

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00042/2015

JUICIO ORDINARIO 502/2011

SENTENCIA 42/2015

En Palma de Mallorca, a 4 de mayo de dos mil quince.

Magistrado-Juez: Doña Martina Mora Torrens

Demandante: AJUNTAMENT DE BANYALBUFAR

Abogado: Don Josep Massot Tejedor

Procurador: Don Francisco Barceló Obrador

Demandados: PARTERO S.L., COCODORY S.L., SAN BARTOMEU S.A., D^a LOLA XIMENA ECHEVARRIA OBREGON, D. SIMON CUMMINGS ROOSEVELT, S'ARBOSSAR INVESTMENT S.L. (en rebeldía), WJ WALKER LIMITED (en rebeldía), TALAIES HOLDING S.L. (en rebeldía), CONSTANTIN y PHILIPP GRAF y ALEXANDER VON BERNSTORFF, HEREDEROS DE MARIA BAUZA QUIIJADA (en rebeldía), D. JUAN y D. RAFAEL (en rebeldía) BERGAS MAS, HEREDEROS DE LORENZO SASTRE OLIVER (en rebeldía), GALLIOT 2.000 S.L., ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, COMUNIDAD AUTONOMA DE LES ILLES BALEARS, PROPIETARIOS DESCONOCIDOS DE LAS PARCELAS 237, 238, 239 y 241 del polígono 1 de Banyalbufar (en rebeldía).

Procurador: D^a Sara Truyols, D^a Concepción Zaforteza Guasp, D^a Isabel Muñoz, D^a Isabel Muñoz, D. Francisco Arbona Casasnovas, D. Juan Reinoso Ramis, D^a Ana María Vicens.

Abogado: Don Juan Vivern, D. Bartolomé Clar, D. Jacobo Rodríguez Miranda (sustituido en juicio por D^a Rebeca Martín), D. Daniel Juan Riera, D. Fernando Tapia, D. Ernesto Mestre, Abogacía del Estado, Abogacía de la Comunitat Autònoma.

Objeto del juicio: Demanda en ejercicio de acción reivindicatoria de caminos y de declaración de uso público de caminos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Don Francisco Barceló Obrador, Procurador de los Tribunales, obrando en nombre y representación del Ajuntament de Banyalbufar, presentó el día 6 de mayo

de 2011 demanda de juicio ordinario en reclamación de que se declare la demanialidad de los caminos que se describen en la demanda así como la recuperación posesoria de otro tramo de los citados caminos y otras pretensiones, demanda que dirige contra las siguientes personas y entidades en su condición de propietarios o tenedores de las fincas atravesadas por los caminos en disputa:

- “Partero S.L. Unipersonal” en su condición de propietaria de la finca conocida como “Es Rafal”, finca registral 679-N que se corresponde con la parcela 163 del polígono 1;
- “Cocodory S.L.” en su condición de propietaria de una parcela procedente de la finca S´Arbossar, finca registral 1300 que se corresponde con la parcela catastral 159 del polígono 3;
- D^a Lola Ximena Echevarría Obregón y D. Simon Cummings Roosevelt en su condición de propietarios de una parcela procedente de la finca S´Arbossar, parcela catastral 158 del polígono 3;
- “San Bartomeu S.A.” en su condición de propietaria de una parcela procedente de la finca S´Arbossar, finca registral nº 43, parcela catastral 156 del polígono 1; aparece también como titular de las parcelas 253 y 255 del polígono 1 y nº 117 del polígono 3;
- “S´Arbossar Investment S.L.” en su condición de propietario de una parcela procedente de la finca S´Arbossar, finca registral 1.298 de Banyalbufar, parcela catastral no identificada en la demanda;
- “WJ. Walker Limited” en su condición de propietario de una parcela procedente de la finca S´Arbossar, parcela 155 del polígono 1;
- “Talaies Holdings S.L.” en su condición de propietario de una parcela procedente de la finca S´Arbossar, parcela 254 del polígono 1, siendo titular catastral D. Clemen Jensen Niels, administrador solidario de la entidad;
- D. Constantin Christian Graf Von Bernstorff, D. Philipp Domenic Graf Von Bernstorff y D^a Alexandra María Dr. Graefin Von Bernstorff, en su condición de propietarios de una parcela procedente de la finca S´Arbossar, parcela 160 del polígono 3;
- Herederos de María Mulet Tomás, demandada respecto de la cual se desistió con posterioridad al resultar dudosa de la documentación obrante en autos la propiedad de las parcelas 237, 238, 239 y 241 del Polígono 1 y parcela 106 del polígono 3 de Banyalbufar, siendo la demanda ampliada contra quienes resulten ser propietarios de dichas fincas;
- Herederos desconocidos de D^a María Bauzá Quijada, en su condición de propietarios de una parcela procedente de la finca “Son Sanutges”, parcela 240 del polígono 1;
- D. Juan Bergas Mas y D. Rafael Bergas Mas, en su condición de propietarios de una parcela procedente de la finca “Son Sanutges”, parcela 243 del polígono 1;
- Herederos de Lorenzo Sastre Oliver, en su condición de propietario del predio conocido como Son Creus, finca registral 219 de Banyalbufar que se

corresponde con las parcelas 89 del polígono 3 y 242 del polígono 1 de Banyalbufar;

- “Galliot 2000 S.L.” en su condición de propietaria del predio conocido como “Son Valentí”, finca registral 672 que se corresponde con las parcelas 88 del polígono 3 y 244 del polígono 1 del catastro de Banyalbufar, parcelas que aparecen a nombre de la entidad Son Balaguer S.L.;
- Administración General del Estado, en su condición de propietaria de la finca Planícia, parcela 157 del polígono 1;
- Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en su condición de propietaria de una parcela procedente de la finca pública conocida como Planícia, parcela 157 del polígono 1.

La demanda toma, para la descripción de los caminos litigiosos, el catálogo de caminos del término de Banyalbufar confeccionado por el Consell Insular de Mallorca y aprobado por el Ajuntament (impugnado por algunos propietarios en la jurisdicción contencioso-administrativa), de modo que la acción de declaración de demanialidad se ejercita sobre el camino conocido como “camí des Rafal/Sa Costa” identificado como nº 10 en el catálogo de Camins del Terme de Banyalbufar y sobre el “Camí Antic de Planícia” identificado como nº 18 del catálogo; la acción de declaración de uso público se ejercita respecto del llamado “Camí Nou de Planícia” identificado como nº 23 del catálogo. Las fichas del catálogo están aportadas como documento nº 2 de la demanda. Cada uno de los caminos aparece descrito e identificado en las páginas 6 a 8 de la demanda con remisión a los planos incorporados al documento nº 3 de la misma.

