

SENTÈNCIA 98-43 DEL 21 DE SETEMBRE DE 1998

**URBANISME. Església de Santa Eulàlia d'Encamp. ACTE ADMINISTRATIU QUE CONFIRMA O EN REPRODUUEIX UN D'ANTERIOR. No està prevista legalment que sigui causa de rebuig de la demanda. MANCA DE PETICIÓ D'ANUL·LACIÓ DE L'ACTE OBJECTE DEL RECURS. S'entén implícita en demanar la condemna a una indemnització. DRET A PERCEBRE UNA INDEMNITZACIÓ COM A CONSEQÜÈNCIA DE LES LIMITACIONS A L'EDIFICACIÓ AL VOLTANT DE L'ESGLÉSIA. No és un supòsit de responsabilitat administrativa i no entra en joc el termini de prescripció d'un any. ORDINACIÓ II DEL M.I. CONSELL GENERAL DE 13 DE JULIOL DE 1964 sobre prohibicions d'edificar al voltant de les esglésies romàniques. NATURALESA DE LES RESTRICCIONS A LA VOLUMETRIA URBANÍSTICA. Servitut *d'altius non tollendi*. Contingut estatutari del dret sobre la propietat del sòl. Funció social de la propietat (article 27.1 de la Constitució). PRIVACIÓ D'EDIFICAR. Caràcter singular o no de la restricció i possibilitat de ser compensada econòmicament amb altres beneficis derivats de l'actuació urbanística comunal. INDEMNITZACIÓ. Diferència entre el valor en venda de la part de l'edifici no autoritzada i el cost de la seva construcció.**

*Ponent: M.I. Sr. Lluís Saura Lluvià*

## ANTECEDENTS DE FET

1.- El Govern, mitjançant el Decret núm. F/95/1154, del Ministeri d'Ordenament Territorial, de 6 de desembre de 1995, va desestimar la petició d'indemnització presentada pel Sr. Isidre C.M. per la limitació a la possibilitat d'edificar en la parcel·la de la seva propietat, situada davant l'església de Santa Eulàlia d'Encamp. Contra el Decret esmentat es va interposar recurs de reposició el 15 de febrer de 1996, que va ser desestimat per silenci administratiu.

2.- Contra la resolució anterior, el sol·licitant va presentar demanda en la qual demanava que es condemnés al Govern d'Andorra a satisfer-li una indemnització de 100 milions de pessetes en raó dels perjudicis ocasionats per la limitació administrativa enunciada, imposada pel Comú d'Encamp en una resolució de 30 de desembre de 1977, i un cop practicades les actuacions processals pertinents, la Batllia va dictar la sentència núm. 97-95, de 15 de

desembre de 1997, desestimant, tant la demanda com les excepcions formulades pel Govern i declarant conforme al Dret els actes objecte del recurs.

La representació processal del Govern va presentar un recurs d'apel·lació contra la sentència, en el qual demana que s'acceptin les excepcions processals adduïdes en la primera instància, dient que el recorregut és un acte que és reproducció d'un altre dictat amb anterioritat; que hi ha prescripció del dret a demanar qualsevol indemnització per responsabilitat administrativa; que no s'havia demanat la nul·litat de l'acte impugnat i finalment, pel cas que es desestimessin les excepcions formulades, demana un pronunciament de fons pel qual es desestimi el dret a la indemnització que se sol·licita en la demanda.

4.- La representació processal de l'agent també va presentar recurs d'apel·lació, demanant la revocació de la sentència i el reconeixement del dret a percebre la indemnització demanada en la primera instància, amb la condemna de la part contrària al pagament de les despeses de la segona.

5.- Un cop feta la designació del magistrat ponent, es va donar trasllat de cadascun dels anteriors escrits a la part contrària per tal de poder contestar-los, i una vegada presentades les contestacions es va assenyalar dia per la celebració de la vista oral, que tingué lloc el 20 d'abril de 1998 on les parts van exposar allò més adient als seus interessos, i posteriorment van quedar les actuacions per a deliberar i decidir el tribunal.

## FONAMENTS DE DRET

### **Primer.-** *Sobre la competència.*

La Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia és competent per a conèixer del present recurs, segons l'article 39,3 de la Llei Qualificada de la Justícia.

### **Segon.-** *Les qüestions plantejades.*

La sentència de la Batllia ha estat objecte de recurs per ambdues parts, que en els seus escrits insisteixen en els principals punts de dret que van al·legar en la primera, i que han estat, totes, raonades en la resolució judicial. Per raons de sistemàtica és procedent analitzar, en primer lloc les qüestions plantejades com obstatives a la qüestió de fons, que addueix la representació del govern, i després tractarem la viabilitat de la indemnització.

