

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 17 de març 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.- Per escrit de data 25-11-2009, la representació processal del Sr. J.B.C. va presentar davant de la Batllia, demanda a tramitar pel procediment ordinari, contra la Sra. G.P.B. per tal que es dicti sentència en la que:

1.- es declares l'existència d'una servitud de pas que grava la finca propietat de la demandada en favor de les parcel·les de terreny anomenades "Prat S." i "Prat M.", propietat del demandant, condemnant la demandada a retirar la tanca metàl·lica que ha col·locat a l'entrada del camí d'accés des del Camí comunal de les Corts.

2.- es condemnes a la demandada a respectar el dret de propietat del demandant sobre la seva finca "Prat S.", tot retirant els tubs que passen per l'esmentada parcel·la de terreny.

3.- Subsidiàriament, s'estableixi una servitud forçosa de pas sobre la finca propietat de la demandada, en favor de la parcel·la de terreny "Pradet

M.", propietat del demandant, sense condemna consistent en atorgar una compensació a la demandada.

4.- es condemnes a la part demandada en costes, inclosos honoraris d'advocat, de procurador i de pèrit.

II.- La representació processal de la Sra. G.P.B. es va oposar a la demanda formulant una excepció de defecte en la formulació de la demanda i una excepció de manca de legitimació activa, i subsidiàriament sobre el fons sol·licitant la seva desestimació. També va presentar una demanda reconvençional per tal de declarar l'existència d'una servitud de pas d'aigües residuals que grava la finca "Prat S." en favor de la finca "Cap del Prat S.", propietat de la demandant reconvençional, condemnant al demandat reconvençional a que s'abstingui de realitzar qualsevol acte contrari a l'existència de la dita servitud, el tot amb imposició de les costes judicials a l'agent.

Les parts van replicar (oposant-se ensems l'agent a la demanda reconvençional) i duplicar, mantenint les seves pretensions, i es van practicar les proves. Finalment, van presentar els seus escrits de conclusions.

III.- Per Sentència de data 25-02-2015, l'Hble. Tribunal de Batlles, Secció Civil, va decidir: *"Que hem de desestimar i desestimen les excepcions peremptòries de defecte en la formulació de la demanda i de manca de legitimació activa aixecades per la Sra. G.P.B.,*

Que hem d'estimar i estimem, parcialment, la demanda interposada per la representació processal del Sr. J.B.C. contra la Sra. G.P.B., declarant l'existència d'una servitud de pas que grava la finca "Cap del Prat S.", (ubicada al poble X., Parròquia d'Ordino), propietat de la demandada, en favor de les parcel·les de terreny anomenades "Prat S." i "Prat M." (també ubicades al poble de X., Parròquia d'Ordino), propietat del demandant, condemnat la demandada a lliurar a la contrapart la clau de la tanca metàl·lica col·locada a l'entrada del camí d'accés des del Camí comunal de les Corts,

Que hem d'estimar i estimem la demanda reconvençional interposada per la representació processal de la Sra. G.P.B. contra el Sr. J.B.C., declarant l'existència d'una servitud de pas d'aigües residuals que grava la finca "Prat S." en favor de la finca "Cap del Prat S.", condemnant al demandat reconvençional a que s'abstingui de realitzar qualsevol acte contrari a l'existència de la dita servitud.

I sense fer especial imposició en costes."

IV.- Contra aquesta resolució ambdues parts han interposat recurs d'apel·lació.

La representació processal de la Sra. C.B.G., hereva universal del Sr. J.B.C., demana la seva revocació parcial en el sentit de :

- declarar l'existència d'una servitud de pas que grava la finca "Cap del Prat S." i el camí de quatre (4) metres que fou cedit al Sr. B.P.B. en el marc de l'escriptura pública de compra-venda de data 21 d'octubre de 1975, en favor de les parcel·les de terreny anomenades "Prat S." i "Pradet M.", propietat de la Sra. C.B.G., tot i condemnant a la demandada a retirar la tanca metàl·lica que ha col·locat a l'entrada del camí d'accés des del camí comunal de les Corts;

- desestimar la demanda reconvençional de declaració de servitud de pas d'aigües residuals formulada per la Sra. G.P.B. contra la seva mandant, tot condemnant a la Sra. G.P.B. a retirar els tubs que passen per la parcel·la de terreny "Prat S.", propietat de la seva principal;

- condemnar a la Sra. G.P.B. al pagament de les costes judicials ocasionades en primera i segona instància, inclosos els honoraris d'advocat, de procuradora i de pèrits.

