

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, a 19 de juliol del 2016.

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- que per escrit de demanda presentat en l'audiència del 25 de març de 2010 el Sr. B.A.A., Procurador dels Tribunals andorrans, actuant en nom i representació de la Sra. R.G.A., exposava que la Sra. R.G.A. era propietària de la finca "X." de Cal D. del poble Y., Parròquia de Sant Julià de Lòria i que dit predi limitava amb el del defenent Sr. F.G.F.; Que per accedir a la seva propietat, la part agent tenia un dret de pas i que la part defenent, tot i admetre l'existència de dit dret de pas, l'havia limitat i obstruït fent instal·lar uns piquets i bigues, alguns d'ells envaint la propietat de l'agent i altres ocupant part del pas en favor de Cal D.

I, després d'invocar els fonaments de dret que considerava d'aplicació al cas demanava que es dictés sentència condemnant al defenent a abstenir-se d'envair la part de terreny destinat a dret de pas de l'agent i, a que mai més pertorbi la legítima possessió de l'agent i que restitueixi, mitjançant els treballs escaients, l'estat natural del terreny de Casa D. i l'accés als mateixos, més les costes judicials, així com els honoraris d'advocat i de procurador.

II.- En l'audiència del 15 d'abril de 2010 la Sra. P.M.M., Procuradora actuant en nom i representació del Sr. F.G.F. contestava la demanda, interposant amb caràcter previ excepció peremptòria d'error en el procediment; Que la demanda era confusa en quant no s'especificava en ella en els seus fonaments de dret l'acció que exercitava; Que del petitum es desprenia que l'adversa exercia unes accions que quedarien englobades dins de les interdictals de retenir i recobrar la possessió, però el procediment emprat no era l'adequat per articular les mateixes, doncs ho era l'abreujat; Que si el que pretenia l'actora era obtenir una sentència declarativa, a tramitar en aquest cas pel procediment ordinari, el seu petitum no s'adequava a aquesta finalitat; Subsidiàriament i respecte del fons, negava haver envaït o limitat el dret de pas, si bé admetia l'existència d'un dret de pas que ella considerava de 2,5 metres, derivat dels pronunciaments a què es va arribar en la sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra de 19 de juny de 2008, que resolía un procediment interdictal en el que l'ara defenent era part agent i quina demanda interdictal va ésser desestimada íntegrament;

I després d'invocar els fonaments de dret que considerava d'aplicació al cas demanava de dictar sentència estimant l'excepció d'error en el procediment i, subsidiàriament, quant al fons, que es desestimi la demanda en tots els seus extrems i s'imposi a la part actora la totalitat de les costes judicials causades, incloses les despeses derivades de la intervenció d'advocat i procurador.

III.- Les parts han replicat i duplicat, reiterant en substància les seves respectives pretensions, si bé l'agent afegia en el seu escrit de rèplica que no s'exercitava cap interdicte i es ratificava en el *petitum* de la demanda.

IV.- Obert el judici a proves s'han dut a terme aquelles proposades per les parts i considerades pertinents per a la resolució del present litigi, amb el resultat que obra en autes.

V.- Les parts van presentat llurs escrits de conclusions, reiterant en substància les seves anteriors pretensions.

VI.- Per sentència de data 25 de febrer de 2014 aquest Tribunal va dictar sentència i, per Aute del M.I. Tribunal Superior de Justícia, sala civil, es declarava d'ofici la seva nul·litat, retrotraient el procediment al moment anterior de dictar sentència.

VII.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar Sentència en data 8 de gener de 2015 i va decidir : “ *Estimar substancialment la demanda presentada pe la representació processal de la Sra. R.G.A. contra el Sr. F.G.F. i, condemnar aquest darrer a que immediatament es reposi en la possessió el legítim posseïdor, mitjançant els treballs necessari i, que han de consistir en la retirada de les bigues o pilars de ferro instal·lats en el punt del pas cap a Can D., així com en la demolició total i plena del mur construït, que són necessaris per a restituir el terreny al seu aspecte inicial.*”

Condemnar igualment al Sr. F.G.F. a satisfer la totalitat de les costes processals causades a l'agent, inclosos honoraris d'advocat i procurador.