**Tercer.-** *Sobre el caràcter d'acte confirmatori i que en reproduïx un d'anterior, ferm.*

La sentència de la Batllia no ha acceptat la tesi del Govern de que el Decret F/95/1154, de 6 de desembre de 1995, objecte d'aquest procediment i que denega la indemnització de cent milions demanada per l'agent, és reproducció del Decret G82/014, de 26 de febrer de 1982, del Consell Executiu, que desestimava el recurs de reposició interposat contra el Decret 907/T, de 23 de juny de 1978, pel qual el Consell General no autoritzava la construcció proposada per l'agent davant l'església d'Encamp.

La circumstància de que un acte administratiu sigui reproducció o confirmatori d'un altre anterior no està prevista, com a causa de rebuig de la demanda, ni en el Codi de l'Administració ni en la Llei processal d'aquesta jurisdicció, tot i que per via de jurisprudència es pugui configurar com a tal, per la qual cosa hi ha d'haver una total identitat -entre altres coses- en les peticions que donen lloc a la iniciació de l'expedient, i que no es dona en aquest cas. En la sol·licitud de 23 de juny de 1995, l'agent demanava una indemnització de cent milions de pessetes per l'expropiació del seu dret a construir i en l'equivalent de 22 de febrer de 1978 només havia demanat el permís de construcció. Es tracta, per tant, de peticions inicials diferents, i el fet que en la reposició contra la denegació del permís -presentada el 20 de juliol de 1978- es demani una indemnització de cinquanta milions de pessetes no crea la identitat explicada.

La sentència de la Batllia raona en termes similars i afegeix que l'Administració, en lloc de denunciar l'existència d'un acte anterior consentit i ferm, ha preferit contestar expressament la petició creant una nova decisió que pot ésser objecte d'impugnació i de control pels tribunals, raonament encertat que impedeix que prosperi la pretensió del Govern apel·lant.

**Quart.-** *Sobre la manca de petició d'anul·lació de l'acte objecte del recurs.*

És cert que ni en el recurs de reposició presentat el 15 de febrer de 1996 contra el Decret F/95/1154 ni en la demanda posterior es demana expressament la nul·litat dels actes administratius, però el fet de demanar, en ambdós casos, la declaració del dret a percebre la indemnització, porta la prèvia i ineludible anul·lació del Decret que va denegar expressament la indemnització demanada, i resulta tant evident que és això el que es demana (se cita constantment com acte recorregut el Decret F/95/1154) que la manca de petició expressa no pot tenir altre valor que el d'una mera irregularitat en els escrits de la part agent, dels quals s'ha d'entendre que demanen l'anul·lació de l'acte denegatori de la indemnització.

**Cinquè.- *La prescripció del dret a demanar la indemnització.***

En el present litigi no es discuteixen les condicions d'edificació en la parcel·la de l'agent sinó el dret a percebre una indemnització com a conseqüència dels perjudicis derivats d'aquelles. Per tant, el perjudici tindria causa en les determinacions urbanístiques i no en l'actuació de l'Administració, que no ha fet altra cosa que aplicar-les, per la qual cosa no estem, pròpiament, davant un supòsit de responsabilitat administrativa dels previstos en el capítol V del Codi de l'Administració i no és aplicable el termini d'un any que s'hi preveu.

**Sisè.- *L'Ordinació del M.I. Consell General de 13 de juliol de 1964.***

La sentència impugnada no reconeix a l'agent el dret a la indemnització que demana perquè mai va obtenir el dret a edificar l'edifici de varies plantes (demanat al Comú el 23 de novembre de 1977, que l'atorga amb subjecció a les ordinacions, i demanat al Consell General el 22 de febrer de 1978, que el denega) però aquest argument no és correcte perquè, com ja hem indicat, el perjudici es vincula, en aquest cas, a la impossibilitat d'edificar que estableixen les ordinacions vigents, no a la negativa que palesen els actes singulars d'aplicació. Si aquests haguessin atorgat el permís tal com es demanava i l'aplicació de la normativa era correcta, lògicament no hi havia dret a la indemnització; si l'haguessin denegat aplicant incorrectament la normativa, la indemnització es vincularia a una incorrecta aplicació de la llei en perjudici de l'administrat i n'hauria de respondre l'Administració que va denegar el permís. Però si el permís es denegava en una correcta aplicació de les disposicions -com és el cas- l'únic perjudici indenmitzable té causa en aquestes disposicions, no en l'aplicació que d'elles se'n fa, i n'ha de respondre, si és el cas, l'Administració autora de les mateixes, a qui correspon precisament la tutela dels interessos als quals serveixen.

