

**T . S . J . ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00163/2021

PLAÇA DES MERCAT, 12

Teléfono: 971 71 26 32 **Fax:** 971 22 72 19

Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es

N.I.G: 07040 45 3 2016 0000042

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000399 /2020

Sobre ADMINISTRACION LOCAL

De FROZA SL, FROZA, S.L.

Abogado: EUGENIA CATALINA MIR BARCELO

Procurador: ESPERANZA NADAL SALOM, ESPERANZA NADAL SALOM

Contra AJUNTAMENT D'ESPORLES AJUNTAMENT D'ESPORLES, AYUNTAMIENTO DE ESPORLAS, AJUNTAMENT D'ESPORLES

Abogado: FRANCISCO DE ASIS PASCUAL BRUNET

Procurador: MARTA FONT JAUME, MARTA FONT JAUME

APELACIÓN Rollo Sala N° 399/2020

Autos Juzgado N° PO 7/2016

SENTENCIA

En Palma, a 11 de marzo de dos mil veintiuno.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, la entidad “**FROZA, S.L.**”, representada por la Procuradora D^a ESPERANZA NADAL SALOM y asistida por la Letrada D^a EUGENIA CATALINA MIR BARCELÓ, y como parte apelada, **EL AYUNTAMIENTO DE ESPORLES (MALLORCA)**, representado por la Procuradora D^a MARTA FONT JAUME y defendido por el Letrado D. FRANCISCO DE ASÍS PASCUAL BRUNET.

Constituye el objeto del recurso contencioso administrativo el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Esporles en la sesión de 26 de marzo de 2015, el cual desestimó el recurso de reposición interpuesto por “Froza, S.L.” contra el acuerdo del día 2 de octubre de 2014, referente a la inclusión en el Catálogo de Caminos determinadas vías que discurren por terrenos propiedad de la entidad recurrente.

La Sentencia nº 207/2020, de 13 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, desestimó el recurso contencioso-administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Sentencia nº 2017/2020, de 13 de marzo, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada de refuerzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad FROZA SL representada por la Procuradora Doña Esperanza Nadal Salom, contra la resolución identificada en el encabezamiento de esta Sentencia, que se confirma, por ser ajustada a derecho, con imposición de costas a la parte demandante".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la representación de la entidad actora, y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo el día 12 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como hemos mencionado en el encabezamiento, la Sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil “Froza, S.L.” contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Esporles en la sesión de 26 de marzo de 2015, el cual desestimó los recursos de reposición interpuestos contra el acuerdo del día 2 de octubre de 2014, referente a la inclusión en el Catálogo de Caminos determinadas vías que discurren por terrenos propiedad de la mercantil recurrente.

La juzgadora *a quo*, partiendo de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, concluye que algunas peticiones exceden del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, ya que van encaminadas a que se imponga un determinado contenido del Catálogo de Caminos de Esporles (en relación con los nº 29, nº 5, nº 10 y nº 35). A continuación, transcribe la doctrina expuesta por esta Sala en la Sentencia nº 19/2018, de 8 de enero, en relación con la inclusión de determinadas vías en Catálogos municipales, y señala el material probatorio del cual se han servido las partes procesales, concluyendo que la incorporación en este tipo de registro administrativo no altera las situaciones de propiedad, por lo que su impugnación no puede entrar a analizar cuestiones complejas.

La representación de la mercantil “Froza S.L.” solicita la estimación del recurso de apelación, invocando los siguientes argumentos:

1) El recurso contencioso se interpuso contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Esporles de 26 de marzo de 2015, el cual desestimó el recurso de reposición interpuesto por la sociedad “Froza” contra la resolución municipal que aprobó el Catálogo de Caminos e incorporó en el inventario una serie de caminos que pasaban a ser de titularidad pública, entre ellos, los nº 3 y nº 5 que afectan a la finca de Son Dameto, propiedad de la actora, y dos que comunican con ellos, nº 29 y nº 35, por lo que la declaración de inadmisibilidad no resulta conforme a Derecho, al no tratarse el Catálogo de una disposición general, por lo que se puede interesar que este registro de caminos considerados públicos se ajuste a la realidad.

