

Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal¹

1. Introducción.

1.1. El renovado interés por los caminos de uso público. 1.1.1. Los cambios sociales y económicos en marcha: la ciudad "difusa", la sensibilidad medioambiental y las nuevas formas de actividad turística. 1.1.2. La conexión de los caminos con varios derechos y principios constitucionales. 1.2. La falta de una regulación legal general en Cataluña y los problemas asociados. 1.2.1. Algunos ejemplos interesantes en la legislación autonómica. 1.2.2. Algunos ejemplos interesantes en el nivel local (el modelo de Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona, BOPB núm. 172, de 20 de julio de 2006, p. 13 y ss.). 1.3. Selección de los aspectos concretos que serán considerados.

2. El uso público de los caminos: la posibilidad de *ius in re aliena*.

2.1. La adquisición del derecho real de paso. 2.2. La defensa de la posesión pública del camino. En especial, la recuperación de oficio y los medios para acreditar la posesión pública: análisis de la jurisprudencia (entre otras, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 13 de febrero de 2006, ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso 6442/2003). 2.3. Recuperación de oficio y jurisdicción civil.

3. ¿Se puede restringir el uso de los caminos públicos? (Análisis de la obligación jurídica de motivar como componente del deber de buena administración: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 18 de noviembre de 2005, ponente Miguel Ángel Olarte Madero, recurso núm. 2075/2005, como referencia).

3.1. ¿Se debe indemnizar en caso de restricción? 3.2. ¿Se puede cobrar por el uso de un camino público?

4. Algunos aspectos de la relación entre la normativa de ordenación del territorio y urbanística y los caminos rurales de titularidad pública.

4.1. Planeamiento territorial y urbanístico. 4.2. Gestión urbanística: participación en el reparto de beneficios y cargas de la reparcelación.

Juli Ponce Solé

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. El origen del presente trabajo se encuentra en la ponencia desarrollada en el Seminario de Derecho Local 2006-2007, el día 20

de abril de 2007. Quiero agradecer, especialmente al señor Ferran Torres, la amable invitación.

1. Introducción

1.1. El renovado interés por los caminos de uso público

Los caminos de uso público y titularidad municipal no han atraído demasiado el interés de la doctrina jurídica en España, hasta el punto que el profesor Lorenzo Martín-Retortillo ha calificado a los caminos rurales como “la cenicienta del Derecho”.² Varios especialistas, no obstante, han destacado cómo el tema presenta un interés jurídico indudable y una alta conflictividad judicial, lo que ha hecho que, por lo menos últimamente, se les haya dedicado una mayor atención.³

1.1.1. Los cambios sociales y económicos en marcha: la ciudad “difusa”, la sensibilidad medioambiental y las nuevas formas de actividad turística

Esta creciente atención jurídica a los caminos tiene que ver también con un incremento de la importancia de su papel y de los riesgos que los amenazan y también afectan al medio natural. El crecimiento urbano en bajas densidades y de forma dispersa sobre el territorio (bien estudiado en el área metropolitana de Barcelona por el geógrafo Francesc Muñoz, que ha denominado gráficamente este fenómeno como *UrBANALización*)⁴ provoca tanto un peligro de pérdida de caminos existentes (por la nueva urbanización), como un acceso más fácil a los caminos que permanecen (dada la proximidad de las áreas urbanizadas) y, en consecuencia, más uso de éstos y más accesos al medio natural, con un incremento correlativo de los riesgos ambientales (señaladamente, incendios).

De igual manera, la creciente sensibilidad ambiental da lugar a un mayor interés en el acceso al medio natural (paseos a pie o en bicicleta, utilización de vehículos automóviles todo terreno...), que se ve, además, favorecido e impulsado por nuevas formas de actividad turística vinculadas al denominado *turismo interior o medioambiental*, en la búsqueda de un turismo de mayor calidad, al que, por cierto, alude repetidamente la Ley catalana 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña.

2. MARTÍN-RETORTILLO, L., “Tipología y clasificación de los caminos en el Derecho español”, *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, vol. 2, 1979, p. 102.

3. Excepciones a esta tradicional falta de interés desde el Derecho público son los recientes trabajos del profesor Domènec SIBINA TOMÁS, “Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público” (I y II), aparecidos en la revista *Cuadernos de Derecho Local*, números 2 y 3, correspondientes a junio y octubre de 2003, respectivamente, y la monografía de Juli PONCE SOLÉ *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*, publicada por la editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, cuya primera edición se encuentra ya agotada. En este último trabajo, precisamente, se puede encontrar la referencia hecha por varios

1.1.2. La conexión de los caminos con varios derechos y principios constitucionales

Estos factores sociales y económicos que reavivan el interés e importancia de los caminos deben ser conectados con perspectivas jurídicas generales que nos permitan captar la razón por la que los caminos son también importantes jurídicamente. Efectivamente, la utilización de los caminos de uso público y titularidad municipal, que son los que ahora nos interesan, están conectados con el ejercicio de varios derechos y principios constitucionales. Por una parte, con el artículo 19 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que alude a la libertad de circulación. Por otro lado, con el derecho al medio ambiente previsto en el artículo 45 de la CE, dado que para gozar de éste se debe, en ocasiones, poder llegar a determinados lugares. Finalmente, con el principio recogido en el artículo 43 de la CE, según el cual los poderes públicos “facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

1.2. La falta de una regulación legal general en Cataluña y los problemas asociados

Ahora bien, esta importancia social, económica y jurídica de los caminos no ha hecho que en el caso catalán se disponga de una norma con rango de ley sobre éstos, de carácter general, ni tan siquiera, más limitadamente, una norma legal sobre los caminos de cabaña, regulados, como es sabido, a escala estatal y con carácter básico, por la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias. Es cierto que existe una Ley, la 9/1995, de 27 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural, pero también lo es que esta ley no tiene la vocación de ser una regulación *general* que aborde todos los aspectos jurídicos conectados con los caminos.