La representació processal de la Sra. G.P.B. demana la seva revocació parcial i que es dictés una nova estimant l'excepció de manca de legitimació de l'adversa i imposant a l'adversa les costes, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador, ambdues instàncies i, subsidiàriament

en cas que no fos apreciada la referida excepció, que es desestimes la demanda interposada pel Sr. J.B.C. en tots els seus extrems.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Vincent ANIÈRE.

FONAMENTS DE DRET

I.- Ha quedat establert que segons escriptura pública de data 21-10-1975 (nº1549 del protocol del Notari M.A.S.), el Sr. J.B.C. (actuant com a hereu universal del seu pare, J.B.F. en relació als bens i drets de casa M. de X., i en qualitat de nu-propietari) i la seva mare, la Sra. E.C.S., (actuant com a usufructuària), van vendre al seu cosí, Sr. B.P.B., pare i causant de la Sra. G.P.B., una parcel·la de terreny ubicada al terme de X. parròquia d'Ordino.

En l'acte s'indicà que dita parcel·la forma part de la parcel·la "Prat S.", i efectivament es veu que es va crear segregant-la d'aquesta parcel·la, precisant-se en l'acte que la parcel·la creada confronta amb tots els seus costats amb el restant del "Prat S.", i per un altre costat, amb la feixa de B., tot propietat del venedor.

En l'acte també es precisa que es tracta d'una parcel·la rectangular d'uns 200 m² per tenir uns costats de 20 metres i de 10 metres, que comença a una fita que s'ha posat al Roc del venedor, i que les parts es donen assabentades de la seva situació i configuració i haver-la marcada juntament.

A partir d'aquell moment, es veu que la nova parcel·la va ser nomenada "Cap del prat S."

Al paràgraf "CARRECS I CONDICIONS" de l'escriptura del 1975, les parts van atorgar que :

- sobre aquesta parcel·la de terreny, solament s'hi podrà fer construccions de tipus xalet, d'una altura màxima de deu metres

- *“la part venedora cedeix gratuïtament el terreny necessari al camí d'accés des de el camí de les Corts fins a la parcel·la de terreny comprada”.*

- *“aquesta parcel·la de terreny tindrà doncs accés al camí Comunal de les Corts, mitjançant el pas o camí d'una amplada mínima de quatre metres (4m), tot al seu llarg ; aquest camí confrontarà sempre amb la paret de “la feixa de B.”.*

- *“les obres d'explanament del camí així com de construcció de les parets, aniran a càrrec de la part compradora qui s'hi compromet des de ara de manera formal”.*

La part agent va acumular dues accions, és a dir, d'una part, l'acció confessòria en relació a la servitud de pas instituïda a favor del seu predi, i d'altra part l'acció negatòria en relació amb la instal·lació de tubs en la parcel·la Prat S. La part agent reconvençional va exercitar una acció confessòria en relació a la servitud de pas de tubs d'aigües residuals.

El tribunal ha considerat que s'havia acreditat la creació per usucapió de la servitud de pas invocada pel demandant i també que s'havia acreditat la creació per títol d'una servitud d'aigües residuals gravant el prat S.

II.- Els deures de congruència i de motivació fan necessari examinar separatament els dos recursos. Començarem pel recurs de la Sra. G.P.B. quin concerneix la legitimació activa del demandant i la declaració de servitud de pas. Examinarem en segon lloc el de la Sra. C.B.G., quin concerneix, d'una part, les conseqüències de la declaració d'aquesta servitud de pas i, d'altra part, la declaració de servitud d'aigües residuals.