2) La Sentencia de instancia confunde la causa de pedir y omite valorar la prueba practicada en autos, ocasionando indefensión en la recurrente. Existen varios informes elaborados por el Sr.

Villalonga que desvirtúan los razonamientos sostenidos por el Ayuntamiento, basados en el dictamen del Sr. Rullán y en el informe de su archivista, demostrándose que el camino nº 29 fue construido por el propietario de Son Dameto para comunicar varias partes de su finca, así como que el camino nº 3 no se corresponde con el antiguo camino real que unía Esporles con Valledemossa, sino que esta vía sí existía, pero con otro trazado, como se desprende también del informe elaborado por expertos topógrafos.

3) Respecto del Camino nº 5, se ha demostrado por la actora que se construyó a cargo del propietario de Son Dameto para unir una parte de su finca con otro extremo que se integraba entonces en la misma, llamada “Mirant de Mar”, solicitando permiso el 23 de octubre de 1914.

4) En cuanto al camino nº 3, el informe elaborado por el historiador Sr. Villalonga concluye que no aparece ni en el mapa confeccionado por el cardenal Despuig en 1789, ni tampoco en el plano de carreteras y caminos vecinales hasta 1869, unido a las apreciaciones contenidas en el informe topográfico redactado por ESTOP. Existían dos caminos que unían Esporles y Valldemossa, pero no coinciden con el trazado del camino catalogado como nº 3, sino que este camino pasaba por las fincas de Son Simonet y Son Cabaspre, como el propio perito aportado por el Ayuntamiento reconoció en la Revista d’Estudis Locals en el año 2007. El tramo 2 se corresponde con una servidumbre de senda entre Son Dameto y Son Simonet, no con una parte del camino real.

5) La función de los caminos reales eran unir poblaciones, debiendo entenderse que se buscaba la mayor comodidad para los usuarios de entonces y la practicidad de comunicar los centros de gestión económica, que recaían en las possessions, resultando inverosímil que solo transcurriese por un predio, y debiendo atenderse que por el Coll d’En Claret la pendiente es mucho más pronunciada que por el Coll de Son Ferrandell.

La representación del Ayuntamiento de Esporles ha interesado que se desestime el recurso de apelación formulado de adverso, esgrimiendo que el Catálogo es solo un registro administrativo que no constituye título de propiedad municipal. Se ha demostrado y motivado la existencia y uso anterior de los caminos catalogados, los cuales siempre estuvieron abiertos.

SEGUNDO. En primer término, debemos determinar el ámbito del análisis del objeto del recurso contencioso-administrativo que debía resolverse en la sentencia apelada.

Este examen viene conformado, primero, por la actuación administrativa impugnada, esto es, el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Esporles en su sesión celebrada el 26 de marzo de 2015, mediante el cual se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la representación de “Froza, S.L.” en fecha 10 de diciembre de 2014 contra el anterior Acuerdo plenario del día 2 de octubre de 2014, mediante el cual se aprobó el Texto Refundido del Catálogo de Caminos del término municipal de Esporles.

Como se desprende del recurso de reposición obrante a los folios 2.623 a 2.636 del expediente, la mercantil propietaria de unos terrenos denominados “Son Dameto”, impugna la catalogación del camino que discurren por su propiedad, el nº 3 (Camino de Esporles a Valldemossa).

El recurso de reposición no se formuló contra la totalidad del Catálogo de Caminos, sino contra las vías que afectan a los derechos e intereses de la sociedad actora y apelante, su derecho de propiedad privada. Respecto del resto de cuestiones, concernientes a los caminos nº 5, nº 10, nº 29 y nº 35, ni fueron planteadas ante la Administración demandada en el recurso de reposición ni tampoco se formuló recurso contencioso, habiéndose esgrimido por vez primera en la demanda, debiendo tenerse en cuenta las reglas temporales que rigen la interposición del recurso ante este Orden Jurisdiccional, recogidas en el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

