdia, l'immensa i magnífica panoràmica que té sobre la Vall, reuneix unes condicions immillorables com a zona residencial, el Quart i els propietaris sotasignants decideixen de destinar-la únicament a aquesta finalitat, pel que a totes les***

construccions que s'hi basteixin no podran sobrepassar l'alçada màxima de 10'50m., comptant des del centre de l'edifici, fins el cap del carener i no poden en cap cas construir més de planta baixa i dos pisos". 8.- "Els embrocaments que posteriorment es construeixin en aquesta zona no podran ésser d'una amplada inferior a 7 metres i les voreres deuran tenir 1'50 metres d'amplada com a mínim". I els pactes restants 9 i 10 no són d'interès pel que aquí es qüestiona.

SISÈ.- En examinar la naturalesa jurídica d'aquest contracte arribem fluidament a la conclusió desestimatòria de la demanda i del recurs.

En efecte:

SETÉ.- El Conveni estipulat entre 21 propietaris dels Vilars i el Quart el 14 de març de 1971, no tenia únicament per objecte la simple i aïllada construcció d'un vial sense altres determinacions (cas considerat per aquesta Sala en una Sentència de 10 de gener darrer), sinó que aquí la construcció del vial era una actuació purament instrumental amb la finalitat de dotar d'accés rodat "a una zona que per la seva situació, la seva disposició de cara a migdia, l'immensa i magnífica panoràmica que té sobre la vall, reuneix unes condicions immillorables, com a zona residencial"; raó per la qual **"el Quart i els propietaris decideixen de destinar-la únicament a aquesta finalitat, pel que a totes les construccions que s'hi basteixin no podran sobrepassar l'alçada màxima de 10'50 metres ... i no podent en cap cas construir més de planta baixa i dos pisos"** (pacte 6) amb una tipologia d'edificació de xalets (expositiu B del Conveni).

VUITÉ.- Vist el contingut del Conveni, escau concloure que estem davant d'un Conveni per a l'Ordenació del territori de la zona dels Vilars.

No és un conveni privat sotmès a les normes del dret civil i a la competència de la jurisdicció civil, sinó que -com ja digueren els Batlles- es tracta d'un contracte administratiu i, per tant, subjecte a la competència per al seu enjudiciament de la jurisdicció administrativa en constituir el seu objecte **l'Ordenació del Territori** que és una competència pública i suposa l'exercici de potestats públiques.

Ara bé: les competències públiques són irrenunciables i s'exerceixen pels òrgans que les tenen atribuïdes en la forma que la Llei determina, **sense que,**

per tant, resulti admissible disposar de la potestat pública per via contractual.

Per consegüent, el Conveni de que tractem no podia tenir altra eficàcia que ésser un acte preparatori de l'Ordenació que en el futur hauria de fer el Quart ; i el Quart la va efectuar mitjançant la promulgació de l'Ordenació 2/71 (cinc mesos després del Conveni, el mes d'agost del mateix 1971).

De manera que aquí tot és administratiu : era administratiu el Conveni mateix de 1971 com a acte preparatori de l'Ordenació , i és administrativa i de dret administratiu l'Ordenació 2/71, el mateix que les seves modificacions posteriors.

De manera que ni els propietaris inicials que signaren el conveni, ni els seus dret-havents o successors, poden invocar o fer valer drets civils provinents del Conveni de 14 de març de 1971, perquè aquest Conveni no és civil sinó administratiu (acte preparatori de l'Ordenació del Territori) i no és ni pot ser "*part civil i part administratiu*" com pretenen infonamentadament els recurrents.

Perquè un Conveni o és civil o és administratiu, i no pot ser les dues coses al temps ni per parts ; i per assolir-ne la qualificació escaient cal detectar-ne l'element prevalent. Si s'hagués tractat d'un Conveni per a la simple obertura i construcció d'un vial sense altres determinacions, tal vegada podríem estar en presència d'una contractació civil ; però ja hem vist que aquí no es tractava d'això, perquè aquí la construcció del vial era merament i purament l'instrument per donar accés **a la zona que es volia protegir mitjançant l'Ordenació ; i això (l'Ordenació de la zona)** era la raó de ser i el motiu de l'atorgament del Conveni **com ho diu el mateix Conveni.**

L'element prevalent era, doncs, l'Ordenació, no el vial, i, per tant, el contracte era i és administratiu i és en la jurisdicció administrativa -a la qual els recurrents ja han acudit- on ha de trobar satisfacció, si és el cas, el seu dret, no en la jurisdicció civil ; perquè la jurisdicció civil no pot enjudiciar els drets que poguessin dimanar a favor dels recurrents d'aquell Conveni administratiu, en no ser aquell un Conveni civil sinó un acte o contracte administratiu preparatori per imposar limitacions administratives, l'abast de les quals, així com el seu contingut, correspon enjudiciar-ho a la jurisdicció administrativa i no a la civil.