Los citados caminos han tenido tradicionalmente barreras practicables pero en el año 2001 la entidad Partero S.L. procede al cierre permanente y con candado de las barreras de acceso a la finca Es Rafal (parcela 163 del polígono 1) tanto en el camino conocido como Es Rafal como en el camí Antic de Planícia, tal y como se observa en las fotos incorporadas en la demanda. Con posterioridad, procedió también al cierre de la barrera que separa las fincas de Es Rafal y de Planícia. El Ajuntament decretó la apertura de los caminos en resolución administrativa que fue recurrida por los propietarios, recayendo sentencia del TSJ de les Illes Balears de 8 de noviembre de 2006 favorable a los propietarios de las fincas.

Por lo que se refiere a los elementos configuradores de la titularidad pública de los caminos, refiere la demanda que no suelen encontrarse actos de constitución a modo de resolución administrativa expresa sino que se trata de vías de unión entre núcleos de población o zonas rurales (sin perjuicio de ser aprovechados por las fincas contiguas para acceder a las mismas), siendo la presunción el dominio público siempre que conste su uso desde tiempo inmemorial. A la hora de la identificación de los caminos ha de tenerse en cuenta que el nombre de éstos a menudo varía bien porque toman el nombre del lugar por donde pasan, bien porque se distinguen

el nuevo del antiguo, etc, siendo la toponimia oficial de los caminos ya del siglo XX. La mención o no de los caminos en un catastro es un mero indicio ya que la finalidad del catastro es meramente impositiva, estando recogido en el catastro una parte del Camí des Rafal y la práctica totalidad del Camí Nou y Camí Antic de Planícia que incluso es tomado como línea divisoria de los polígonos 1 y 3 de Banyalbufar dando a entender su carácter permanente. Los caminos están actualmente incluidos en el catálogo oficial del municipio. Otro indicio de titularidad pública es la intervención de la administración en el camino en funciones de conservación y policía, si bien era muy habitual que se realizara con la contribución personal de los vecinos a través de las “peonades” o “faixines”, conservación que con el uso de las carreteras habría ido decayendo hasta casi el abandono en los años 60 a 90.

Los caminos litigiosos servían de itinerario de comunicación entre diferentes localidades: Esporles-Estellencs, Banyalbufar-Puigpunyent, Banyalbufar-Estellencs. Su trazado viene determinado por la especial orografía de la zona condicionada en sus comunicaciones por la necesidad de evitar la Mola de Planícia y su desnivel. La comunicación entre Banyalbufar y Esporles se realizaba a través del Camí des Correu, camino de herradura y principal vía de comunicación entre ambas localidades hasta la apertura de la nueva carretera en el año 1.851. La comunicación entre Estellencs y Puigpunyent se realizaba a través del camino que discurre por el Coll d'Estellencs, camino que figura como vecinal en los catálogos de las dos localidades y que no ha sido posteriormente sustituido por ninguna carretera. La comunicación entre Banyalbufar y Estellencs tenía dos posibles itinerarios, ambos caminos de herradura que compartían el mismo tramo inicial y tramo final: la alternativa B-1 llamada Camí d'Estellencs por la costa y que corresponde al camino nº 6 del catálogo; la alternativa B-2 llamada Camí des Rafal/Sa Costa, ahora litigioso, que corresponde al camino nº 10 del catálogo. La comunicación entre Esporles y Estellencs se realizaban de la siguiente forma: un primer tramo del Camí des Correu desde Esporles hasta Son Sanutges, el tramo A correspondiente al Camí antic de Planícia desde Son Sanutges hasta la entrada a Es Rafal y enlazar con el camí des Rafal en la zona conocida como “ses dressereres”, el tramo B correspondiente al camí des Rafal desde “ses dressereres” hasta la zona denominada ‘es pinar d’abaix’ en la finca de Planícia y allí enlazaba con el Camí d'Estellencs hasta llegar a esta localidad. De esta manera se evitaba tener que llegar hasta Banyalbufar, ahorrando tiempo y esfuerzo al evitar el fuerte desnivel. La comunicación entre Banyalbufar y Puigpunyent, por último, se realizaba por el siguiente itinerario: un primer tramo del camí d'Estellencs hasta llegar al inicio del camí des Rafal/Sa Costa, tramo A del camí des Rafal/Sa Costa hasta la zona de ‘ses dressereres’, tramo B del camí antic de Planícia pasando por la finca de este nombre y la finca colindante des Salt hasta alcanzar el camino de Estellencs a Puigpunyent.

El uso público e inmemorial de estos caminos resulta de los testimonios de los vecinos de la localidad y de la documentación histórica bibliográfica y cartográfica de

los archivos que se citan en el documento nº 3 de la demanda, incluidas menciones del viajero francés Jerónimo Berard en el siglo XVIII y del Archiduque Luis Salvador de Austria así como especialmente en el mapa del Cardenal Despuig. Se aporta como documento nº 4 de la demanda un acopio de testimonios de vecinos mayores de la zona en soporte videográfico en el que relatan la existencia de los caminos y su uso como vías de comunicación entre las localidades.