VIII.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal del Sr. F.G.F. i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demana la seva revocació i imposant a l'adversa les costes del procediment.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Ens trobem davant d'una acció interdictal de recobrar la possessió entre dues parts, l'agent Sra. R.G.A. (substituïda processal per defunció per la seva filla Sra. M.E.F.G.) i la part defenent Sr. F.G.F., que porten anys de litigis a causa d'una servitud de pas en favor de la primera, titular de la finca X. de Cal D. d'Y., Parròquia de Sant Julià de Lòria, i com a càrrega de la segona, la finca de Casa B. de la Urbanització R. propietat del Sr. F.G.F.

Ja en l'any 2008 aquest senyor va interposar un procediment interdictal contra el net de la Sra. R.G.A. perquè aquest feia passar camions de gran tonatge per l'esmentat pas. La part agent partia de la suposició de que el camí de pas tenia una amplada de 2 metres i d'aquí que considerava que la utilització del pas no podia fer-se superant aquella amplada. La resposta de la Batllia va ser desestimàtoria i tal decisió va ser confirmada per aquesta Sala mitjançant de 19.6.2008 (rotlle 36/08) que cal reproduir perquè ja entra en aspectes que ara es tornen a reproduir. *“Dèiem el següent: Les proves anteriorment citades i les declaracions dels testimonis aportats per la defenent posen de relleu que la finca propietat del Sr. F.G.F. està gravada per un dret de pas i que aquest no presenta l'estat que segurament tenia originàriament, com destaca el perit Sr. J.V.C. (foli 187), però el que no ha provat l'agent, segons el parer d'aquesta Sala, és que aquest camí tenia originàriament, o en tot cas abans de l'actuació del defenent, una amplada no superior als dos metres, a partir de quin moment aquesta es va superar, qui va ser responsable d'aquesta invasió d'una part de la finca, i ni tant sols quina amplada tenen els vehicles que hi transiten en l'actualitat.*

En aquest sentit cal destacar que els plànols aixecats a instància del demandant no poden fonamentar la seva demanda, si el que d'ells es

dedueix no ve corroborat per altres proves, ja que no es pot considerar que s'hagin fet de manera imparcial. Tampoc constitueix una prova del que al·lega el recurrent el fet que a l'escriptura de insolutumdació es faci constar que el dret de pas amb el què està gravada la finca té una amplada màxima de dos mesos, ja que, com posa de relleu l'Hble. Batlle, la fe pública notarial acredita que els compareixents van fer aquestes manifestacions i en quina data les van fer, però en absolut prova que el que aquests van dir fos cert. Per últim, tampoc acredita res que la persona que li va cedir en pagament la finca a l'agent manifesti que el dret de pas sols es podia exercitar dins d'aquests paràmetres, perquè evidentment és part interessada en que així sigui.

D'altra banda, el fet que el Sr. E.F. manifestés a l'acte d'inspecció ocular (foli 48) en data 12 de juliol del 2005 que es comprometia a respectar el dret de pas en una amplada màxima de dos metres, o bé excedint d'aquesta franja únicament a raó de fer-hi transitar el tractor o maquinària agrícola, tampoc pot ser rellevant als efectes de fixar l'amplada de dita servitud, ja que l'esmentat senyor nega en el mateix acte que aquesta tingui una amplada màxima de dos metres, afirmant que en té 3,43, de tal manera que és raonable pensar que el seu compromís era temporal, com ell defensa al contestar a la demanda, tenint en compte, en tot cas, que el Sr. E.F. no és, segons ell mateix reconeix, el propietari del predi dominant i la seva àvia, que n'és la titular, no ha ratificat aquestes manifestacions, que, per tant, no poden tenir el valor d'un reconeixement.