III.- El primer aspecte del recurs de la Sra. G.P.B. és en relació a la seva excepció de legitimació activa que torna a formular tota vegada que considera que el Sr. J.B.C. no ha acreditat ésser el propietari de les parcel·les qui tindrien la qualitat de predis dominants. Argumenta en substància que: 1) l'escriptura de manifestació d'herència i adjudicació del

2010 és insuficient per acreditar que és propietari de les finques “Prat S.” i “Prat M.” ; 2) en dita escriptura, el Sr. J.B.C. no ha mencionat la parcel·la “Prat S.” sinó la “terreta d.” i el “pradet m.”, i per tant no ha acreditat que era el propietari a la data de la demanda i 3) l'escriptura del 2010 també és insuficient per acreditar que el “prat m.” formava part del cabal relict pel difunt Sr. J.B.F. ja que el notari adverteix de la manca d'acreditació documental de la propietat de les finques.

Cal recordar que la legitimació activa per a exercitar l'acció confessòria de servitud correspon al titular de la servitud que normalment és el propietari o nu propietari del predi dominant (Digest 8,5,4-3).

En el present cas apareix que :

- el Sr. J.B.F. morí el 31-08-1972, havent instituït com a hereu universal el seu fill J.B.C. mitjançant testament del 19-05-1971 i com usufructuària la seva esposa, la Sra. E.C.S., la qual morí al seu torn el 05-02-2003

- en l'acte del 1975, el Sr. J.B.C. va actuar en qualitat d'hereu universal del seu pare i de la casa M., qualitat que no li va negar el seu cosí, el Sr. B.P.B., el causant de la Sra. G.P.B.

- s'ha aportat l'escriptura atorgada davant del Notari J.E.C. número 1670 del seu protocol de data 22-06-2005, mitjançant la qual el Sr. J.B.C. va acceptar l'herència relict pel seu pare

- s'ha aportat també l'escriptura atorgada davant del mateix Notari número 787 del seu protocol de data 28-04-2008, mitjançant la qual el Sr. J.B.C. va inventariar i adjudicar-se els béns relictos pel seu pare en els quals es troben la “terreta D.” i “pradet M.”, respectivament registrades al cadastre amb n°3U00*** i n°3U00***, les fitxes d'exposició públiques establertes pel Comú D'Ordino al 2007 indicant que el Sr. J.B.C. ostenta la qualitat de propietari amb 100% del dret de propietat.

Pel que fa a la parcel·la “Prat S.”, com ho admet la representació processal de la Sra. G.P.B., ella mateixa va reconèixer la qualitat de

propietari del Sr. J.B.C. De fet, ho va fer en el seu escrit de contesta i en la seva confessió en judici. No té gaire sentit negar posteriorment aquesta qualitat, sobre tot quan la Sra. G.P.B. reclama de manera reconventional, en contra del mateix Sr. J.B.C., la declaració d'una servitud d'aigües residuals gravant el "Prat S.", i que si no fos propietari d'aquesta parcel·la, es qüestionaria la legitimació passiva del Sr. J.B.C. (encara que la legitimació passiva de l'acció confessòria correspon no solament al propietari del predi servent sinó a tota persona que s'oposa al seu exercici) i fins i tot la seva capacitat per haver permès la constitució per títol de la servitud d'aigües residuals (posició de la Sra. G.P.B. cf. FONAMENT següent). El fet que l'escriptura del 2010 no menciona la referida parcel·la no canvia aquests elements.

Pel que fa a la parcel·la "Pradet M.", és cert que en l'escriptura del 2010, el Notari va advertir que no se li havia acreditat documentalment la propietat de les finques, però aquest fet no contradiu tots els altres elements que acrediten que el Sr. J.B.C. és l'hereu i propietari de la Casa M., i com a tal de les parcel·les "Prat S." i "Pradet M.", i que per tant, tenia total legitimació activa per a presentar la demanda.