Por lo que se refiere al Camí Nou de Planícia, el topónimo ya indica la existencia de un 'camí antic'. Se construyó aprovechando en varios tramos el camí antic de herradura al ser ése el trazado más lógico y más cómodo con la finalidad de ampliarlo para el uso de carro. La necesidad de construir un camino de carro surge al construirse la nueva carretera de Esporles a Banyalbufar, de acceso rodado, para permitir a las fincas de la zona el acceso también rodado a la nueva carretera. Se tramita en el Ajuntament un expediente en el año 1.851 para valorar el mejor acceso y el Gobernador ordena al Ajuntament hacerse cargo de la construcción, hecho que finalmente fue rechazado por el Ajuntament alegando falta de recursos de modo que fueron los propietarios quienes en el año 1.868 construyen el nuevo ramal de acceso a la carretera. Sin embargo, de la documentación archivística resulta que el Ajuntament sí intervino con posterioridad al mantenimiento y conservación del camino ya que en la mayor parte de su trazado se superponía al camí antic. Ha de entenderse que, por esa razón, el paso peatonal era libre mientras que el paso con carruajes se supeditaba a la colaboración del Ajuntament en el mantenimiento del camino. En ningún momento hasta el año 2001 se vetó el paso por el camino nuevo e incluso puede observarse en la barrera de acceso a S'Arbossar un letrero antiguo que prohíbe el tránsito de vehículos pero no de peatones. En el registro de la propiedad consta que en el año 1.915 los propietarios de las fincas colindantes suscriben un nuevo convenio privado sobre el camino que se inscribe en el registro de la propiedad, en la inscripción de la finca registral 410 (Planícia que en esa fecha comprendía todavía la finca Es Rafal, segregada en el año 1.938) así como después en la finca registral 679, Es Rafal, que consta gravada con este convenio. No consta que el Ajuntament conociera ni participara en el convenio si bien en todo caso se mantenía la posibilidad de continuar en el uso peatonal siempre que el Ajuntament participara en la conservación del camino. La entidad Partero aportó al expediente administrativo que ha precedido a este procedimiento civil un supuesto contrato privado del año 1.948, sin la firma de los supuestos intervinientes, en el que también se reconoce un uso público del camino, especialmente en el tramo entre la carretera y es Camí des Correu y la posibilidad de contribución a su mantenimiento por parte de personas ajenas a la comunidad. Consta en los archivos municipales documentación referida a subvenciones y a pagos de obras de reparación. Consta en la documentación aportada que en el año 1995 se utilizó el Camí Nou de Planícia para soterrar las canalizaciones de agua potable municipal de la fuente de Ses Mosqueres hasta el pueblo de Banyalbufar. Se menciona la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Baleares en el año 1.948 si bien se alega que la sentencia sólo afecta al Camí Nou de Planícia y reconoce que se construyó por una comunidad

de propietarios pero no prejuzga quiénes formaron parte de la comunidad sino sólo que la familia Monjo-Bauzá no forma parte de la comunidad; de hecho, en el punto de la parcela propiedad de esta familia y dada la negativa de ésta de participar en la construcción del nuevo camino es donde el camí nou se separó del camí antic para esquivar las propiedades de esta familia. Por todo lo anterior, se afirma que el uso público del camí Nou se ha mantenido hasta su cierre en el año 2001 habiendo contribuido el Ajuntament a su mantenimiento.

Por último, la presente demanda ha sido precedida de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Partero S.L. frente a la resolución del Ajuntament de 24 de mayo de 2001 de recuperación posesoria de los caminos. La sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Baleares no produce efectos de cosa juzgada en el orden jurisdiccional civil; se basa en gran parte en la sentencia dictada por la Audiencia Territorial en el año 1948; refiere que no consta la posesión pública de manera inequívoca e indudable por lo que desestima la vía interdictal utilizada por el Ajuntament para recuperar la posesión de los caminos y estima el recurso interpuesto por la propiedad.

Por todo lo anterior, solicita que se dicte sentencia por la que:

- 1) Se declare que el 'camí des Rafal/Sa Costa' descrito en el hecho segundo apartado 1.A de la demanda es un bien de dominio público cuya titularidad corresponde al Ajuntament de Banyalbufar;
- 2) Se declare que el 'camí Antic de Planícia' descrito en el hecho segundo apartado 1.B de la demanda y con el uso propio de un camino de caballería o 'camí de ferradura' es un bien de dominio público cuya titularidad corresponde al Ajuntament de Banyalbufar;
- 3) Que se declare que el 'Camí Nou de Planícia' descrito en el hecho segundo apartado 1C de la demanda, con el uso propio de un camino de carro, es de uso público por ser de libre tránsito, no sometido a la tolerancia de los propietarios de los predios colindantes, con la obligación por parte del Ajuntament de Banyalbufar de contribuir a su mantenimiento;
- 4) La entidad Partero S.L. ha realizado un acto de ocupación ilegítima de los referidos caminos públicos o de uso público al haberlos cerrado con verjas, vallas o rejas que impiden el libre tránsito por ellos;
- 5) Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a retirar igualmente a su costa todo cartel, rótulo o señal de 'prohibido el paso', 'camino particular', 'camino cerrado' o cualquier otra indicación o cierre de cualquier tipo incompatible con la naturaleza pública o de uso público de tales caminos, con apercibimiento que de no hacerlo voluntariamente lo hará esta parte con el auxilio de la fuerza pública;
- 6) Se condene a los demandados a consentir el libre tránsito público por los citados caminos a su paso por sus respectivas propiedades y a abstenerse de realizar en el futuro cualquier tipo de actuación que suponga un impedimento

u obstáculo al libre tránsito público por los referidos caminos, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia;

- 7) En particular, se condene a la entidad Partero S.L.:
 - a) A dejar libres, vacuos y expeditos los caminos que han sido declarados como públicos o de uso público en el presente procedimiento;
 - b) A retirar a su costa todo candado u otro tipo de cerramiento permanente que impida u obstaculice el libre tránsito público por los referidos caminos, con apercibimiento que de no hacerlo voluntariamente lo hará esta parte con auxilio de la fuerza pública.
- 8) Se condene a los demandados que se opusieren a la presente demanda a pagar solidariamente las costas causadas por el presente procedimiento.

Por medio de otrosí solicitaba la designación de perito judicial a través del Departamento de Geografía e Historia de la Universitat de les Illes Balears, petición que fue acordada en su momento con el objeto solicitado dada la negación de hechos realizada en algunos escritos de contestación.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó el emplazamiento de todos los demandados en la forma y con el resultado que consta en los autos.

El Procurador D. Juan Reinoso Ramis, en nombre y representación de D. Juan Bergas Mas, presentó escrito de 10 de junio de 2011 por el que se allanaba a la demanda solicitando la no imposición de costas.