La inexistencia de cobertura legal general puede presentar algunos problemas jurídicos en relación con la posible delimitación o limitación pública de los caminos de titularidad privada, aunque se pueden ver atenuados por la previsión que la legislación urbanística catalana hace a la posibilidad de existencia de ordenanzas de urbanización y edificación.⁵

autores al interés del tema (p. 11 y 12, con cita de opiniones de De la Vallina Velarde o de Sánchez Isaac).

4. Un comentario a la tesis doctoral de este autor, hecho por Horacio CAPEL, se puede encontrar en <http://www.ub.es/geocrit/b3w-528.htm> (última consulta efectuada, 30 de abril de 2007). Un extracto de la tesis doctoral de F. MUÑOZ, con el título *La producción residencial de baja densidad*, Diputación de Barcelona, 2005, se puede consultar en <http://www.diba.es/territori/fixxers/21elements.pdf> (última consulta efectuada, 30 de abril de 2007).

5. Véase ahora el artículo 69 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de urbanismo de Cataluña (en adelante, LUC).

En todo caso, parecería muy oportuno disponer en un futuro de una ley en Cataluña en materia de caminos, tanto por la importancia de la materia como por el hecho de asegurar, en todo caso, el cumplimiento de la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la CE, en conexión con el derecho de propiedad del artículo 33 de la CE.

Esta oportunidad se ve acompañada por la clara existencia de competencias catalanas sobre caminos en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 (en adelante, EAC), que prevé en varios preceptos la competencia exclusiva catalana en este punto. Efectivamente, aunque los caminos no se mencionan en el EAC, el artículo 116.1, letra g), otorga la competencia exclusiva a la Generalitat en materia de desarrollo integral y protección del mundo rural, dentro del artículo dedicado a agricultura, ganadería y aprovechamientos forestales. De igual manera, el artículo 140.5, letra a), otorga otra competencia exclusiva en materia de ordenación, planificación y gestión integrada de la red viaria. A estas competencias exclusivas hay que añadir las compartidas existentes en materias como vías pecuarias [artículo 116.2.b)] o medio ambiente (144, con la posibilidad de establecer normas adicionales).

1.2.1. Algunos ejemplos interesantes en la legislación autonómica

A la espera de esta posible y deseable Ley catalana de caminos, tenemos ya ejemplos estatales y autonómicos de regulaciones en este ámbito. En el ámbito estatal, aparte de la Ley de vías pecuarias de 1995 ya aludida, vale la pena hacer mención del Anteproyecto de la ley estatal de desarrollo sostenible del medio rural, cuyo artículo 22 menciona la mejora de la red viaria rural para garantizar condiciones de utilización y seguridad adecuadas, con el fin y efecto de conectar el medio rural entre sí y éste con las ciudades.⁶

Pero son las comunidades autónomas las que han impulsado más decididamente la regulación legal de

los caminos, mediante la aprobación de diferentes normas en materia de caminos de cabaña o con referencia a caminos concretos,⁷ así como leyes generales en materia de caminos, como es el caso de la Ley extremeña 13/2001, de 15 de octubre, de caminos.

1.2.2. Algunos ejemplos interesantes en el nivel local (el modelo de Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona, BOPB núm. 172, de 20 de julio de 2006, p. 13 y ss.)

A falta de regulación legal general en Cataluña, han sido sobre todo los entes locales los que han intentado establecer regulaciones sobre caminos, para hacer frente a los problemas que se encuentran cotidianamente en relación con la red de su titularidad. Aparte de las numerosas ordenanzas municipales existentes en Cataluña y fuera de Cataluña,⁸ a lo largo de este trabajo se hará referencia en varias ocasiones a una reciente Ordenanza municipal tipo de la comarca de Osona (BOPB núm. 172, de 20 de julio de 2006, p. 13 y ss.), por dos razones: por el hecho de tener una voluntad reguladora de todos los aspectos vinculados con los caminos de uso público y titularidad municipal y porque está adaptada a las innovaciones introducidas por la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas (en adelante, LPAP).

1.3. Selección de los aspectos concretos que serán considerados

En las páginas siguientes se repasarán algunas cuestiones jurídicas relacionadas con algunos caminos. Cabe precisar esta delimitación inicial, dado que no nos ocuparemos de todas las cuestiones jurídicas posibles relacionadas con los caminos, ni de todos los tipos de caminos, dado que sólo nos referiremos, insistimos, a los caminos de uso público y titularidad municipal.⁹ Por otro lado, el enfoque pretende ser eminente-

6. El texto del Anteproyecto se puede consultar en: <http://www.agrodigital.com/PIArtStd.asp?CodArt=50211> (última consulta efectuada, 30 de abril de 2007).

7. Sobre el desarrollo rural en general se pueden consultar los diferentes trabajos incluidos en el número 10 del QDL, de 2006, resultado de una jornada llevada a cabo en el año 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, organizada por esta Universidad y el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Catalunya.

8. Sobre caminos de cabaña, puede consultarse, por ejemplo, BENSUSAN MARTÍN, María del Pilar, *Las vías pecuarias*, Marcial Pons, 2003. Por lo que respecta a la regulación legal específica de concretos caminos, es destacable la Ley balear 13/2000, de 21 de diciembre, del camino de caballos de Menorca, al cual califica, por cierto, como servidumbre pública de tránsito.