IV.- El segon aspecte del recurs de la Sra. G.P.B. és subsidiari i concerneix la declaració de servitud de pas, doncs afirma que el tribunal no efectuat una correcta valoració de la prova al respecte. Argumenta en substància que : 1) l'escriptura del 1975 no acredita l'existència d'un camí sinó la seva creació a càrrec del Sr. P.; 2) el testimoniatge del Sr. M.A. es refereix a un altre camí ; 3) atès la configuració dels llocs, és inversemblant que el Sr. B. passés per la propietat P. per accedir al pradet M. i al Prat S. ; 4) els testimonis no precisen a quines parcel·les s'accedia a través de la parcel·les "Cap del Prat S." i 5) en cap cas la situació s'ha perllongat més de 30 anys i el referit camí s'ha construït al 1982.

Sempre la part agent ha sostingut que abans de l'escriptura del 1975 existia un camí pel qual s'accedia des del camí de les Corts al Prat S., així com a la "terreta d.", i que permetia arribar al "pradet M."

Efectivament, entenem a l'igual del tribunal que l'acte de 1975 menciona clarament la preexistència del camí, i el fet que s'havien de realitzar obres de "*d'explanement*" (s'ha d'entendre d'eixamplament), ho confirma.

També ho confirmen els testimoniatges dels Srs. B.C.M. (foli 151), R.R.G. (foli 153), J.R.S. (foli 155) i M.A.C. (foli 157).

En efecte, de la seva valoració conjunta ressort sense dubte que aquest pas existia i s'utilitzava per part del Sr. J.B.C. per anar fins a les seves parcel·les i això des de més de 30 anys abans d'exercitar-se l'acció confessòria, precisant el Sr. B.C.M., propietari del xalet "d.", que li constava que sempre el Sr. J.B.C. havia passat per aquest camí sense que ningú li hagués impedit. De la mateixa manera, i pel que fa precisament a les manifestacions del Sr. M.A.C., si bé va mencionar l'existència d'un altre camí que passava per dalt, sobretot va manifestar que el camí d'antes (tal com ressort en l'acta notarial de presència que li va ésser ensenyat) sí que existia abans de la construcció del xalet del cap del roc del prat S., tractant-se d'un "petit" camí que fou eixamplat, i que ell i el Sr. J.B.C., empraven aquell camí per accedir a les propietats col·lindant la propietat del Sr. J.B.C., i això "*farà vora dels 40 anys aproximadament*".

Quant a la configuració dels llocs, no hi ha res d'inversemblant a que el camí constitueixi un accés a les parcel·les "prat S." i "pradet m." i, justament atès la situació i configuració de les parcel·les, quan els testimonis expliquen que s'utilitzava el camí per accedir a les parcel·les del Sr. J.B.C. es pot presumir raonablement que es tracta de les parcel·les que confronten amb dit camí, val a dir el "prat S.", el "pradet m." i la "terreta d."

D'altra banda, si les obres d'eixamplament del camí es van fer al 1982, igual que el xalet, això, però, no contradiu la preexistència del pas.

Finalment, s'ha de precisar que la Sra. G.P.B. ha invocat que el fet d'haver-se introduït en la seva parcel·la per part del Sr. J.B.C. només corresponia a la seva relació de família amb el seu pare, cosí del mateix, però es tracta d'una excepció obstativa de la usucapió que ella havia de provar (vg.TSJC del 11-07-2002 n° 1804 del llibre) i força és de constatar que no ho ha fet.

Per tot l'exposat, considerem que és de manera ajustada a dret que el tribunal, constatant la possessió en concepte de propietari de manera ininterrompuda i pacífica durant més de 30 anys, ha declarat l'existència d'una servitud de pas que grava la propietat de la Sra. G.P.B. en favor de les parcel·les "Prat S." i "Pradet M.", i s'ha de desestimar íntegrament el recurs d'aquesta.

V.- El primer aspecte del recurs de la representació processal de la Sra. C.B.G. és que, malgrat haver reconegut l'existència de la servitud de pas, el tribunal no ha estimat la petició de retirada de la tanca metàl·lica quan, d'una banda, la instal·lació de dita tanca a l'entrada del camí d'accés constitueix una modificació unilateral de la servitud que sempre s'havia exercitat lliurement sense cap restricció, i d'altra banda, el fet de disposar de la clau no és suficient perquè l'altre part pot canviar el pany.