La Procuradora D^a Concepción Zaforteza Guasp, en nombre y representación de la entidad COCODORY S.L., presentó escrito de 23 de junio de 2011 por el que contestaba a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la parte actora. Para ello alegaba, en síntesis y haciendo abstracción del lenguaje inapropiado en Derecho y excesivo que se utiliza, los siguientes hechos, sin oponer excepción alguna a su legitimación pasiva en el presente procedimiento. Refiere que la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ desautorizó toda facultad del Ajuntament para la posesión de los caminos ahora reclamados al igual que ya la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Palma en el año 1948. A lo largo de toda la contestación se refiere al Camí de Planícia como un único camino y que es propiedad de la Comunidad de Propietarios del Camino de Planícia, tal y como ya se dijo en la sentencia de 1948, así como que el uso público que haya podido hacerse del camino responde a actos meramente tolerados inhábiles para la creación del derecho. Refiere que, aun cuando entiende que el camino es privado, sería deseable una cooperación entre el Ajuntament y todos los propietarios para el buen mantenimiento del camino y facilitar el disfrute del mismo tanto a viandantes como a excursionistas. A continuación, sin embargo, alega que con la elaboración del catálogo de caminos y con el expediente de recuperación del camino de Planícia las

distintas administraciones han llevado a cabo un intento de colectivización de los caminos que es ilegítimo. Niega que los caminos litigiosos respondieran a una función de unión de poblaciones y refiere que esta comunicación se llevaba a cabo a través del Camí des Correu (nº 9 del Catálogo); niega que el uso de los caminos sea inmemorial y general y refiere que era particular de los propietarios de las fincas y de las personas que acudían a ellas; niega que consten como públicos en la documentación anterior al catálogo actual; refiere que el Ajuntament no ha contribuido al mantenimiento de los caminos sino que sólo ha concedido subvenciones. Refiere que los testimonios aportados con la demanda y las citas de archivo nada acreditan sobre el pretendido carácter público de los caminos. Termina la contestación citando un poema de Joan Alcover y reproduciendo la voluntad expresada en otro procedimiento de alcanzar un acuerdo entre Administración y propietarios para la contribución al bien común de mantenimiento de los caminos y disfrute de los mismos dentro de un orden.

El Procurador D. Francisco Arbona Casasnovas, en nombre y representación de los srs. Graf Von Bernstorff, presentó escrito de 28 de junio de 2011 por el que contestaba a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la parte actora. Para ello alega, en síntesis, los siguientes hechos, sin oponer ninguna excepción procesal o de falta de legitimación. Refiere que en la adquisición de la finca por escritura pública de 22 de enero de 2010 se hizo constar expresamente que la misma está gravada “por razón de su procedencia de la finca 43 de Banyalbufar con un convenio sobre un camino que cruza el predio Planícia, S´Arbossar, Son Serrutjas y Son Creus, y que empezando en el kilómetro dieciocho de la carretera de Banyalbufar termina en el predio de Planícia que se relaciona extensamente en la inscripción 13 de dicha íntegra finca”. Refiere que este camino es privado tal y como consta inscrito en el Registro de la Propiedad, remitiéndose para ello al convenio del año 1915 que consta inscrito y se transcribe en la contestación. Refiere que el análisis histórico de las fincas no refleja la existencia de ningún otro camino más que el privado y que éste es un único camino. Que el propietario anterior realizó actos indicadores de este carácter privado incluida la firma en diciembre de 2009 de un acuerdo de los propietarios con el Govern Balear. Que los propietarios son los que han satisfecho los gastos de conservación del camino. Que cuando el Ajuntament de Banyalbufar otorgó licencia para dividir la parcela primitiva de S´Arbossar no se hizo mención alguna a la existencia de un camino público. Se impugnan expresamente las fichas del catálogo de caminos que se aportan con la demanda. Que en la identificación catastral del tramo del camino que discurre desde la carretera hasta la entrada a S´Arbossar aun cuando se identifica en dos secuencias cada uno como límite de dos polígonos catastrales, se atribuye a la propiedad a la que pertenece y no se identifica como vial público.

Tercero: La Procuradora D^a Sara Truyols Álvarez-Novoa, en nombre y representación de la entidad PARTERO S.L., presentó escrito de 28 de junio de

2011 por el que contestaba a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte actora. Para ello alegaba, en síntesis, los siguientes hechos, sin oponer excepciones de tipo procesal o referidas a la legitimación activa o pasiva. Se impugnan la totalidad de los documentos acompañados con la demanda, en especial, las fichas de los caminos públicos y los informes técnicos, alegando que el Ajuntament trata de crear ex novo una red de caminos públicos, habiendo impugnado esta parte demandada el Catálogo de caminos ante la jurisdicción contencioso-administrativa (ORD 225/2009) así como los actos posteriores realizados tanto por el Ajuntament como por el Consell para hacerse con estos caminos.

La entidad Partero S.L. adquiere la propiedad de la finca "Es Rafal" en fecha 7 de junio de 1999, siendo la finca registral nº 670-N inscrita en el Registro de la Propiedad nº 8 de Palma, al tomo 5.499, hoja 102, libro 34 de Banyalbufar, inscripción en la que consta un convenio del año 1915 entre los propietarios vecinos sobre la propiedad del camino que cruza dichos predios, el uso y conservación del mismo por lo que no se trata de ningún camino público. Esta comunidad de propietarios sobre el camino único de Planícia suscribió varios pactos en los años 1868, 1915, 1926 y 1948. La finca Es Rafal no tiene ningún acceso directo desde una vía de comunicación por lo que el acceso a la misma se realiza a través de dos itinerarios de carácter privado, uno con capacidad de tránsito rodado y otro únicamente a pie o de herradura. Por lo que se refiere al llamado antiguamente Camí Vell de Planícia, puesto que las fincas Es Rafal y Planícia formaban una sola hasta el año 1.938, se trata de un camino particular que va desde el kilómetro 18 de la carretera Esporles-Banyalbufar hasta la entrada a la finca Es Rafal y se identifica en el catastro con dos secuencias que sirven de límite para dos polígonos catastrales, la parcela 9001 del polígono 1 y la parcela 9002 del polígono 3; a partir de la entrada a la finca Es Rafal se prolonga el uso del camino pero con carácter privativo del propietario de la finca. El otro acceso que tiene la finca es un acceso peatonal que se establece sobre terrenos particulares a partir del camino denominado de Sa Costa hasta el lindero des Rafal de manera que en el catastro no aparece grafiado este camino después del paraje de la Costa ya que se trata de un derecho histórico de paso del propietario de Es Rafal sobre terrenos particulares.