El recurso de reposición presentado por la entidad actora interrumpió el plazo para interponer recurso ante los Tribunales, pero solo en cuanto a los extremos contenidos en el mismo, el cual se dirigía a obtener la anulación del Catálogo exclusivamente respecto del Camino nº 3, al discurrir por el predio cuya titularidad dominical pertenece a “Froza”, sin que se dirigiese contra la totalidad del Acuerdo municipal. Si bien la legitimación puede responder al ejercicio de una acción pública, en el caso analizado no se utilizó esta vía, sino que se pidió la anulación de los extremos del Catálogo que la propiedad consideraba que afectaba a sus terrenos de forma injustificada e incumpliendo la normativa vigente.

En segundo lugar, debemos atender a los pedimentos contenidos en la demanda para dilucidar si, como se concluye en la sentencia de instancia, la sociedad actora disponía de legitimación *ad causam* para impetrar la acción de la justicia para obtener una serie de pronunciamientos

declarativos que debían imponer una actuación administrativa concreta, específicamente, establecer el contenido del Catálogo de Caminos en determinados elementos.

El suplico de la demanda responde al siguiente tenor literal:

“SUPLICO AL JUZGADO que habiendo por presentado este escrito, con los documentos de que se ha hecho mención, se sirva admitirlo, tenga por presentada la demanda, por devuelto el expediente administrativo y, en su día, previos los trámites de prueba y conclusiones o vista, dicte sentencia por la que anule el acto administrativo impugnado por ser el mismo contrario a Derecho en relación con los caminos objeto de la demanda y, en su consecuencia:

1.- Estime el recurso.

2.- Declare contraria a Derecho y anule la resolución recurrida en cuanto a los caminos objeto de la demanda para que:

-Respecto del camino nº 3, que se excluya del catálogo y del inventario municipal como camino público, antiguo camino real de Esporlas a Valldemosa.

-Respecto del camino nº 29, ya que se ha demostrado que se construyó por el entonces propietario de Son Dameto desde la calle Zaragoza hasta las casas, que se cambie la ficha y la descripción del camino en el catálogo conforme a este documento.

-Respecto del camino nº 5, que desaparezca como camino de Esporlas a Es Port des Canonge/camí de pescadors y se catalogue como camino de establecedores de una parte de Son Dameto que se parceló a principios del siglo XX, que se inicia en el camino 29 y finaliza en Mirant de Mar.

-Respecto del camino nº 10 (y en su caso del nº 35), que se investigue, catalogue e inventaríe el camino público que llegaba hasta Valldemosa por Son Simonet, Son Dameto y Son Cabaspre.

-Respecto del antiguo camino público que iba a Valldemosa procedente de Esporlas y Banyalbufar, que atravesaba el Coll den Claret hasta Son Ferrandell y se unía en dicha finca con el otro camino público a Valldemosa por Son Cabaspre, que se investigue y, en su caso catalogue e inventaríe.

3.- Condene al Ayuntamiento de Esporlas a modificar el catálogo y el inventario de bienes conforme a las anteriores consideraciones.

4.- Condene en costas al Ayuntamiento si se estima el recurso o se opone a él temerariamente”.

Tal y como ha motivado la Sentencia de instancia, el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se limita a examinar la conformidad a derecho de la actuación administrativa impugnada, pudiendo imponer el cumplimiento de obligaciones amparadas legalmente, pero no se permite que los Tribunales impongan a las Administraciones que ejerzan en un determinado sentido sus competencias, como pudiera ser condenarle a incluir en el Catálogo un determinado trazado de Camino, o a investigar caminos y/o trazados distintos a los inventariados, tal y como la actora interesa en los puntos 2 y 3 de su *petitum* (*-Respecto del camino nº 29, ya que se ha demostrado que se construyó por el entonces propietario de Son Dameto desde la calle Zaragoza hasta las casas, que se cambie la ficha y la descripción del camino en el catálogo conforme a este documento. -Respecto del camino nº 5, que desaparezca como camino de Esporlas a Es Port des Canonge/camí de pescadors y se catalogue como camino de establecedores de una parte de Son Dameto que se parceló a principios del siglo XX, que se inicia en el camino 29 y finaliza en Mirant de Mar. -Respecto del camino nº 10 (y en su caso del nº 35), que se investigue, catalogue e inventarie el camino público que llegaba hasta Valldemosa por Son Simonet, Son Dameto y Son Cabaspre. -Respecto del antiguo camino público que iba a Valldemosa procedente de Esporlas y Banyalbufar, que atravesaba el Coll den Claret hasta Son Ferrandell y se unía en dicha finca con el otro camino público a Valldemosa por Son Cabaspre, que se investigue y, en su caso catalogue e inventarie*”).