La utilitat de la servitud era i és de permetre l'accés a les parcel·les "Prat S." i "Prat M.". El fet de tancar el camí no implica necessàriament la negació de la servitud de pas si el seu titular pot exercir el seu dret de pas si ell pot passar. En el cas d'autes, l'existència de la tanca metàl·lica, que correspon al dret de tancar-se i a la necessitat de restringir l'accés a tercers, no impedeix l'accés al propietari del fons dominant, i per tant dona suficient satisfacció a les seves necessitats, sempre i quan disposi de la clau per obrir, i essent precisat, encara que ha de semblar evident, que aquesta clau ha de correspondre en tot moment al pany instal·lat.

En aquestes condicions cal desestimar aquest aspecte del recurs, el que, atès la desestimació del recurs de la Sra. G.P.B., comporta la

confirmació total de la sentència en relació a la qüestió de la servitud de pas objecte de la demanda principal inicial.

VI.- El segon aspecte del recurs de la representació processal de la Sra. C.B.G. és relatiu a la declaració de l'existència de la servitud d'aigües residuals. Argumenta que aquesta servitud no s'ha constituït ni per títol, ni per llei, ni per usucapió; que en cap moment el Sr. J.B.C. va tenir la intenció de crear o acceptar un gravamen real de servitud i que els tubs de clavegueram poden passar pel camí de 4 metres que fou cedit pel Sr. J.B.C., solució proposada pel pèrit judicial com tercera opció del seu informe.

S'ha de recordar que la versió de la Sra. G.P.B. era que el Sr. J.B.C. i el seu pare havien constituït verbalment una servitud de pas d'aigües residuals, i subsidiàriament que existia prescripció adquisitiva.

Efectivament, en el dret andorrà les servituds voluntàries es poden constituir per pacte o per usucapió.

El tribunal ha considerat en primer lloc que no es pot considerar que la servitud invocada es va crear per a usucapió doncs el termini de trenta anys no s'ha escolat. S'ha de compartir aquesta afirmació. En efecte, no es pot considerar que el xalet fou construït l'any 1978 com sosté la representació de la Sra. G.P.B. (essent precisat que per negar la usucapió en relació a la servitud de pas sobre el camí afirma que la construcció és del 1982) quan el permís per a la construcció és del 1982. Per tant, la possibilitat que la Sra. G.P.B. hagi usucapit no es podia considerar abans del 2012.

El tribunal ha considerat en segon lloc que atès que el Sr. J.B.C. no podia ignorar la construcció del xalet i la instal·lació dels tubs i fins i tot havia de conèixer la presència d'aquells, i que atès que no havia reclamat la seva retirada en cap moment, s'havia de treure la conclusió que havia acceptat la constitució de la servitud.

Però aquest plantejament no es pot acceptar.

S'entén que el tribunal ha apreciat que la servitud s'havia constituït de manera verbal puix no apareix a les actuacions cap títol escrit de constitució de la servitud de pas. No es discuteix la possibilitat de constitució d'una servitud per contracte verbal, però una altra cosa és la prova del mateix.

Per tant, ens hem de plantejar la creació de la servitud per títol és a dir qualsevol acte jurídic, onerós o gratuït, entre vius o de darrera voluntat, verbal o escrit, del qual en resulti la voluntat dels titulars dels predis dominant i servent de voler crear una servitud.

Tal contracte no pot néixer d'una manifestació unilateral de voluntat del propietari del predi servent.

Si bé, es pot acceptar fins i tot que les declaracions de voluntat es puguin expressar de manera tàcita (vg. Pr. PUIG I FERRIOL, Fonaments de dret privat andorrà Vol 4 p479-480) tal supòsit exigeix una prova concloent ja que la propietat es presumeix lliure i que els gravàmens no es presumeixen.

En el present cas, no existeix cap prova directa que permeti afirmar que entre les parts o els seus causants, s'hagués constituït en qualsevol moment la servitud de pas per conveni verbal.