Por lo que se refiere al cierre de los caminos litigiosos, es cierto pero el cierre está amparado en resolución judicial firme que declara que el Ajuntament de Banyalbufar no tiene acreditado el uso público ni la titularidad de estos caminos, según sentencia del TSJ de Baleares, sala de lo Contencioso-administrativo de 8 de noviembre de 2006 la cual valoró prácticamente el mismo material probatorio que se acompaña con la demanda origen del presente procedimiento civil por lo que ya juzgó sobre el uso público indubitado de los caminos litigiosos. Por otro lado, los cierres llevados a cabo están justificados por la naturaleza de la explotación llevada a cabo en la finca a cargo de la prestigiosa organización Wildlife Estates Project que considera que los

usos e intensidades de acceso a la finca Planícia son incompatibles con las actividades agrícola-ganaderas que se desarrollan en la finca de Es Rafal.

Respecto a la idiosincrasia de los caminos litigiosos, dichos caminos con la denominación, trazado y configuración dada en la demanda y en el Catálogo de Caminos no existen como tales sino que son caminos particulares construidos por los propietarios y usados exclusivamente para las actividades de las fincas. En concreto, en relación al Camí des Rafal/Sa Costa, se trata de un itinerario que siempre ha tenido por objeto comunicar el predio Es Rafal con el pueblo de Banyalbufar y tiene dos tramos, el primero que va desde el Camí Vell d'Estellencs hasta la finca Sa Costa y que recibe este nombre y otro que va desde esta finca hasta Es Rafal y llega sólo a la barrera de acceso. En el interior de la finca existen veredas o sendas que comunican distintas partes de la misma pero no poblaciones, pues la comunicación entre Banyalbufar y Estellencs se llevaba a cabo por el Camí Vell que discurre por la costa. Por lo que se refiere al Camí Antic de Planícia, tampoco ha existido nunca con el trazado pretendido en la demanda sino sólo un camino de herradura que ya no existe como tal y que hasta el año 1868 comunicaba es Camí des Correu con la entrada de la finca Planícia (actualmente Es Rafal), camino particular que cruzaba las fincas de Son Senutges y S'Arbossar tal y como reconoce el propio Ajuntament en expediente iniciado en el año 1851 a raíz de la construcción de la nueva carretera. Por lo que se refiere al Camí Nou de Planícia, la denominación referida es utilizada por los habitantes de la zona para referirse a un camino construido en torno al año 1.950 por la familia Balle, propietaria de Planícia, para dar acceso a la finca desde la carretera que une Banyalbufar y Estellencs de modo que el camino construido por los propietarios en el año 1868 pasó a ser conocido como Camí Vell de Planícia. En cualquier caso, lo que se identifica en la demanda como Camí Nou de Planícia es el acceso rodado que desde la carretera de Esporles a Banyalbufar se construye hasta la entrada a la finca S'Arbossar empezando en el km 18 en el año 1868 por los propietarios de las fincas para tener acceso a la nueva carretera. En el convenio del año 1.915 se realizó una pequeña modificación en el trazo inicial, convenido que fue seguido de otro en el año 1.926 y en el año 1.948, este último modificando también el trazado. Los vecinos de Banyalbufar usaban, sin embargo, este primer tramo al tener ventaja en tiempo y distancia respecto a la nueva carretera pero se trataba de un uso meramente tolerado por los propietarios a cambio del cual el Ajuntament en ocasiones realizaba aportaciones al mantenimiento del camino. Ninguno de los tres caminos aparece en el inventario de bienes del Ajuntament de Banyalbufar ni ha servido nunca como vía de comunicación entre pueblos.

Por lo que se refiere a las citas bibliográficas de la demanda carecen de valor probatorio al tratarse de citas recientes con fines excursionistas, todas ellas refutadas por el perito sr. Villalonga en su dictamen. No ha aportado la parte actora ninguna cita clara que mencione los caminos como vías de comunicación porque nunca lo fueron. Que respecto de las citas archivísticas sobre la intervención en los

caminos, todos los actos de intervención se han realizado, en el caso del Camí des Rafal/Sa Costa en el tramo del camino anterior a la barrera de entrada a Es Rafal, tal y como refiere con detalle el perito sr. Carpintero en su informe, porque a partir de ese punto se trataba de un camino particular. Algunos de los tramos referidos en la demanda no existen en la realidad sino que son imaginarios y el resto no es más que una suma de pasos que unen zonas de explotación de la finca. Por último, el historiador sr. Villalonga refiere en su informe que el camino Es Rafal no aparece en las relaciones o inventarios de caminos vecinales de la zona ni tampoco citas referidas al pago de tareas de conservación más allá de las barreras de Es Rafal. Por lo que se refiere al Camí Antic de Planícia (camino nº 18 del catálogo), se confunde y tiene la misma finalidad que el Camí Nou de Planícia, siempre la de conectar distintos predios de montaña dentro del término municipal y por ello fue objeto de distintos convenios por parte de los propietarios. Reitera que algunos tramos de este camino no existirían como tales, en especial, los referidos en el catálogo como tramos 1 y 2 que corresponden a terreno privativo de fincas donde no se distingue camino alguno y los tramos 4 y 5 que se corresponden con comunicaciones interiores y privadas de zonas de la finca. Es una creación imaginaria mediante la suma del trazado que ocuparía el ya desaparecido camino de herradura pues esos tramos tampoco aparecen en el plano del ingeniero del Estado del año 1852. En la contestación se menciona la sentencia dictada en el año 1948 y se realizan una serie de consideraciones que, en realidad, van referidas a lo que debe denominarse Camí Nou. Por lo que se refiere específicamente al Camí Nou de Planícia, reitera que debe identificarse con la carretera de acceso a Planícia desde la carretera de Banyalbufar a Estellencs construida alrededor del año 1950 y que desde ese momento el camino anterior pasa a ser conocido como Camí Vell de Planícia. El itinerario es el mismo que la demanda relata como Camí Antic pero responde a dos momentos históricos distintos. Se recogen una serie de consideraciones sobre la diferenciación entre camino e itinerario e insiste en que tampoco el Camí Nou se ha extendido más allá de la barrera de entrada a Planícia (ahora Es Rafal). El perito sr. Villalonga refiere que este camino tampoco aparece en ninguna relación o inventarios de bienes o caminos vecinales. En todo caso, el camino se regiría por los convenios suscritos entre los propietarios, inscritos en el registro de la propiedad. En cuanto a su mantenimiento, ha sido llevada siempre a cabo por los propietarios tal y como consta en la documentación archivística del marqués de Campofranco.