En el cas que analitzem, l'Ordinació II, del M.I. Consell General, de 13 de juliol de 1964 -que per cert s'encapçala amb l'epígraf: Prohibicions d'edificar- estableix que "Al voltant de les capelles romàniques... no podrà edificar-s'hi, als efectes de salvaguardar la màxima visibilitat" i no restringeix sinó que elimina l'aprofitament urbanístic de les finques que es troben en la situació esmentada. Aquesta eliminació de les facultats de construir inherents al dret de propietat és la que comporta el dret a la indemnització que preveu la mateixa Ordinació, "per a no lesionar interessos i drets particulars", les condicions per atorgar la qual es deixa a un futur reglament.

L'agent mai va veure eliminada la possibilitat d'edificar en el seu terreny ja que per un Decret de 3 de desembre de 1969 (Decret 91/68) el Comú li havia atorgat permís per a construir una edificació composta de celler, planta baixa,

pis i sota teulada, fins al límit del carrer de l'església, permís que el Govern també va concedir per Decret d'1 de juliol de 1971 (Decret 408/M) i per tant, mai es va trobar en les condicions que exigeix l'Ordinació de 1964 -prohibició total d'edificar- per poder percebre qualsevol tipus d'indemnització. És cert que potser el que havien d'haver fet aquests actes era denegar tota edificació i no limitar-la com van fer, però el cert és, com diem, que l'agent no es va veure privat totalment del dret de construir.

Per tant, amb l'aplicació de la normativa de l'any 1964 -implícitament ratificada per l'Ordinació II del M.I. Consell General de 4 de juny de 1979- només es reconeixia com indemnitzable el perjudici equiparable a l'expropiació de drets. En el cas present, no ha tingut lloc una prohibició absoluta d'edificar, però si una restricció molt important del dret d'edificar, i en el fonament de dret vuitè veurem si, malgrat no consistir en una prohibició absoluta, el titular del terreny té dret a demanar una indemnització. Però abans cal resoldre altres qüestions.

**Setè.-** *La naturalesa de les restriccions administratives a la volumetria urbanística.*

La part agent ha plantejat la prohibició d'edificar al voltant de l'església romànica d'Encamp que estableix l'Ordinació de 1964 com la imposició d'una servitud *d'altius non tollendi*. En realitat, aquesta servitud, que és la que impedeix a un veí construir el seu edifici a més d'una altura determinada, s'inscriu en el marc de les relacions de veïnatge, de caràcter privat, i la prohibició d'edificar de l'Ordinació va molt més enllà perquè serveix a l'interès superior de la comunitat, que és titular del dret a gaudir visualment de les capelles romàniques i dels monuments històrics. Per tant, l'anàlisi del que estableix l'Ordinació no s'ha de fer des del dret real de servitud, sinó a partir del concepte modern del dret de propietat, que és tributari d'una funció social.

La concepció estatutària del dret sobre la propietat del sòl (segons la qual el contingut del dret ve "delimitat" -no limitat- per les disposicions que en regulen els usos i les seves intensitats) fa que les restriccions de l'aprofitament urbanístic del sòl formin part del contingut normal de dret de propietat i no siguin, per tant, indemnitzables. Tot i que aquesta concepció era poc arrelada al Principat quan es van dictar les resolucions administratives de 1978 i 1982, avui dia forma part de la cultura jurídica contemporània, té, entre nosaltres, reconeixement constitucional (la funció social de la propietat es reconeix en l'article 27.1) i ajuda a comprendre que les restriccions del dret d'edificar no constitueixen "limitacions" del dret de propietat sobre el sòl i que el dret a una indemnització només neix quan aquelles restriccions són singulars, o en altres paraules, extraordinàries en comparació en les que experimenten els altres

propietaris de l'entorn, i no susceptibles de distribució entre tots ells o compensables amb els beneficis que pels propietaris deriven de l'acció urbanística de l'Administració, la qual cosa requereix una anàlisi detallat de cada cas concret.

**Vuitè.-** *El caràcter indemnitzable o no del perjudici.*

Caldrà, per tant, examinar, si, en aquest cas, la restricció de l'aprofitament urbanístic imposat per la norma al terreny del Sr. C.M. té o no aquestes característiques, és a dir, si és una restricció singular i no compensada econòmicament per l'actuació urbanística de l'Administració. Per analitzar això cal no oblidar, però, quina ha estat la posició mantinguda pel Govern fins el moment actual.