9. Véanse los artículos de Domènec Sibina mencionados *supra* en la nota número 3.

9. Un análisis global se puede encontrar en PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, *op. cit.*

Una definición de camino de uso público y titularidad municipal se puede encontrar en la mencionada Ordenanza municipal tipo de la comarca de Osona, en su artículo 3:

"1. Tendrán la consideración de caminos rurales, al efecto de esta ordenanza, las vías de comunicación abiertas al uso común general que no formen parte de la red de carreteras por no reunir las características y requisitos legales y que son destinadas al tránsito de personas, vehículos o animales, cubriendo de forma prioritaria las necesidades de tránsito generadas en las áreas rurales, ya sea dando servicio a núcleos de población, a fincas rústicas, predios agrícolas, ganaderos o forestales, o permitiendo el acceso y disfrute del medio natural.

"2. Se entenderá que son caminos rurales de titularidad municipal aquellos en los que la competencia sobre su conservación y protección no esté atribuida por la legislación a ninguna otra Administración pública.

mente práctico –aunque eso no signifique que no se aborden importantes cuestiones dogmáticas, propias del Derecho público y privado–, por lo que se aludirá con frecuencia a la reciente jurisprudencia sobre los aspectos seleccionados.

2. El uso público de los caminos: la posibilidad de *ius in re aliena*

El punto de partida necesario debe ser el recordatorio de la posibilidad de existencia de derechos reales de titularidad pública en cosa ajena privada, los cuales forman parte del patrimonio de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 5 de la LPAP y, en la esfera local en Cataluña, el artículo 3.3 del Decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de los entes locales en Cataluña (en adelante, RBEL).

En consecuencia, no hace falta que un ayuntamiento sea titular del suelo por donde transcurre un camino para que éste sea un camino público, en el sentido de utilizado públicamente: es suficiente para la existencia de un camino público que exista un derecho de paso en favor del conjunto de los ciudadanos y ciudadanas, es decir, un derecho real limitado de paso.¹⁰ Ahora bien, ¿cuál sería exactamente la naturaleza jurídica de este derecho de paso?

De acuerdo con el Código Civil español (en adelante, CC), como es sabido, las servidumbres pueden ser legales o voluntarias. Entre las primeras (artículo 549 y ss. del CC) nos encontramos con ejemplos bien conocidos, como las servidumbres de tránsito establecidas por la legislación de costas. Entre las segundas, hay que distinguir un subtipo específico: las servidumbres personales, previstas en el artículo 531 del CC. Pues bien, varias opiniones especializadas han considerado los derechos de paso sobre propiedades privadas –que ofrecen la infraestructura jurídica por la existencia de caminos públicos– como servidumbres personales.

Ahora bien, hay que analizar la cuestión también en el marco de los diferentes derechos forales y, por lo que interesa específicamente ahora, del

Derecho civil catalán. En el marco de éste, parece que estos derechos de paso podrían ser calificados ahora de derechos de aprovechamiento parcial, de acuerdo con el artículo 563 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro V del Código Civil catalán, relativo a los derechos reales.¹¹ Sobre todo teniendo en cuenta que, como señala el preámbulo de esta ley (apartado III), “La regulación de los derechos de aprovechamiento parcial, auténtico cajón de sastre de aprovechamientos diversos que pueden ser útiles para promover la conservación de los bosques y de los espacios naturales mediante una explotación racional, agrupa las antiguas servidumbres personales”.

2.1. La adquisición del derecho real de paso

Este derecho real limitado de paso que fundamenta jurídicamente la existencia de un camino de uso público, ¿cómo se adquiere? No es el objetivo de este trabajo repasar todas las formas de adquisición de los derechos y bienes que forman parte del patrimonio de las administraciones públicas (artículo 15 y ss. de la LPAP, 29 del RBEL). A los efectos pragmáticos y problemáticos que aquí nos interesan elegiré solamente entre los modos de adquisición a título oneroso la expropiación y el contrato; no consideraré la adquisición a título gratuito; y finalmente haré mención a la usucapión.

–Por lo que respecta a la expropiación, me permito remitirme aquí a lo que se explicará *infra*, al hablar de urbanismo y caminos.

–En cuanto a la adquisición de los derechos reales limitados de paso sobre finca ajena por contrato, hay que tener en cuenta aquí los artículos 19, 110 y 115 de la LPAP, que remiten a la legislación local (en Cataluña, artículo 30.1 del RBEL), que a su vez remite a la legislación de contratos de las administraciones públicas. Por lo tanto, de acuerdo con el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (en adelante, LCAP), este tipo de contratos serían contratos administrati-

³ La existencia de caminos rurales de titularidad municipal implica su posesión pública, entendida como aquella situación de hecho, continua y durable, que supone la tenencia de los caminos por parte del Ayuntamiento y su disfrute por los ciudadanos y las ciudadanas. Los municipios podrán ostentar un derecho de propiedad o un derecho real sobre el suelo por el que transcurren los caminos.”

¹⁰ Con más detalle, PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, *op. cit.*, p. 69 y ss.

¹¹ Artículo 563.1.