III.- Pel contrari, tots els testimonis que han prestat declaració en aquest procediment, que no hi ha cap prova de que hagin estat manipulats com afirma el recurrent, han manifestat que per l'esmentat camí hi havien passat sempre camions, remolcs i altres vehicles d'una amplada superior als dos metres i l'havien utilitzat no sols el demandat, sinó també altres propietaris de les finques veïnes. Així el Sr. P.A.A. (foli 161 en relació al 118) afirma que fins i tot fa uns vint anys, quan ell treballava les terres de "X." de Cal D., havia fet passar per aquest camí un camió per descarregar fem i el seu fill amb un tractor hi accedia per dallar i tallar herba, ja que els camions i

els tractors sempre hi havien passat. En el mateix sentit es pronuncia el Sr. L.F. (foli 170 en relació al 118), mentre que el Sr. E.S.R. (foli 164 en relació al 118) afirma que entre els anys 1950 i 1960, en que es construí la carrera de la Peguera, li consta que pel pas que permet accedir a les terres de Cal D. sempre hi havia transitat camions i altres vehicles agrícoles i el Sr. F.P.V. (foli 166 en relació al 118) manifesta que esporàdicament hi accedien amb un camió i per costum ho feien amb tractor i remolc, vehicles que evidentment requereixen una amplitud de pas superior a dos metres.

Per un altre cantó, el perit Sr. J.V.C. enginyer tècnic topògraf, fonamentant-se en unes fotografies aèries de l'arxiu de vols fotogramètrics del Ministeri d'Urbanisme i Ordenament Territorial de l'any 1980, afirma en el seu informe que en aquella data el camí sobre el qual els propietaris de la finca de Cal D. tenen un dret de pas sobre la parcel·la propietat de l'agent tenia una amplada de dos metres i mig en el punt més estret, eixamplant-se posteriorment fins als dos metres vuitanta, mesures que, segons manifesta, tenen un marge d'error de 20 centímetres (foli 186 i ss.), sense que la part agent hagi acreditat que els vehicles que ara hi transiten tinguin una amplada superior a la que tenien fins aquell moment.

IV.- Per totes aquestes raons, calia desestimar la demanda formulada pel Sr. F.G.F. i, per tant, confirmar la Sentència recorreguda, perquè mitjançant l'anomenat interdicta recuperandae possessionis, que recull el Digest 43,16 i 43,24, no es pot discutir la propietat d'una determinada franja de terreny, ni tant sols el millor dret a posseir-la dels litigants, sinó que la finalitat d'aquest procediment és retornar la possessió a qui n'ha estat privat i no és possible restituir-la quan no s'ha tingut mai, o ja no es tenia molt abans de l'acte de desposseïció que s'imputa al defenent. En el cas present és evident que la possessió de la franja de terreny que, segons l'agent, supera l'amplada de la servitud de pas, si es tenia, s'havia perdut feia molt més d'un any i aquest és el termini en el qual s'entén que es perd la possessió a favor del nou posseïdor i per tant es pot interposar l'interdicte de recuperar-la quan aquesta privació, com és el cas, no es pot considerar clandestina o violenta, sinó pública i pacífica i coneguda per l'agent, com posen de relleu entre

moltes altres les SSTSJA de 14 de maig del 1998, 19 de novembre del 1998 i l'Aute de 10 d'abril del 1997.

D'altra banda, tampoc es pot saber a qui es pot imputar la modificació de la configuració original del camí, tenint en compte que segons el Sr. P. el mateix agent va fer obres que el van afectar (foli 166 en relació al 118) i el mateix afirma el Sr. B. (foli 140 en relació al 109 i al 118) i reconeix el mateix Sr. F.G.F. (foli 137 en relació al 116) i per ell hi van transitar altres veïns a més del defenent amb camions i excavadores, com afirma el Sr. M.S. (foli 168 en relació al 118)..."

SEGON.- Acte seguit a la dita sentència, i sense acudir a la via declarativa per fixar de manera definitiva l'amplada del pas, el Sr. F.G.F. va refer i allargar un muret i va col·locar unes piquetes o biguetes que "marquen el dret de pas" que ell considera li correspon a la finca dominant (així ho va declarar en confessió en la posició onzena, foli 134). D'aquí deriva l'inici del present procediment.