El artículo 71.1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio recoge el contenido posible de las Sentencias dictadas, y a partir de este precepto no se desprende que los órganos jurisdiccionales puedan condenar a las Administraciones Públicas a que adopten un determinado contenido en sus actos. El trazado de los Caminos nº 5, nº 10, nº 29 y nº 35 pretendido por la entidad apelante, además de no haber sido incluido en el recurso de reposición, queda extramuros de nuestra potestad jurisdiccional.

Por consiguiente, debe desestimarse el recurso de apelación en este punto, ciñéndonos al examen de si la inclusión en el Catálogo del Camino nº 3, con el trazado detallado en el mismo, resultó o no conforme a Derecho.

TERCERO. Para resolver las cuestiones controvertidas, debemos partir de la siguiente doctrina concerniente a los requisitos y límites que deben cumplir las decisiones de catalogación de

caminos por parte de los entes municipales, contenida en el Fundamento Cuarto de la Sentencia de esta Sala nº 97/2019, de 14 de febrero (Rollo de Apelación nº 169/18):

“CUARTO. Doctrina general en materia de Inventarios municipales de caminos de uso público. Con carácter previo a analizar las circunstancias del caso, interesa efectuar las siguientes precisiones:

1º) El Inventario de Bienes contemplado en el art. 17,1º del RD 1372/1986, de 13 de junio , por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, es un mero registro administrativo que por sí solo no prueba, ni crea, ni constituye derecho alguno a favor de la Corporación (SSTS 9 junio 1978 ; 28 abril 1989 ; 23 enero 1996 , entre otras). De aquí se deduce que la inclusión en el Inventario no representa la última palabra en cuanto a la propiedad del bien incluido.

Por tanto, la inclusión de un camino en el Inventario no impide discutir sobre su titularidad ante los órganos del orden jurisdiccional civil, según se desprende de los artículos 1.1 LJCA; 22.1 LOPJ ; 36.1 LEC y SSTS 16 junio 1988 , 28 abril , 9 mayo y 23 noviembre 1989 ; 19 septiembre 1990 ; 4 enero y 2 julio 1991 ; 4 julio 1996 , y otras muchas.

Pero que un camino no éste incluido en el Inventario, no significa que no lo sea de dominio público. La STS de 21 de mayo de 2008 (Rec. 28/2004) ya advierte que " ningún precepto del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local (R.D.L. 781/86, de 18 de Abril), ni del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de Junio de 1986 (artículos 17 a 36), permite concluir que el Inventario tenga efectos constitutivos para el dominio público, de forma que sólo los bienes incluidos en él lo sean, o que sólo mediante su inclusión en él pueda probarse su condición de tales".

2º) Si a la Administración municipal le consta que un camino lo es de uso público, debe incluirlo en el Inventario municipal de bienes si de la investigación desarrollada al respecto llega a la conclusión que el bien lo es de uso público (STS 10-12-2001). Esta actuación administrativa, que deriva del derecho que asiste a las Corporaciones Locales para investigar, deslindar y recuperar la posesión de los caminos -como bienes de uso público regulados en el artículo 74 de la Ley de Régimen Local - está sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no se pronunciará con carácter definitivo sobre la titularidad de los bienes, sino sobre la corrección de su inclusión en un registro administrativo.

Así pues, a este orden jurisdiccional le corresponde examinar si se han aplicado correctamente las facultades de orden recuperatorio, tanto en el aspecto formal o procedimental como en el de fondo, por concurrir "prima facie" las circunstancias que califican como bienes de dominio público los que han sido objeto de la actividad antedicha.