La menció que fa el Decret 408/M (que l'any 1971 autoritzava dues plantes) de que el govern estudiaria les indemnitzacions corresponents, que és el que imposava l'esperit de l'Ordinació de 1964, s'inscriu més en el marc d'una bona voluntat orientada a evitar una situació injusta que en la necessitat de donar satisfacció a un veritable dret subjectiu de l'administrat i el mateix passa amb les propostes d'indemnització o d'adquisició del terreny que han tingut lloc durant els anys 1988 i 1989. No obstant, revela un reconeixement inequívoc, per part de l'Administració, de que la situació de referència genera un perjudici que cal indemnitzar.

Però reprenent el que hem dit abans sobre com determinar si el perjudici és, en aquest cas, indemnitzable o no, és palès que el terreny del Sr. C.M. es troba al costat d'altres que no han patit l'efecte de la restricció imposada per l'Ordinació de 1964 i, no obstant, no es diferencien d'aquell en res que sigui significatiu, llevat de que el del Sr. C. es troba davant l'església, i aquesta circumstància no és suficient per justificar que l'agent l'hagi de suportar sense cap dret a indemnització. D'altra banda, la privació d'edificar no li ha estat compensada -no almenys no s'ha provat que ho hagi estat- amb l'específica atribució d'alguns dels beneficis econòmics en què s'hagi pogut traduir l'actuació urbanística del Comú d'Encamp o del Govern.

Per acabar, convé fer una darrera matisació. L'Ordinació de 1964 remet a un futur reglament l'establiment de "les condicions, modalitats distàncies i indemnitzacions" a que pot donar lloc la prohibició d'edificar. El fet que aquest reglament no s'hagi dictat no fa altra cosa que reforçar la tesi de que la restricció d'aprofitament urbanístic abans esmentada és singular, no solament perquè només s'ha aplicat al terreny de l'agent sinó també perquè no es recolza en la disposició reglamentària, que, si hagués existit, hagués fet possibles les restriccions com part del contingut normal del dret de propietat, sota les

condicions objectives preestablertes i, naturalment, amb la contrapartida de la indemnització, però encara no s'ha aprovat.

Per tot això, en aquest cas el perjudici al qual ens venim referint és especial i s'ha d'indemnitzar, obligació, aquesta, que correspon a la part demandada.

En conseqüència, és procedent l'estimació de la pretensió que consisteix en el reconeixement del dret a percebre la indemnització, i s'imposa la revocació de la sentència dictada per la Batllia.

**Novè.- *Sobre la quantificació del dret a la indemnització.***

Un cop reconegut el dret a la indemnització, cal determinar els criteris orientadors per a quantificar-la, la qual cosa s'ha de resoldre, per economia processal, en aquesta segona instància, sense deixar-ho per la fase d'execució de sentència, que es limitarà a la fixació del *quantum*.

Tot i que la part agent quantifica la indemnització en cent milions de pessetes, no en determina amb la necessària claredat quin és el mètode per obtenir-ne el càlcul, i malgrat que en període probatori s'ha emès un dictamen, molt exhaustiu, sobre la qüestió plantejada, aquest comprèn molts conceptes que no han d'incloure's en la indemnització que es demana, i el cert és que les parts tampoc n'han dut a terme una anàlisi crítica que es tradueixi en arguments que facilitin la fixació de criteris pel tribunal .

Després d'analitzar els mètodes que segueix tant el perit en la primera instància jurisdiccional com l'Administració general en els informes als quals ens hem referit abans (de 1988 i 1989) i posteriorment en el de 1995, el mètode que resulta més just i més adient per compensar el perjudici sofert i que planteja menys problemes d'aplicació pràctica, és el que consisteix en indemnitzar per la diferència entre el valor de venda de la part de l'edifici no autoritzada i el cost de la seva construcció.

Tot el que s'ha exposat determina la parcial estimació del recurs d'apel·lació interposat pel Sr. Isidre C.M.

**Desè.- *Les despeses del procés.***

No s'aprecien circumstàncies que determinin un especial pronunciament pel que fa a les despeses ocasionades en aquesta segona instància.

## DECISIÓ

En atenció a tot el que s'ha exposat, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, en nom del poble andorrà, decideix:

**Primer.-** Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Govern contra la sentència núm. 97-95, de 15 de desembre de 1997, dictada per la Batllia.

**Segon.-** Estimar en part el recurs presentat per la representació del Sr. Isidre C.M., i, amb revocació de la sentència, anul·lar l'acte objecte d'aquest recurs i reconèixer el dret a percebre una indemnització, que es quantificarà en execució de sentència, segons es diu en el fonament novè, declarant l'obligació d'abonar-la a càrrec del Govern.

**Tercer.-** No fer cap pronunciament pel que fa a les despeses produïdes en aquesta segona instància.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.