La part ara agent, Sra. R.G.A. (originàriament) va interposar una acció que pretenia la retirada d'aquestes piquetes i del muret. Finalitzar el procediment ordinari instat, la Batllia va dictar sentència estimant la demanda i ordenant la retirada dels dits obstacles al camí i va considerar que l'acció exercitada era una confessòria de servitud de pas. Interposat recurs d'apel·lació pel Sr. F.G.F., la Sala va dictar l'Aute de 9.10.2014 (rotlle 100/14) en el que vàrem dir el següent: "*L'acció exercitada per la Sra. R.G.A. no quedava denominada. En el seu escrit de contesta, el Sr. F.G.F. aixecava l'“excepció peremptòria d'error en el procediment emprat” per l'agent, doncs el procediment ordinari no era idoni, al seu criteri, per vehicular una demanda interdictal i que la pretensió no corresponia a una demanda declarativa.*

Tot i així, el Tribunal a quo l'ha qualificat de confessòria de servitud –i ha resolt favorablement la demanda en el fons- perquè l'objecte del litigi

consisteix “en determinar si el dret de pas d'accés a la finca de Cal D. té unes determinades limitacions d'amplada o la mateixa s'ha de limitar a l'amplada de 2,5 metres” i ho fa per deducció compte tingut que: “No pot tractar-se d'una acció reivindicatòria perquè no hi ha desposseïció de l'objecte del dret de propietat, tampoc pot parlar-se d'una acció de delimitació en el sentit que les propietats i els seus límits no es discuteixen, sinó que la discussió rau en l'amplada que té el dret de servitud de pas (constituït per títol -no consta- o per usucapió, però que ambdues parts admeten) entre els dos predis propietat de les parts del present procediment”.

La jurisprudència d'aquesta Sala ha establert que: “l'acció interposada s'ha de poder deduir de la demanda, sense perjudici del control que l'article 2 del Decret de l'1 de maig de 1922 atribueix al Tribunal i que l'autoritza a qualificar l'acció d'acord amb la causa petendi i el petitum” (Aute TSJC-304/12 del 28 de juny de 2013). Aquesta funció qualificadora és revisable en seu d'apel·lació, en particular quan situa la part defenent en situació d'indefensió efectiva.

En els escassos fonaments de dret que sustenten l'escrit de demanda, trobem la següent remissió: “Que torni la cosa al seu primitiu estat (Digest 43, 24, 1 i 2)”. Aquest fragment correspon a l'interdicte “Quod vi aut clam” (“Del que es feu violentament o clandestinament”). Aquest interdicte “permet ordenar l'enderrocament de l'obra mal feta” (TSJC-177/06 del 30 de març de 2007) o que “es desfaci allò fet amb oposició i clandestinitat” (TSJC-19/06 del 17 de juliol de 2006), quin objecte persegueix precisament la demanda entaulada per l'agent. A més, la demandant fa valer, en l'escrit de constant referència, que la part adversa “ha envaït” la seva propietat i privat l'ús del seu dret de pas. Per tant, la causa petendi, la pretensió i els fonaments jurídics permeten deduir que l'acció interposada és l'interdicte quod vi aut clam, tractant-se d'un judici sumari i provisional.

La solució adoptada per l'Hble. Batlle no pot ser compartida per via de conseqüència, doncs desconeix el principi de rogació i sobretot perquè

converteix un judici essencialment restitutori en un de declaratiu, efectuant fins i tot, en el cos de la sentència, consideracions sobre la seva extensió que ni tan sols es sol·licitaven en l'escrit de demanda: “és natural i raonable que la utilitat de dit dret de pas comporti que s’hagi d’entendre ampliat si és necessari fer-hi passar tractors, cotxes o fins i tot camions per tal de poder accedir a la propietat”. Aquest canvi judicial de l’objecte del litigi és motiu de nul·litat absoluta en produir una clara situació d’indefensió en detriment de la part apel·lant, el qual no ha pogut articular degudament el seu dret a la defensa.”

I la nostra decisió finalitzava així: *“Declarar d’ofici la nul·litat de la sentència adoptada per l’Hble. Tribunal de Batlles en data 25 de febrer de 2014; retrotreure el procediment al moment anterior de dictar sentència i no efectuar especial condemna en costes judicials d’aquesta alçada.”*

La sentència dictada per l’Hble. Tribunal de Batlles en compliment d’aquest Aute, és la que ara és objecte de recurs. I això no ha pogut causar cap mena d’indefensió a la part recurrent perquè aquest Tribunal ja havia resolt les qüestions formals de procediment que preocupaven a la part defenent.