Obviamente, será inevitable que en la jurisdicción contencioso-administrativa se examinen algunos elementos indiciarios o pruebas que son los que luego entrarán en juego para discutir la titularidad de los bienes, pero lo relevante es que dicha decisión no prejuzga la que haya de adoptarse, con carácter definitivo, en el orden jurisdiccional civil.

3º) La conservación de caminos y vías rurales constituye, según el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), una competencia local. El inventario informa al Ayuntamiento sobre la extensión y las características de la red de caminos municipales. De esta manera, el inventario proporciona una seguridad jurídica al Ayuntamiento, los vecinos y los propietarios del término municipal, al delimitar claramente un marco recíproco de derechos y obligaciones en el ámbito de la gestión los caminos y la ordenación de la movilidad rural (como el mantenimiento, la mejora y la señalización de caminos, la policía de caminos rurales, la concesión de licencias, etc.).

4º) Desde el punto de vista procedimental, los municipios suelen elaborar "catálogos" de caminos municipales. Pero como ya analizamos en sentencia de esta Sala Nº 622, de 12 de septiembre 2012 , este denominado "catálogo" no aparece como uno de los instrumentos administrativos que el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, pone a disposición de los ayuntamientos para la defensa de su patrimonio, lo que obliga a entender que dichos "catálogos" no son sino el resultado del ejercicio de la potestad de investigación a que se refiere el art. 44 del Reglamento de Bienes -aunque por procedimiento distinto del art. 49 y ss - y que luego se supone tendrá su traslación al Inventario del art. 17 del RD 1372/1986 .

5º) La inclusión de caminos de uso público en el Inventario no ofrece especiales dificultades en los supuestos de adquisición formal del dominio público (a resultas de sistema de gestión urbanística, expropiación, compra,...). La controversia que aquí nos interesa es la derivada de la inclusión de caminos tradicionales que han entrado en desuso y cuyo eventual anterior uso público está en discusión. Para la recuperación de estos caminos y su inclusión en el Inventario, la Administración debe constatar su uso público, es decir, su afectación real al concreto destino que justifica su inclusión en el dominio público. Para la inclusión de un camino en el inventario es suficiente la existencia de indicios que soporten la presunción de su naturaleza pública, pero

estos simples indicios no pueden limitarse a constatar el actual uso público, sino que dicho uso lo ha sido desde siempre.

Este uso público no puede ser el reciente o el ocasional, sino el que lo ha sido desde tiempo inmemorial, o en términos coloquiales "porque siempre ha sido de uso público". Ello es así porque no cabe admitir que la tolerancia del propietario al paso de terceros por un camino de su propiedad, transforme dicha vía en un camino de uso público, de modo que el paso de bien privativo a bien de dominio público se produzca porque el propietario no ha exteriorizado su oposición al tránsito de terceros.

De la misma forma que el desuso de un camino público no se traduce en desafectación tácita (art. 338 a 345 del CC), tampoco un reciente uso público de un camino privado lo transforma sin más en bien de dominio público. Por lo tanto, el elemento temporal es relevante, pero siempre en relación con los motivos por los que ahora se hace un uso público del paso.

El uso ha de ser público, esto es, utilizable por todos. Ello excluye aquellos caminos cuyo uso era para intercomunicar fincas privadas y cuyos usuarios eran exclusivamente los afectos a ellas. Es decir, usos propios de una servidumbre, aunque no constituida formalmente.

Como la mayoría de caminos municipales tienen una naturaleza histórica, el título de adquisición será generalmente la posesión del bien desde tiempo inmemorial, esto es, más allá de lo que alcanza la memoria, y porque no ha conocido un estado diferente de las cosas”.

CUARTO. Partiendo de la anterior doctrina, debemos dilucidar si la inclusión del camino “CAMÍ D’ESPORLES A VALLDEMOSSA” (número 3 del inventario) fue o no conforme a Derecho.