“Concepto y régimen jurídico

“Los derechos de aprovechamiento parcial establecidos con carácter real a favor de una persona sobre una finca ajena con inde-

pendencia de toda relación entre fincas, que incluyen el de gestionar y obtener sus aprovechamientos forestales a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar su fauna y ecosistema, el de pacer ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios, el de lonja, el de balcón y otros parecidos, se rigen por las normas de este capítulo, y en lo que no se opongan, por su título de constitución, por la costumbre y por las normas que regulan el derecho de usufructo, en lo que sea compatible con ello.”

vos especiales [artículo 5.2.b) de la LCAP], por “resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante” y por “satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”.¹² Contrato que se regiría por el régimen jurídico previsto en el artículo 7.1, es decir, por sus normas con carácter preferente, en primer lugar, la LCAP, el resto de disposiciones de Derecho Administrativo y, finalmente, por las normas de Derecho privado.¹³

El propio Síndic de Greuges catalán ha dado noticia en sus informes en el Parlament de la constitución pactada de derechos de paso públicos sobre finca privada para resolver extrajudicialmente litigios existentes entre ayuntamientos catalanes y propietarios privados en relación con caminos, por lo que es un supuesto que se puede dar frecuentemente en la práctica.¹⁴

–Finalmente, en relación con la usucapión, hay que señalar varios aspectos relevantes.¹⁵ En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Código Civil, el derecho de paso público sería una servidumbre personal, como hemos dicho, discontinua y por lo tanto no usucapible, de acuerdo con el propio Código Civil y la jurisprudencia del orden civil. Con una excepción: que la posesión del camino, es decir, el paso de la colectividad por el terreno privado, tenga carácter inmemorial, de acuerdo con la disposición transitoria primera del CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (por ejemplo, STS de 11 de julio de 1989).¹⁶ Volveremos sobre este punto cuando hablemos de la recuperación de oficio de este tipo de caminos.

Ahora bien, si analizamos los derechos forales, y por lo que ahora interesa, el Derecho civil catalán, debemos tener en cuenta que las servidumbres

eran usucapibles hasta la derogación de la Ley 13/1990, de 9 de julio, realizada por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, incorporada ahora, con pequeños retoques, en el Código Civil catalán, que prohíbe la usucapión de las servidumbres (artículo 566.2). Y si aceptásemos la calificación de estos derechos reales como derechos de aprovechamiento parcial (artículo 563 del Código Civil catalán), parece que tampoco serían usucapibles, dado que el artículo 563.2 pide su constitución necesariamente por escrito.¹⁷

2.2. La defensa de la posesión pública del camino. En especial, la recuperación de oficio y los medios para acreditar la posesión pública: análisis de la jurisprudencia (entre otras, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 13 de febrero de 2006, ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso 6442/2003)

Ahora bien, que no sea más posible, de cara al futuro, la usucapión no impide que existan caminos de uso público desde tiempo inmemorial, que, por este motivo, hayan estado usucapidos en el pasado por los ayuntamientos. Y son estos caminos, precisamente, los que pueden presentar más conflictos por lo que respecta a su uso público ante usurpaciones privadas (cierre con cadenas, desvío del camino, etc.). En este punto, la intervención administrativa pasa a ser fundamental, con la finalidad, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 11, en relación con el dominio público en general, en conexión con el artículo 132 de la Constitución española, de asegurar una ordenación *racional y socialmente aceptable* de su uso y disfrute.

Es por eso que vale la pena detenerse brevemente en el análisis de los requisitos jurídicos necesarios

12. Se debe tener en cuenta la competencia de los ayuntamientos sobre un conjunto de materias conectadas a los caminos (e, incluso, sobre la conservación de caminos y vías rurales) de conformidad con el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, el artículo 63.3 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley municipal y de régimen local de Cataluña y, ahora, el artículo 84 del EAC.

13. Desde esta perspectiva, la calificación como derechos de aprovechamiento parcial del nuevo Código Civil de Cataluña de los derechos reales limitados de paso sobre finca privada no deja de tener consecuencias jurídicas. En efecto, a falta de consignación en el pliego de cláusulas administrativas particulares del alcance de las prórrogas (como es obligado, artículo 8 de la LCAP) debería aplicarse supletoriamente el resto de las normas del ordenamiento jurídico, hasta llegar al artículo 563.2 del Código Civil catalán, a excepción de plazo diferente pactado, sin que *en ningún caso* se pueda superar en su duración los noventa y nueve años.

14. Véase su informe al Parlamento de Cataluña de 1990, libro segundo, p. 394 y ss., con descripción de los hechos concretos y transcripción del acuerdo firmado entre un ayuntamiento catalán y el señor A. C. gracias a la mediación del Síndic.

15. Con más detalle, véase PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, *op. cit.*, p. 126 y ss.

16. Salvo mención expresa, las sentencias citadas lo serán del orden contencioso-administrativo. Cuando se citen sentencias del orden civil se hará constar expresamente.

17. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/2001 no es posible usucapir derechos reales de paso (considerados como servidumbres) en Cataluña; desde la entrada en vigor de la Ley 5/2006 no es posible usucapir los denominados *derechos de aprovechamiento parcial* (que vienen a sustituir las servidumbres personales). En todo caso, estas normas no afectan a los derechos reales de paso constituidos antes de su entrada en vigor. En concreto, la disposición transitoria dieciseisava de la Ley 5/2006 señala que las servidumbres constituidas antes de su entrada en vigor se rigen por el mismo solamente desde su entrada en vigor.

para *recuperar de oficio* el uso de estos caminos, de acuerdo con la jurisprudencia existente.¹⁸

Por lo que respecta a la viabilidad de una acción administrativa para la *recuperación de oficio* del uso público de caminos de este tipo usurpados –en casos como el que nos ocupa, en los que no consta ni ha sido reconocida para los particulares la demanialidad del bien, dado que se trata de caminos de uso inmemorial, y sin acto de afectación expresa o título documental de la titularidad– se exige por la jurisprudencia varios requisitos. En concreto, la acreditación de: 1) una posesión pública anterior, y 2) la existencia de usurpación reciente (artículo 71.2 del RBEL). Sin, no obstante, que la Administración local haya de acreditar en sede jurisdiccional contencioso-administrativa la plena titularidad demanial de este bien (por todas, STS de 3 de marzo de 2004, ponente Fernández Montalvo).