En cuanto al uso del Camí de Planícia por parte de personas ajenas a la propiedad, se ha tratado de un uso ocasional de los vecinos por benevolencia expresa de los propietarios de las fincas y después por la situación de descuido de algunas de ellas, tratándose de actos de mera tolerancia. Que durante el tiempo en que la finca Es Rafal permaneció deshabitada ha sido objeto de numerosos actos de vandalismo y destrucción que han tenido que ser reparados por la actual propiedad sin que el Ajuntament en momento alguno haya asumido la conservación y policía de estos tramos de camino que ahora refiere que son públicos.

Después de solicitar la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora, por medio de otrosí anunciaba la aportación de una ampliación del dictamen pericial del sr. Carpintero y del dictamen pericial del sr. Villalonga así como un informe sobre nomenclatura de caminos a emitir por un especialista aun no designado. Tales informes constan unidos a los autos dentro del plazo legal con anterioridad a la celebración del acto de la audiencia previa.

Cuarto: En fecha 18 de noviembre de 2011 la Abogacía del Estado presentó contestación a la demanda en nombre de la Administración General del Estado. Interesaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora. Para ello alegaba, en síntesis, los siguientes hechos y excepciones alterando el orden que se sigue en la contestación: por un lado, falta de legitimación pasiva de la Administración General del Estado por cuanto aun cuando el Estado es titular de una parte de la finca Planícia, no es el gestor de dicha finca sino que la gestión la lleva a cabo la entidad pública Espai de Natura Balear lo que supone que el Estado tampoco ha llevado a cabo ningún acto de obstaculización referido a los caminos; en cuanto al fondo, la finca Planícia fue adquirida por la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en virtud de convenio con el Estado y segregada la finca mediante escritura pública de 26 de octubre de 2009 a favor del Estado con cabida de 427 hectáreas; por decreto de 28 de enero de 2010 se declara afecta al Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino para su incorporación al dominio público marino en fecha 29 de marzo de 2010; por resolución de 15 de junio de 2010 la Conselleria de Economia inicia el expediente de recuperación de la posesión del camino que lleva a la finca Planícia al amparo del convenio suscrito por los propietarios en el año 1915; se niegan los demás hechos de la demanda.

La Comunidad Autònoma de les Illes Balears, a través de su abogacía, contestó a la demanda mediante escrito de 21 de noviembre de 2011 interesando la desestimación de la demanda. Alegaba, para ello, los siguientes hechos y excepciones. Empezaba por asumir como propios los hechos expuestos en la contestación a la demanda realizada por la parte codemandada Partero S.L.. En lo demás, centrándose en el Camí Antic de Planícia al ser éste el que afecta a la finca de su propiedad, refería que la finca fue adquirida por la Comunitat en ejercicio de la acción de retracto prevista en la Ley de Espacios Naturales Protegidos y de Montes, adquisición que se materializa en la escritura de 17 de febrero de 2009; en la inscripción registral de la finca consta gravada con un convenio respecto de un camino que es común a los propietarios de los predios Planícia, S'Arbossar, Son Senutges y Son Creus cuyas obligaciones se detallan en la inscripción 6ª. La finca se corresponde con dos parcelas catastrales. Tras la segregación a favor del Estado, la Comunitat es propietaria de la finca inscrita en el Registro de la propiedad como nº 410, finca adscrita con carácter de dominio público a la entidad de derecho público Espais de Natura Balear. La Conselleria de Economia inició en fecha 15 de julio de 2010 un expediente de recuperación de oficio de la posesión del Camí Vell

de Planícia al tener noticia del cierre del acceso al mismo mediante candado, expediente que se archivó en fecha 15 de julio de 2011 al entender que después de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo el 8 de noviembre de 2006 no constaba acreditado de forma indubitada la titularidad pública del camino. El catálogo de caminos de Banyalbufar fue aprobado en fecha 29 de julio de 2009 e impugnado por la entidad codemandada Partero S.L., entidad que también ha impugnado el acuerdo del Consell de Mallorca sobre asignación de usos de los caminos y las resoluciones municipales ordenando la retirada de las barreras. Se reproduce en la contestación el convenio del año 1915 inscrito en el Registro de la Propiedad y que pone de manifiesto que el camino atraviesa varias fincas cuyos propietarios son copropietarios del camino y entre ellos también la Comunitat como propietaria de la finca Planícia, camino que no es una servidumbre sino una copropiedad y que discurre desde el km 18 de la carretera de Esporles a Banyalbufar identificado en parte en el catastro hasta la finca Es Rafal, siendo considerado a partir de este punto como privativo. Suscribe la teoría de Partero en cuanto a que el Camí Antic de Planícia era un camino de herradura desaparecido en la actualidad que hasta el año 1868 enlazaba el Camí des Correu con la entrada de la finca Planícia, desde el año 1938 la entrada a Es Rafal; el Camí Nou de Planícia se corresponde, en realidad, con la carretera de acceso a esta finca construida por la familia Balle entre los años 1950-1955. Respecto a lo que la demanda denomina Camí Antic eso supone que se está reivindicando un camino que en la actualidad no existe. En todo caso, el propósito de los caminos, sean uno o dos, es unir los diferentes predios de la zona con la vía de comunicación más próxima que era primero es Camí des Correu y después la nueva carretera. Insiste, al igual que Partero, en que en el expediente del año 1852 el ingeniero público ya identificó los caminos como de interés particular. En los hechos posteriores de la contestación reitera los mismos argumentos con referencias a los informes periciales acompañados por Partero S.L., concluyendo que por tales motivos no concurren los elementos necesarios para estimar la acción reivindicatoria.