És en el sentit exposat suara com aquesta Sala deixa aprofundits els fonaments i precisades les seves conclusions respecte les de la Sentència apel·lada, per a concloure amb ella en la desestimació de les pretensions de

la demanda i, per tant, en el rebuig del recurs d'apel·lació dels agents.

NOVÈ. - Ja que els agents tampoc poden pretendre que els "títols" de les suposades "*servitud o gravàmen i limitació de constructibilitat*" a què fan referència la demanda i el recurs, es troben en les escriptures de què en fa ressenya el IV CONSIDERANT de la Sentència apel·lada des del seu paràgraf quart on diu "*Tanmateix aquest Tribunal considera oportú posar de manifest ...*" ; ja que com allà addueixen amb encert els Hbles. Batlles, les limitacions d'edificabilitat efectuades en les escriptures de compravenda de les finques litigioses no són més que la reproducció de les normes de dret públic derivades del Conveni de 1971 i en cap cas constitueixen **actes propis** de constitució de servituds o de limitacions que puguin ser tinguts com a tals.

Escaurà per consegüent desestimar el recurs d'apel·lació dels agents amb la preceptiva imposició de les costes que ha causat per aplicació de la regla general de ZENÓ (CODI 7, 51, 5) en no apreciar aquest Tribunal que concorrien circumstàncies especials que facin aconsellable la mitigació del principi objectiu d'imposició al vençut que es conté en aquella disposició (Sentències d'aquesta Sala de 20 de novembre de 2000, 8 de gener, 12 de febrer, 22 d'abril i 14 de maig de 2004 etc.).

DESE. - Aquest Tribunal ha assenyalat repetidament que en el dret andorrà la imposició de costes no es regeix pel criteri subjectiu de la temeritat sinó per l'objectiu del venciment. No és precisa la temeritat per a la imposició de costes, és suficient el venciment perquè sigui preceptiva la imposició, tret que circumstàncies especials permetin al Tribunal fer ús de les facultats d'excepció que li confereix la NOVEL·LA 82 Capítol 10 (Sentències d'aquest Tribunal esmentades anteriorment).

ONZÈ. - La Sentència apel·lada no fa imposició de les costes processals a la part actora a pesar que desestima totalment la demanda ; ho justifica en un primer terme "*en l'absència de temeritat de la demanda interposada per la part actora*", justificació que no es pot prendre en consideració, com queda indicat, en no ser el criteri de la temeritat sinó el del venciment l'aplicable.

I pel que fa als tercers cridats en causa en mèrits de la *litis denunciatio* en previsió d'una possible sentència d'evicció -com és el cas del recurrent Sr. Tomàs O.P.- la Sentència apel·lada justifica la no imposició de

costes en que "les crides en causa posteriors efectuades per E. S.A. tingueren lloc en seguiment d'un requisit processal marcat per la Llei" ; justificació per a la no imposició que tampoc pot ésser confirmada, perquè la crida al procés dels tercers no demandats va tenir per causa la demanda dels agents, i si tal demanda és rebutjada i la crida al procés dels tercers era justificada -com era el cas-, els actors vençuts són els que han de rescabalar les costes que la demanda desestimada els haurà provocat ; sense que constitueixi obstacle per a la imposició de costes que la part interessada no les hagués demanat, perquè aquí s'aplica de manera automàtica el criteri del venciment, i no és necessària una petició prèvia de part.

DOTZÈ.- Conseqüentment amb el que roman exposat en el fonament anterior, haurem de donar lloc al recurs d'apel·lació del Sr. Tomàs O.P. i imposar als actors les costes que a la primera instància se li han causat ; i no escaurà fer extensiva aquesta determinació a favor dels altres tercers cridats ni als demandats principals, en no haver recorregut cap d'ells la Sentència, no ésser possible una *reformatio in peius* ,i haver desistit E. S.A. del seu recurs d'apel·lació, raó per la qual se li imposaran les costes que ha causat a les altres parts el recurs de què va desistir davant d'aquest Tribunal.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació dels Srs. Josep V.E. i José G.G. ; CONFIRMAR la decisió desestimatòria de la demanda objecte d'apel·lació amb la precisió que es conté en el fonament VUITÈ d'aquesta resolució, amb imposició a aquests recurrents de les costes que ha provocat a les altres parts el seu recurs d'apel·lació ; ESTIMAR l'apel·lació del Sr. Tomàs O.P. i REVOCAR la Sentència apel·lada en el particular referent a les costes causades a la primera instància a l'esmentat Sr. Tomàs O.P. a les quals es condemna als actors ; i IMPOSAR a E. S.A. les costes que ha causat a les altres parts el recurs d'apel·lació de què va desistir davant d'aquest Tribunal.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés un testimoniatge a l'Hble. President de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-