También se exige una completa identidad entre lo que era poseído por la corporación y lo que ha sido usurpado por el particular, siendo necesario el deslindamiento previo en caso de confusión de límites. Así lo recuerda el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2002 (ponente Xiol Ríos), que reproduce numerosa jurisprudencia anterior, en un caso donde la anchura del camino fue modificada por un particular:

“Esta sala tiene declarado que, para que proceda la recuperación de oficio, debe existir una completa identidad entre lo poseído por la corporación y lo usurpado por el particular.”

La sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 2001, insiste en cuanto a que los bienes usurpados debían estar afectos a un estado de pública posesión cuando el desposeimiento se produjo, entendida esta posesión como la utilización para una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica (como mínimo esporádica o puntualmente, como menciona la ya antigua STS de 8 de julio de 1983), o bien por la actividad de conservación y mantenimiento del camino por la corporación (que no es nuestro caso) o bien finalmente por lo que denomina como “otras circunstancias análogas”.

La prueba de la posesión pública debe ser documentada en el expediente, con *indicios* suficientes de

ésta, cuando la usurpación no es reciente (STS de 25 de febrero de 2003, ponente Martí García). Como señala, entre otros, la reciente, STS de 13 de febrero de 2006 (ponente Picó Lorenzo) “acreditación por prueba indiciaria, pero incontrovertible, de la posesión administrativa del bien, pues, en caso contrario, para recuperar la posesión habrá que impetrar el amparo ordinario de los tribunales de justicia. No es preciso, pues, que la pérdida del bien hubiera tenido lugar en tiempos inmediatos al ejercicio de la acción”.¹⁹

Como medios de prueba de esta posesión pública se recoge por nuestra jurisprudencia, entre otros, los siguientes:

–Constancia catastral del camino como público (STS de 25 de febrero de 2003, o STS de 23 de abril de 2001; STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002). La STS de 23 de abril de 2001 señala que de los planos del Catastro se desprende que el camino cruza varias fincas y varios municipios, y está en conexión con otros caminos de uso público.

–Información testifical (no suficiente, pero sí complementaria: STS de 25 de febrero de 2003, STS de 23 de abril de 2001, o STS de 8 de julio de 1983; por la selección de los testigos se debe tener en cuenta el poco valor que se le da a la declaración de los propios funcionarios del ayuntamiento o de personas jóvenes.

–Fotografías (STS de 25 de febrero de 2003; STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002).

–Planos o cartografía variada: STS de 20 de octubre de 1999; STS de 8 de julio de 1983).

–Planeamiento urbanístico: STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2004.

–Constancia escrita de la voluntad del ente público de hacer obras en la vía litigiosa: STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2004.

–Umbral del Registro de la Propiedad: STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002.

–Bibliografía: STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002.

–Camino a centro religioso: STSJ de las Islas Baleares, de 14 de diciembre de 2001.²⁰

El desposeimiento también debe estar documentado en el expediente administrativo, aceptando la ju-

18. Quiero agradecer la colaboración de la abogada Sra. Amaya Orio Sallent en el análisis jurisprudencial que aquí se incluye.

19. STS de 11 de julio de 2001 (ponente Soto Vázquez): “es absolutamente preciso que el previo uso público y detentación posesoria por parte del Ayuntamiento recurrente haya quedado establecido de modo medianamente convincente, sin necesidad de complicados juicios valorativos, bien porque conste la utilización con ese carácter por una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica, bien a través de una actividad de conservación y cuidado del camino por parte del ente público, bien por cualquier otra circunstancia análoga.”

20. El artículo 4 de la mencionada Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona incluye una lista (*numerus apertus*) de instrumentos que “permiten acreditar tanto la posesión pública de un camino, como la existencia de un derecho de propiedad o un derecho real de uso sobre el suelo por el que transcurren los caminos, así como los límites físicos, la configuración o la antigüedad; todos aquellos medios de prueba admitidos en Derecho y muy especialmente los siguientes que se enumeran con carácter meramente enunciativo”, incluyéndose a continuación diferentes posibles medios, de conformidad con la jurisprudencia a la que estamos aludiendo.

risprudencia, entre otros, informes de investigación de la policía local, el mismo reconocimiento del propio interesado, o bien el reconocimiento gubernativo. Cualquiera otro medio de prueba sería válido, como fotografías, una acta notarial, etcétera.

El hecho de que el expediente se inicie diez años más tarde del cierre de los caminos con vallas y candados no es relevante para el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 3 de marzo de 2004.

Todos estos medios de prueba deben incorporarse al expediente administrativo de recuperación de oficio, cumpliéndose así con la necesidad de fundamentación del acto de recuperación de oficio, de acuerdo analógicamente con lo previsto en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, en conexión con el artículo 9.3 de la Constitución (principio de interdicción de la arbitrariedad).

2.3. Recuperación de oficio y jurisdicción civil

En los casos aquí mencionados, cuando la Administración no tiene título o documento que acredite la titularidad pública del camino, su afectación al uso público lo sería para su uso público desde tiempos inmemoriales. Es por eso que hay que recordar que para reivindicar la *titularidad del bien en la jurisdicción civil*, se debería iniciar un *procedimiento declarativo ordinario* en el que se analizaría el posible carácter de dominio público del camino por naturaleza, además del examen del historial registral del bien, de la naturaleza de su construcción, su uso inmemorial por la generalidad de los vecinos, su finalidad como vía de comunicación de pueblos entre sí o con otras vías públicas (vía única o principal), quién se ha ocupado de su mantenimiento, etc., y muy especialmente su uso público como finalidad última del bien. En cualquier caso, como mínimo se debería acreditar su adquisición por usucapión, es decir, por su posesión a título de propietario, pública, pacífica e ininterrumpida, por un plazo mínimo de treinta años.