La Procuradora D^a Ana María Vicens Pujol, en nombre y representación de la entidad GALLIOT 2000 S.L., presentó escrito de 28 de noviembre de 2011 por el que contestaba a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su desestimación, con expresa imposición de costas a la parte actora. Para ello se decía asumir los argumentos expuestos en la contestación de Partero S.L. sin mayor razonamiento.

La Procuradora D^a Isabel Muñoz García, en nombre y representación del codemandado Simon Cummings Roosevelt, presentó escrito de 29 de noviembre de 2011 por el que contestaba a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su desestimación, con imposición de costas a la parte actora. Para ello alegaba, por un lado, falta de legitimación pasiva toda vez que niega el sr. Cummings ser propietario de inmueble alguno que se encuentre atravesado por alguno de los caminos litigiosos, estando casado con la sra. Echevarría en régimen de separación de bienes y no constando como propietario en el registro de la Propiedad, siendo su

esposa la única propietaria de la parcela 62; su único vínculo con los caminos litigiosos es haber contribuido a la reparación y reconstrucción de algunos tramos, siempre en nombre de su esposa, y haber presentado escrito de alegaciones en el expediente administrativo; en cuanto al fondo, refiere que el camino es de carácter privado tal y como consta en el Registro de la propiedad y que en el año 2009 se alcanzó un inicio de acuerdo entre los propietarios del camino y la Conselleria de Economía y de Medi Ambient en el que se reconocía el carácter privado de los caminos, lo que motivó incluso la suscripción de un seguro.

La Procuradora D^a Isabel Muñoz García, en nombre y representación de SAN BARTOMEU S.A. y de LOLA XIMENA ECHEVARRIA OBREGON, presentó escrito de 30 de noviembre de 2011 por el que contestaba a la demanda oponiéndose a la misma e interesando su desestimación, con imposición de costas a la parte actora. Para ello no oponía excepciones procesales ni de falta de legitimación activa o pasiva sino, en síntesis, los siguientes hechos. Refiere que el camino que atraviesa sus propiedades no ha servido nunca de vía de unión entre poblaciones, que nunca ha sido de uso público sino que fue construido por los propietarios de las distintas fincas para permitir el acceso a las mismas y que no consta el uso inmemorial por la generalidad de los vecinos. Los demandados son propietarios de las fincas registrales identificadas como nº 43, 1.352, 1.299, 1.360, todas ellas de Banyalbufar, constando en todas ellas inscrito el convenio de los copropietarios del camino de Planícia. Los demandados han realizado múltiples actos que reflejan el carácter privado de los caminos, tales como el acuerdo con la Conselleria de Economía del año 2009, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil. El mantenimiento de los caminos nunca ha corrido a cargo de la corporación local sino que han sido los propietarios los que han contribuido a sufragar los gastos, de lo que se aportan algunos ejemplos con la contestación a la demanda. Se impugnan todos los documentos de la demanda y, en especial, las fichas del catálogo el cual no puede tener valor probatorio alguno al haber sido impugnado en vía contencioso-administrativa. Por último, para el caso de que se estimara la demanda y se acordara que el camino de Planícia es público, dado que presenta algunas variantes en su recorrido, se interesa que se declare el trazado que sea menos perjudicial para los demandados, es decir, el que transcurre por la zona más alejada de sus respectivas viviendas, lo que se acreditará mediante informe pericial que se anuncia. El informe anunciado fue emitido por el sr. Company, presentado en el plazo legal anterior al acto de la audiencia previa.

Advertida la parte de que el pronunciamiento interesado de forma subsidiaria requiere la interposición de demanda reconvencional, ésta no ha sido presentada.

El resto de propietarios de los inmuebles afectados por los caminos litigiosos constan declarados en rebeldía procesal en los términos que se detallan en providencia de 28 de abril de 2014 en la cual se resolvieron también todas las

cuestiones previas en materia de prueba y se designó al perito solicitado por la parte actora, resolución que no fue recurrida.

La Universitat de les Illes Balears comunicó al juzgado el encargo concreto del informe pericial a D. Onofre Rullan, en los términos previstos en el art. 340.3 LEC, constando emitido el informe en plazo y unido a los autos.

Quinto: Abierto el acto de la audiencia previa en el día señalado, 3 de noviembre de 2014, con el resultado que consta en el soporte videográfico y en acta sucinta levantada por la Secretaria Judicial, tras aclarar la identidad de la dirección letrada de uno de los demandados, todas las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y de contestación sin que se expusieran hechos nuevos o alegaciones complementarias a excepción de la aclaración solicitada por la entidad Partero S.L. en cuanto a los tramos del camí de Planícia que discurrirían por el término de Estellencs, aclarando la parte actora que la acción reivindicatoria y de uso público se refiere sólo a los tramos del trazado que se encuentran dentro del término municipal de Banyalbufar y que la mención que se hace en la demanda a la continuación del camino en el término de Estellencs responde a la voluntad de aclarar el fin o uso de los caminos.

No se impugnó la autenticidad de ningún documento sino sólo el valor probatorio. Tras la fijación de hechos controvertidos, las partes propusieron como medios de prueba los que constan en sus respectivos escritos unidos a los autos, siendo admitidos en la forma que consta en la grabación, debiendo destacar, por un lado, que la entidad codemandada Cocodory S.L. renunció al documento nº 9 de la contestación al no poder aclarar el origen y contenido del mismo; por otro lado, que la parte actora formuló tacha respecto del testigo D. Raimundo Zaforteza Fortuny, propuesto por Partero S.L., alegando ser el testigo letrado del mismo despacho que lleva la dirección letrada de Partero, hecho que no fue negado por la parte que propone el testigo y que, por tanto, se valorará en sentencia. El Ajuntament fue requerido para aportar el documento nº 14c) de la demanda en formato legible.

Sexto: Abierto el acto del juicio en el día señalado, 17 de marzo de 2015 en su primera sesión, con el resultado que consta en el soporte videográfico y en el acta sucinta de la Secretaria Judicial, se practicó en dicha primera sesión la totalidad de la prueba testifical. Al finalizar la misma se instó a las partes a la posibilidad de que pudieran alcanzar un acuerdo, al ser ésta la primera ocasión en la que acuden personalmente al juzgado el representante del Ajuntament actor y de la principal entidad demandada Partero S.L. (la única que ha llevado a cabo cerramientos físicos de los accesos), para lo cual se acordó posponer la prueba de comparecencia de los peritos para el día 30 de marzo del presente.