No és perquè la parcel·la es va vendre exclusivament per a la construcció d'un xalet, i que així es va fer, que el Sr. J.B.C. havia de presumir que els tubs passaven per la seva finca, quan a més, el mateix va cedir gratuïtament una franja de terreny de 4 metres entre el camí comunal i la finca "Cap del Prat S." i que aquesta franja permetia fer-hi passar els tubs com ho confirma l'informe pericial (element fent a més que la servitud no pot ser forçosa).

Quant a l'argument que el tub es veuria i que no s'ha exigit la seva retirada, tal fet no es pot equiparar a una autorització tàcita, i és justament per aquest tipus de situació que existeix la usucapió, que constitueix un institut en el qual el silenci pot portar a la creació d'una servitud, ja que la servitud creada per usucapió és una servitud voluntària (i no legal o

forçosa) en quant que generada pel consentiment tàcit a la utilització de la utilitat durant més de 30 anys. Però, com motivat abans, el termini de 30 anys no ha escolat.

Pel que fa al correu del 16-09-2008, apareix a través del mateix que el lletrat del Sr. J.B.C. va indicar a la Sra. G.P.B. que havia descobert l'existència d'un tub de clavegueram que deixava anar el seu contingut directament sobre la seva propietat, cosa que li resultava "del tot intolerable", i que el portava a requerir-la per a procedir a la seva, retirada o reparació. Tal manifestació no permet considerar que el Sr. J.B.C. hauria acceptat la instal·lació del tub, ans al contrari.

Així les coses, s'ha d'estimar aquest aspecte del recurs, el que ens ha de portar a estimar la demanda del Sr. J.B.C. per tal de condemnar a la Sra. G.P.B. a retirar els tubs que passen per la parcel·la "Prat S." propietat del primer, tot i desestimant la demanda reconvençional de la Sra. G.P.B. de declarar una servitud de pas d'aigües residuals gravant la parcel·la "Prat S.".

VII.- Pel que fa a les costes de primera instància el tribunal ha considerat que l'estimació parcial de la demanda principal, la desestimació de les excepcions peremptòries interposades i l'estimació de la demanda reconvençional, havia de comportar, de conformitat amb el que es disposa a la Novel·la 82, cap. X., que no es faci especial condemna en costes.

Si aquest pronunciament, que no va ser objecte d'una impugnació específica per part de la representació processal del Sr. J.B.C., es pot mantenir pel que fa la demanda inicial atès que l'estimació d'aquesta segueix parcial, diferent és la situació en relació a la demanda reconvençional. En efecte, la desestimació ara integral d'aquesta demanda reconvençional ha de portar a condemnar a la Sra. G.P.B. a assumir les costes de primera instància de conformitat amb el principi del venciment objectiu.

VIII.- Pel que fa a les costes d'aquesta alçada, la desestimació del recurs de la representació processal de la Sra. G.P.B. comporta la seva condemna a pagar les costes judicials en relació a dit recurs.

L'estimació parcial del recurs de la representació processal de la Sra. C.B.G. justifica no fer cap imposició de les costes en relació al mateix (arg. Novel·la 82, Capítol 10.).

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 interposat per la representació processal de de la Sra. G.P.B.;

ESTIMAR parcialment el recurs interposat per la representació processal de la Sra. C.B.G., contra la Sentència de l'Hble. Tribunal de Batlles de data 25-02-2015, que revoquem parcialment en el sentit de desestimar la demanda reconvençional de la Sra. G.P.B. de declarar una servitud de pas d'aigües residuals gravant la parcel·la "Prat S.", i en el sentit de condemnar a la Sra. G.P.B. a retirar els tubs que passen per la parcel·la "Prat S." propietat de la Sra. C.B.G., i d'imposar a aquesta les costes de primera instància en relació a la seva demanda reconvençional;

IMPOSAR a la Sra. G.P.B. les costes de segona instància en relació al seu recurs;

NO EFECTUAR cap imposició de les costes judicials de segona instància en relació al recurs de la Sra. C.B.G.;

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

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.-