Eso nos lleva a señalar que los hechos que se deben probar por la declaración de la titularidad pública del camino son la posesión pública del camino, al igual que en la recuperación de oficio del camino, y, además, el mantenimiento de la posesión durante un mínimo de años suficientes, con las características ya apuntadas, para su adquisición por usucapión, lo que parece hacer más compleja esta acción civil como alternativa a la recuperación de la posesión.

21. Véase con más detalle, PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, op. cit., p. 135 y ss.

22. Sobre los principios de buena administración en el ámbito del dominio público, puede consultarse PONCE SOLÉ, J., "Cesión y permuta de bienes y derechos", en Chinchilla, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del patrimonio de las administraciones públicas*, Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 685 y ss., teniendo en cuenta los artículos 111 y 187, entre otros, de la LPAP.

3. ¿Se puede restringir el uso de los caminos públicos? (Análisis de la obligación jurídica de motivar como componente del deber de buena administración: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 18 de noviembre de 2005, ponente Miguel Ángel Olarte Madero, recurso núm. 2075/2005, como referencia)

Otra cuestión que consideraremos en este análisis es la posibilidad por parte de los ayuntamientos de restringir el uso, especialmente el uso común general, de los caminos de uso público.²¹

El uso común general de los caminos se configura jurídicamente como un derecho subjetivo, típico o activo, otorgado por la normativa vigente, el cual genera obligaciones jurídicas a la Administración titular (así, STS de 21 de noviembre de 1981, Sala de lo Contencioso-Administrativo, o STS de 7 de octubre de 1982, Sala de lo Civil).

Ahora bien, este uso es limitable o incluso prohibible, también de acuerdo con la normativa vigente. La limitación, sin embargo, debe venir permitida en una norma con rango de ley (artículo 53.1 de la CE, en conexión con el artículo 19 de la CE), lo que no excluye la existencia de remisiones (no en blanco) a reglamentos, ordenanzas locales o planes (por ejemplo, urbanísticos). Esta norma previa puede limitar o prohibir el uso directamente o abrir espacios de valoración administrativa para decidir cuándo y cómo hacerlo, ya sea mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados valorativos o atribuyendo discrecionalidad. Un supuesto en este sentido en el ámbito de los caminos en Cataluña viene dado por la ya mencionada Ley 9/1995, de 27 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural (artículo 8 y ss.), desarrollada por el Decreto 166/1998, de 8 de julio.

Cuando la normativa otorga ámbitos valorativos a los entes locales para la limitación o prohibición del uso común general de los caminos, es necesario que estos efectúen una previa y cuidadosa ponderación de las concretas circunstancias que lo puedan exigir (por todas, STS de 21 de noviembre de 1981), y es fundamental aquí el juego del *deber de buena administración* y del *principio de proporcionalidad*.²²

En este sentido, es destacable la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de noviembre de 2006. Aunque no recaída en relación con un camino sino con respecto a una carretera, esta

decisión judicial es interesante, cuando menos, analógicamente, dado que niega la existencia de un “derecho absoluto del particular para acceder a las carreteras y sí una discrecionalidad de la Administración”, la cual permite “atribuir a la Administración un margen de discrecionalidad para que en cada caso pueda determinar lo que es más conveniente para el mejor tránsito de la vía”, pero no autoriza a adoptar cualquier decisión de cualquier manera:

“El deber de motivación de los actos administrativos que establece el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que se enmarca en el deber de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que impone el artículo 103 de la Constitución, se traduce en la exigencia de que los actos administrativos contengan una referencia precisa y concreta de los hechos y de los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita conocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando su control por la tribunales de lo contencioso-administrativo.

“El deber de la Administración de motivar sus decisiones es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de las arbitrariedades de los poderes públicos que se garantizan en el artículo 9.3 de la Constitución; y puede considerarse como una exigencia constitucional que se deriva del artículo 103 al consagrar el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004.

“El deber de motivación de las administraciones públicas debe enmarcarse en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de moti-

var sus decisiones, que se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su artículo II, 101.2.c).”

La competencia para limitar o prohibir el uso común general de un camino de uso público la tiene el ente titular del camino (sea del derecho de propiedad o del derecho real de paso), ejerciendo entonces funciones propias de *policía demanial de conservación*. También la pueden tener otras administraciones, de acuerdo con la normativa, ejerciendo éstas entonces tareas propias de la *policía general* (tráfico, medio ambiente, etcétera).

3.1. ¿Se debe indemnizar en caso de restricción?

Si se decide, en uso de la potestad atribuida normativamente, limitar o prohibir el uso común general de un camino, surge inmediatamente la cuestión de si es preciso indemnizar a los particulares afectados por esta medida. La respuesta debe ser negativa: las restricciones son limitaciones del derecho, por lo tanto no indemnizables, mientras que las prohibiciones no constituyen privaciones singulares, dado que se trata de interdicciones de carácter general, en razón de determinadas circunstancias (por ejemplo, peligro de incendio), las cuales afectan al conjunto de los ciudadanos. No se puede hablar, pues, de expropiación del derecho a usar el camino (STS de 15 de junio de 1995, sobre paso de un lado a otro de un río).

3.2. ¿Se puede cobrar por el uso de un camino público?