TERCER.- Reprodueix en el seu recurs la part defenent tant l’oposició a l’acció exercitada en la demanda, com el tipus de procediment emprat. La sentència recull, pel que fa la primera qüestió, la decisió continguda en el nostre Aute i que ja ha estat transcrita i sobre la qual ja pesa la condició de cosa jutjada material, i quant a la segona qüestió, recull perfectament la doctrina de la Sala segons la qual en haver utilitzat el procediment que més garantia de defensa atorga a les parts (l’ordinari) amb plenitud de proposició de proves i d’escrits d’al·legacions, i en no haver, en el procés interdictal de recobrar la possessió, cap especificació pròpia, la part que denuncia el defecte processal no es pot queixar d’indefensió (TSJC 27.11.2014, rotlle 188/2014).

QUART.- Entrant ja en el fons de la qüestió que enfronta les dues parts, hem de dir que la part recurrent parteix de la base que el que importa en aquest litigi és si ell ha envaït la possessió de l'adversa respecte al seu dret pas i que no importa l'amplada del mateix. Segons aquesta part si continua gaudint del dret de pas, ja és suficient per desestimar la seva acció. Lògicament, aquesta argumentació no es pot acceptar. En primer lloc, perquè l'amplada del pas pot condicionar l'exercici del seu dret, com molt bé sap la mateixa part que va iniciar un litigi l'any 2008 per limitar l'amplada i evitar l'ús que en feia el net de la Sra. R.G.A. En segon lloc, perquè un procediment interdictal té la finalitat exclusiva de protegir la possessió davant d'actuacions unilaterals de tercers o de vies de fet i no per determinar l'amplada d'un camí de pas. Aquesta finalitat queda reservada per a un procediment ordinari sobre la propietat o el domini. En tercer lloc perquè el Sr. F.G.F. quan va veure que les seves pretensions es frustraven amb la finalització del seu plet l'any 2008 va optar directament per delimitar ell unilateralment l'amplada del camí, segons la seva conveniència i per les manifestacions que havia fet el perit Sr. J.V.C. en aquell plet però que no va fer seves cap decisió judicial perquè el que tenien que resoldre eren altres qüestions alienes a la qüestió.

Finalment de la pericial del Sr. J.V.C. en aquest plet (folis 117 i següents) es pot comprovar perfectament com la part defenent en la seva actuació unilateral de ficar piquetes i refer un muret més llarg, el que ha fet és estrènyer el pas (respecte el punt 2 en vermell del plànol del foli 119), el propi gruix de les piquetes estreny el pas i envaeix la propietat de Cal D. i els piquets col·locats prop de la finca veïna haurien d'estar en els punts 3 i 4 vermells indicats en el plànol. I el muret que és més llarg de l'original ha de delimitar la seva cara interior amb l'inici lateral del pas i no introduir-se tot ell en el pas. Ja reconeix en la prova de confessió el propi defenent que ha "desplaçat" el pas uns 20 cm. En definitiva, el Sr. F.G.F. ha fet un pas en forma de cilindre quan en realitat té forma d'embut o tron cònic. Per això la conclusió és clara: ha existit invasió del pas per fer-lo més estret.

Només per acabar afegirem que la pericial de la part defenent a càrrec del Sr. M.E. (foli 124 i seg.) només resolts una de les qüestions que se li van plantejar (si els piquets envaïen la propietat veïna) però no la segona (si també envaïen el dret de pas). Per aquesta raó, no ha pogut ser valorada aquesta qüestió tan transcendent pel litigi.

CINQUÈ.- En conclusió, el recurs ha de desestimar i confirmada la sentència d'instància que ha estat plenament encertada en la seva valoració de la prova i en l'aplicació del dret.

En resultar desestimat el recurs procedeix imposar les costes per ell generades a la part recurrent, de conformitat amb el que disposa el Codi 7,51,5.

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 interposat per la representació processal del Sr. F.G.F. contra la Sentència dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles en data 8 de gener de 2015, que confirmem íntegrament, i imposar les costes d'aquesta alçada a la part recurrent.

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