Tal y como esgrime la parte actora y apelante, la Sentencia de instancia, ni examina la concurrencia de los requisitos legalmente previstos para incorporar caminos en el Catálogo e inventario, ni por otro lado efectúa una labor valorativa del acervo probatorio obrante a las actuaciones, por lo que debe estimarse el recurso de apelación en cuanto a este motivo.

La carga de la prueba acerca de la concurrencia de los requisitos para la inclusión de determinados caminos en el Catálogo elaborado y aprobado por el Ayuntamiento correspondiente recae sobre la Administración autora del acto administrativo.

La incorporación en el Catálogo de caminos no constituye un título constitutivo de la propiedad pública de estas vías, sino el resultado del ejercicio de la potestad y deber de investigación del dominio público, pero sí denota una declaración de intenciones de la Administración para conseguir la formalización de esta demanialidad, la cual sólo puede obtenerse, en caso de controversia, ante el Orden Jurisdiccional Civil.

Partiendo de las anteriores consideraciones, en primer lugar, esta Sala debe destacar que el Informe emitido por la Bibliotecaria y Archivista municipal sobre el cual se sustentan los actos administrativos impugnados no aparece en el seno del expediente administrativo, ni tampoco se reprodujo o adjuntó a los mismos.

En segundo término, a partir del informe pericial confeccionado a instancias del Ayuntamiento por el Catedrático de Geografía, D. Onofre Rullán, y por la Geógrafa, D^a Sonia Vives, el primero de los cuales declaró ante el juez *a quo*, ratificándose en el mismo y contestando las aclaraciones efectuadas por los representantes de ambas partes, resulta que:

- Para unir las villas de Esporles y Valldemossa no solo se utilizaba el trazado incluido en el Camino nº 3 del inventario, el cual discurre por Son Dameto hasta el Coll d'En Claret, sino que existen más alternativas que el Catálogo no recoge, considerándose como un defecto del mismo, especialmente la vía que discurre por Son Cabaspre, coincidiendo con el itinerario propuesto de contrario, estimando que éste también debía ser inventariado.
- La descripción efectuada por el Archiduque Luís Salvador es confusa, y prueba de ello es que la entidad actora ha presentado una declaración jurada.
- Que los caminos reales respondían a la finalidad de enlazar poblaciones, de forma rápida y procurando que llegase a centros de gestión económica, que en épocas antiguas recaían en les *Possessions*.
- Las evidencias de la existencia de un camino real entre Esporles y Valldemossa se centran más en el segundo municipio, ya que en Esporles no aparecen con claridad, pero según su criterio, el

camino discurría desde els Assecadors de Can Magre a las casas de Son Dameto y el Coll d'En Claret.

- Que el camino propuesto por el perito Sr. Villalonga (a instancias de la actora) comienza a la izquierda ("Sa Pleta"), en una senda que en realidad respondía a una servidumbre otorgada por los propietarios de Son Dameto, transcurriendo por Son Cabaspre. El originario "camino real" comienza en la bifurcación de esta servidumbre, a la derecha, dirigiéndose a las construcciones de Son Dameto.

- El itinerario por Son Simonet, Son Dameto, Son Cabaspre y Son Ferrandell es de mayor longitud que el camino inventariado como nº 3, además de atravesar una cota de altitud más alta (Coll de Son Ferrandell) que el Coll d'En Claret, con unos 400 metros más de longitud, resultando incongruente esta mayor longitud y altura con la comodidad que se predica de los caminos que unen poblaciones, tales como los caminos reales.

- En su opinión, el Cardenal Despuig ya documentó este camino real, al igual que el trazado inventariado responde a la descripción del trayecto realizada por el Archiduque Luis Salvador.

- Ha reconocido que, como excursionista, ha caminado por el camino propuesto de contrario, esto es, el que pasa por Son Cabaspre.

- En una obra suya, pertenecientes a las Jornades de Estudis Locals d'Esporles (aportado por la actora tras la demanda, folio 367 de las actuaciones), aseguró que el camino que unía Valldemossa con Esporles pasaba por Son Simonet, Son Dameto y Son Cabaspre.