Ahora bien, una manera, si se quiere indirecta, de restringir el uso de un camino puede venir dada por la exigencia por parte de la Administración titular de prestaciones pecuniarias en contrapartida por su uso.

En el caso del uso común general de los caminos, el juego del principio de gratuidad previsto legalmente, así como el silencio de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales (en adelante, LHL), nos lleva a concluir que no es posible gravar con una tasa el uso común general de los bienes y derechos de dominio público y, por lo tanto, de los caminos de uso público.²³

23. No se trata de un supuesto de ciencia ficción. La Asociación de Entidades Locales de Montaña del Pirineo (AMPI) ha estudiado la posibilidad de implantar una tasa de acceso a los bosques de titularidad municipal, al efecto de poder atender los gastos generados por los servicios de limpieza, mantenimiento y conservación en estos bosques. La AMPI ha estimado que esta tasa podría generar entre 4.500.000 y 12.000.000 (aproximadamente) de euros, partiendo de un movimiento anual de entre 1,5 y 2 millones de personas que se desplazan a los espacios forestales públicos y de un precio del título-

lo habilitante para el acceso anual de entre 30 y 6 euros. Véase una explicación de este planteamiento en los informes al Parlament del Síndic de Greuges de 1997 (p. 196 y 197) y de 1998 (p. 161 y ss.).

24. Y será posible reconducir hacia supuestos de uso común especial muchos de los supuestos que preocupan a los ayuntamientos. En este sentido, y a modo de ejemplo, véase el artículo 16 de la Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona:

“Artículo 16. Uso común especial

Por lo que respecta al uso común especial o privativo, la situación es diferente.²⁴

Efectivamente, la LHL permite el cobro de una tasa mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales (artículo 20 de la LHL, que incluye una lista abierta sobre posibles supuestos gravables) y de acuerdo con los criterios de cuantificación ofrecidos por la propia LHL (artículo 24).

Ahora bien, la aprobación de la LPAP ha incidido en esta cuestión, con una previsión que hay que tener en cuenta. Efectivamente, en sus artículos 92.5 y 93.4 se señala que los usos especial o privativo no serán incurso a tasa cuando no exista aprovechamiento económico derivado de los mismos por el autorizado o el concesionario o, produciéndose este aprovechamiento, existan ya contraprestaciones o condiciones derivadas del uso que lo anulen o lo hagan irrelevante.²⁵

4. Algunos aspectos de la relación entre la normativa de ordenación del territorio y urbanística y los caminos rurales de titularidad pública

Finalmente, para concluir este análisis, vale la pena hacer referencia a los caminos de uso público y titularidad municipal desde su vertiente urbanística.

4.1. Planeamiento territorial y urbanístico

En este punto, cabe decir que los planes de ordenación del territorio previstos en la legislación vigente (en Cataluña, Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial) pueden incluir normas, directrices

o recomendaciones relacionadas con los caminos.

Esta posibilidad ya encuentra una plasmación concreta en el artículo 2.17 de la normativa del Plan Territorial Parcial del Alto Pirineo y Arán, aprobado por el Acuerdo de Gobierno de 25 de junio de 2006 (DOGC de 7 de septiembre de 2006, núm. 7864). Este precepto señala como una de las recomendaciones complementarias para alcanzar una mejor planificación y gestión de los espacios abiertos²⁶ “una normativa específica y un plan de caminos que clarifique la titularidad y gestión de los diferentes tipos de camino”, así como “un plan de vías pecuarias que garantice su recuperación y conservación patrimonial y regule su multifuncionalidad”.²⁷

De igual modo, cabría pensar, de acuerdo con esta normativa legal mencionada, en la existencia futura de un *Plan Territorial Sectorial de Caminos*, en la línea de otros planes (por ejemplo, carreteras) ya existentes o que se anuncian.

Desde la perspectiva específica del urbanismo, hay que tener presentes varios aspectos sobre los caminos de uso público y titularidad municipal.

En primer lugar, la calificación urbanística que les debe corresponder en el planeamiento urbanístico tiene que ser la de sistemas de comunicaciones (artículo 34.4 de la LUC).

En segundo lugar, la LUC, dentro de su regulación del suelo no urbanizable, contiene una referencia específica a los caminos. Efectivamente, para actuaciones urbanísticas específicas de interés público como infraestructuras de accesibilidad [artículo 47.4.c) de la LUC] consistentes en la apertura o recuperación

¹ Es uso común especial del camino:

“a) aquel que utilizando el camino de acuerdo con su naturaleza sin excluir su uso por parte de todos no está incluido en el artículo anterior y

“b) el que a pesar de estar incluido reúne circunstancias de peligrosidad, intensidad de uso o otras similares.

“2. Se considerará como uso común especial el tráfico intenso de vehículos generado como consecuencia de actividades que por sus características provocan su intensidad de uso.

“A estos efectos, y con carácter enunciativo y no exhaustivo, se entenderá como tráfico intenso:

“a) La utilización para actividades de transporte de una única actividad o explotación, que comporte un uso sistemático y continuo del camino con intervalos e intensidades de uso relevantes para la conservación del camino.

“b) El que se deriva de actividades industriales.

“c) El que se deriva de la ejecución de una obra pública de carácter supralocal.

“d) El que se deriva de explotaciones mineras.

“e) El que se deriva del transporte a vertederos o plantas de reciclaje o compostaje.