Por parte del perito Sr. Villalonga, Licenciado en Historia (a instancias de la actora), y también a partir de la pericial judicial topográfica propuesta por la parte demandante (resultando insaculada la entidad ESTOP), se defiende que el Camino nº 3 no responde a un antiguo trazado que comunicaba vía terrestre las poblaciones de Esporles con Valldemossa, sino que ambos sostienen que el inventario ha recogido una formación artificial resultante de unir distintos tramos de sendas de servicio cuya ejecución fue sufragada por la propiedad de Son Dameto en distintas épocas, atendiendo tales senderos internos a facilitar a los trabajadores las labores del campo, así

como algunas de ellas se debieron a diferentes segregaciones de Son Dameto. No niegan la existencia de un camino real que uniese Esporles con Valldemossa, pero niegan que sea el incluido en el Catálogo nº 3, aseverando que el trazado es el señalado como propuesta en sus respectivos informes.

Los técnicos topógrafos (ESTOP) han asegurado en su declaración efectuada ante el juzgador *a quo* que no existe ningún camino que atravesase por entero Son Dameto, pero, de forma contraria, afirman han podido comprobar que sí existen numerosos vestigios de un camino importante que unía ambas poblaciones, el cual responde al trazado propuesto por la entidad actora: Son Simonet- Son Dameto- Son Cabaspre- Son Ferrandell. Y en cuanto a la mayor longitud y cota, han manifestado que se debe atender a la comodidad que otorga la menor pendiente del Coll de Ferrandell, respecto de la mayor inclinación que ofrece el Coll d'En Claret, resultando una distancia escasamente superior, de 200 metros, si se toma el Coll de Ferrandell. Han asegurado con rotundidad que la realidad física por ellos apreciada demuestra que había un camino que unía Son Simonet, Son Dameto y Son Cabaspre, para llegar a Valldemossa por Son Ferrandell, aseveración que resulta coherente con las manifestaciones ofrecidas tanto por el Sr. Villalonga como por el Sr. Rullán, acerca de la consideración de las posesiones como centros económicos.

Respecto de los abundantes soportes documentales y archivísticos ofrecidos por ambos litigantes, se debe destacar que en el Mapa del Cardenal Despuig y en el aportado por la actora que data del año 1869, aparece grafiado un camino que pasa por Son Cabaspre, y no que atraviesa Son Dameto. En cuanto a la narración efectuada por el Archiduque Luis Salvador respecto de una travesía efectuada desde Banyalbufar, ha quedado demostrado que su traducción admite diversas interpretaciones en los dos sentidos defendidos por la propiedad de Son Dameto y por el Ayuntamiento. El propio perito del Consistorio, Sr. Rullán, afirmó en un artículo doctrinal (y así lo reconoció en su declaración) que el camino "real" pasaba por Son Cabaspre, cuando ahora lo niega.

Por consiguiente, a partir de la prueba practicada, no resulta demostrada la existencia y trazado del Camino nº 3, ni tampoco su uso público ni inmemorial. Por ello, esta Sala considera que la inclusión en el Catálogo del camino citados no está justificada formal (motivada) ni materialmente (cumpliendo la acreditación del uso público inmemorial), no siendo conforme a

Derecho el acto impugnado, debiendo estimarse en parte el recurso de apelación y asimismo, debiendo estimarse parcialmente, el recurso contencioso-administrativo.

QUINTO. En aplicación del artículo 139.2 LJCA, procede imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso -lo que no es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

En la medida que el recurso de apelación ha sido estimado en parte, no procede efectuar condena en costas. Y al estimarse también en parte el recurso contencioso-administrativo, no procede imponer las costas en primera instancia.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

1º) ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la sociedad actora contra la Sentencia nº 2017/2020, de fecha 13 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma de Mallorca, la cual se revoca.

2º) ESTIMAR EN PARTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, al no ser conforme a Derecho la resolución administrativa impugnada, anulándola en cuanto a la inclusión del CAMINO Nº 3 en el Catálogo e inventario, en las cuestiones examinadas en el presente pleito.

3º) Sin imposición de las costas causadas en la apelación ni en primera instancia.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.



Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.