“3. Se considera, en todo caso, como uso común especial:

“a) el paso de maquinaria de construcción y maquinaria pesada;

“b) la circulación con cadenas por la nieve, cuando las condiciones del vehículo puedan deteriorar el pavimento del camino;

“c) las carreras y pruebas deportivas;

“d) la circulación motorizada en grupo organizada;

“e) las actividades turísticas a motor organizadas en grupo;

“f) la circulación de vehículos con materiales calificados como peligrosos, molestos o insalubres;

“g) la instalación de vallas y pasos de ganado.

“4. Tendrá la consideración de un uso común especial las ocupaciones temporales cuando resulten imprescindibles para trabajos, obras o servicios que no permitan solución alternativa y se deberá garantizar la circulación por el camino o, en su caso, ejecutar el desvío del mismo a cargo del solicitante.”

25. Véase el artículo 23.3 de la Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona, que incorpora ya esta previsión legal.

26. El artículo 2.1 define el sistema de espacios abiertos como “todo el suelo calificado como no urbanizable por el planeamiento urbanístico en el momento de redacción del Plan”.

27. El artículo 1.8 del Plan señala que el Plan “hace varias recomendaciones que considera pertinentes para un desarrollo positivo del territorio, pero que entiende sometidas a las valoraciones de oportunidad o conveniencia que la administración competente pueda efectuar en el momento de la actuación, con el bien entendido que se deberá, cuando se dé el caso, justificar en el proyecto técnico correspondiente los motivos por los que no se siguen las recomendaciones del Plan”.

de caminos, salvo proyecto de actuación de acuerdo con la “legislación sectorial”, será necesaria, de acuerdo con el artículo 49 de la LUC, la existencia de un plan especial o proyecto.

Por otro lado, como es sabido, la LUC somete expresamente a licencia urbanística previa la apertura, pavimentación o modificación de caminos [artículo 179.k) de la LUC].

4.2. Gestión urbanística: participación en el reparto de beneficios y cargas de la reparcelación

Finalmente, por lo que respecta a la gestión urbanística, queremos hacer mención a dos cuestiones referidas a los caminos públicos: por una parte, dentro del sistema de expropiación y, por otra, dentro del sistema de reparcelación.

En relación con el sistema de expropiación, hay que recordar que existe una presunción legal *iuris tantum* de la titularidad municipal de los caminos, de acuerdo con el artículo 147.2 de la LUC (ya prevista en el artículo 210 del Decreto legislativo estatal 1/1992).

Por otro lado, era tradicional en el ordenamiento jurídico urbanístico la referencia legal a la posibilidad de imponer servidumbres para constituir caminos en ejecución de un plan o proyecto de obra, si no era necesaria la expropiación del dominio y a falta de convenio con el propietario (expresión del principio de proporcionalidad), siempre que la indemnización a abonar por la imposición de la servidumbre no fuera superior a la mitad del importe que correspondería abonar por expropiación, ya que en caso contrario había que hacer uso de esta última potestad (expresión del principio de eficiencia, artículo 31.2 de la CE). Este aspecto antes era objeto de regulación en el artículo 102 del Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, actualmente derogado por la LUC, que no ha previsto una norma similar,²⁸ lo que obligaría ahora a integrar la legislación vigente de urbanismo en Cataluña con el artículo 68 del Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido sobre régimen del suelo y ordenación urbana, o a extraer similares conclusiones por la vía de la aplicación de los principios constitucionales de buena administración, de proporcionalidad y de eficiencia ya mencionados.

28. Téngase en cuenta el artículo 5.4 de la Ordenanza tipo de Osona, que regula expresamente esta cuestión ahora, siguiendo la regulación del texto de 1976.

29. Entendiendo que se produce variación cuando se establecen más usos urbanísticos, aparte de la afectación existente. Y entendiendo que los usos urbanísticos son referidos tanto a zonas como a sistemas.

30. Es decir, si la superficie de estos terrenos de dominio público incluidos en un polígono de actuación es superior a la que determi-

Finalmente, y por lo que respecta al sistema de reparcelación, hay que abordar si los ayuntamientos pueden tener aprovechamiento por los caminos de su titularidad, lo que se debe conectar con el cálculo del aprovechamiento medio a que hace referencia el artículo 36.2 *in fine* del Reglamento que desarrolla ahora la LUC (Decreto 305/2006, de 18 de julio, en adelante, RLUC), dado que si no si no tuviéramos aprovechamiento, su superficie no se integraría en el cálculo de este aprovechamiento medio.

El artículo 135 del RLUC distingue diferentes supuestos:

–En el caso de las vías pecuarias y otros bienes de dominio público declarados por ley, éstos no participan si no existe variación en el planeamiento a ejecutar.²⁹

–En el caso del dominio público marítimo-terrestre, por ejemplo las servidumbres de paso de la legislación de costas, los caminos no participan en el reparto de cargas y beneficios.

–En el resto de los casos, es decir, por lo que ahora interesa, en el caso de todos los otros caminos, el Reglamento se remite al artículo 120.4 y 5 de la LUC. Estos preceptos establecen que sólo participarán si son adquiridos a título oneroso o cesión gratuita no urbanística (no, pues, si lo son por cesión urbanística, salvo en el caso previsto en el artículo 120.5).³⁰

Lluch Corel señala que “la consecuencia práctica de esta regulación es el establecimiento de una auténtica presunción de que los bienes de dominio público existentes en una unidad generan aprovechamiento a favor de la Administración titular. Esto es especialmente importante respecto de los caminos públicos y los viales respecto de los que no conste el título de adquisición, caso realmente frecuente”.³¹ ■

na el plan urbanístico para la cesión gratuita y obligatoria con destino a dominio público, la Administración titular se integra con este exceso en la comunidad de reparcelación.

31. LLUCH COREL, A., “Bienes de dominio público y reparcelación”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, octubre-noviembre de 2003, p. 69.