La prueba de reconocimiento judicial se llevó a cabo el día 19 de marzo respecto del Camí Antic y del Camí Nou de Planícia, siempre según la terminología de la

demanda y del catálogo a efectos identificativos, y el día 20 de marzo respecto del Camí des Rafal/Sa Costa, ambos días con la asistencia de los peritos sr. Reynés, sr. Vives, sr. Carpintero y sr. Rullan y resto de asistentes identificados en el acta de la Secretaria Judicial, con el trazado que se describe al inicio del acta de cada uno de los días. Se documentaron los aspectos más importantes, por controvertidos, en acta escrita y se recogieron imágenes en grabación de vídeo, siendo menos exhaustivas las imágenes del día 19 al disponer sólo de tres horas de batería que tuvieron que racionarse para recoger lo más importante de un reconocimiento judicial que duró finalmente ocho horas. El día 19 se tomaron algunas imágenes con el teléfono de la Secretaria Judicial y de la Juez que suscribe y algunas con la cámara del sr. Rullan, habiendo sido estas últimas incorporadas a los autos mediante escrito presentado por el perito a petición de esta juzgadora mientras que las primeras se recogen en dos carpetas separadas dentro de un CD y se identificarán como 'fotos judiciales'. El día 20 se tomaron, además, imágenes con una cámara fotográfica utilizada por la juez que suscribe que forma la tercera carpeta del CD. Todo este material fotográfico y videográfico ha sido incorporado a los autos mediante un CD y un USB respectivamente.

No habiendo sido posible un acuerdo de las partes, el día 30 de marzo del presente se practicó la última sesión del juicio con la prueba de comparecencia de los peritos y trámite de conclusiones, con el resultado que consta en el soporte videográfico y en el acta sucinta de la Secretaria Judicial.

Tras lo anterior, quedaron los autos vistos para sentencia.

En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ejercita la parte actora, con fundamento en los hechos que se han expuesto en los antecedentes, una acción reivindicatoria respecto de dos caminos, el camí Antic de Planícia y el Camí des Rafal/Sa Costa, correspondientes con los números 18 y 10 del Catálogo de caminos de Banyalbufar respectivamente, así como la declaración de uso público del llamado Camí Nou de Planícia, correspondiente al número 23 del Catálogo. Fundamenta su petición jurídica en los arts. 343 y 344 CC, la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local (arts. 79 y 80), RDLeg 781/1986 por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (art. 74), el RD 1372/1986 de 13 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (arts. 2, 3 y 5), la Ley 33/2003 de Patrimonio de las

Administraciones Públicas en su art. 5, la Ley 20/2006 de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de les Illes Balears (art. 124 y 125), la costumbre como exponente de un uso inmemorial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al título del dominio público de un camino y su acreditación así como jurisprudencia menor sobre la misma materia, jurisprudencia sobre bienes de dominio público en relación a su publicidad registral y jurisprudencia relativa a la eficacia de la cosa juzgada material. En trámite de conclusiones, recoge los hechos expuestos en la demanda incidiendo especialmente en que los caminos fueron usados con carácter general hasta su cierre en el año 2001, que la tipología de los caminos se corresponde con la habitual de la zona con los elementos constructivos observados en el reconocimiento judicial, aclara que el tramo desde las casas de Planícia hasta la finca Es Salt corresponde exclusivamente al llamado Camí Antic y, por tanto, no era un camino de carro, que el tramo del Camí Antic que discurre por Son Sanutges no es una acequia sino los restos del camino que está excluido del acuerdo del año 1868, tramo que se reconoce abandonado desde hace años pero que no ha sido objeto de apropiación por parte de los propietarios de los predios vecinos; refiere que la preocupación de los propietarios del nuevo camino iba siempre referida al uso de carruajes y que nunca se cerró el paso a personas seguramente porque el nuevo camino se construyó sobre el preexistente de herradura. Finalmente concluye que, a su entender, de la prueba resulta que el Ajuntament forma parte de la comunidad de propietarios del Camí Nou al haber contribuido a su mantenimiento y, por tanto, tiene derecho de uso rodado desde la carretera hasta el camí des Correu por el camí Nou y desde este punto tiene derecho de uso peatonal al ser este uso y no el rodado el único que tiene interés público. Por último, a la vista del reconocimiento judicial y de las manifestaciones realizadas por los peritos en su comparecencia a juicio, solicita que el trazado de los caminos se declare de forma que la conexión entre el camí des Rafal y el Camí Antic de Planícia se realice en la zona conocida como 'es magatzem'.

Por lo que se refiere a los demandados, y siguiendo el mismo orden de los antecedentes, la entidad COCODORY S.L. fundamenta sus pretensiones, resumidas en los antecedentes, en los mismos fundamentos expuestos en la demanda pero que entiende no interpretables en la forma pretendida por la actora, así como en los arts. 86 y 87 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico del RD 2159/1978 que regula los catálogos como una herramienta auxiliar. Nada más se añadió en trámite de conclusiones.

Los sres. Graf Von Berstorff fundamentan su oposición a la demanda en los hechos expuestos en los antecedentes y en el principio de fe pública registral, la eficacia de las resoluciones judiciales dictadas con anterioridad al presente litigio y el art. 176 de la Ley del Suelo en cuanto a la regulación de los catálogos con valor instrumental.

La codemandada Partero S.L. fundamenta la oposición a la demanda en los hechos que se han expuesto en los antecedentes y en los siguientes fundamentos jurídicos:

refiere que la legislación sobre caminos vecinales del siglo XIX y la legislación sobre régimen local de la primera mitad del siglo XX exigía a los Ayuntamientos realizar inventarios de los caminos públicos existentes y que en el caso de autos los caminos no constan inventariados; que el art. 339 CC ha de contextualizarse con la legislación especial sobre caminos vecinales; el Real Decreto de 7 de abril de 1848 del que entiende se desprende que sólo son caminos públicos los que sean clasificados como de primer y de segundo orden destinados a unir poblaciones; la Ley de 8 de enero de 1845 en su art. 89 sobre obligaciones de los ayuntamientos de conservación de los caminos; la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 en cuanto a ser la primera Ley que establece la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público locales pero mientras conserven su carácter de bienes de uso o servicio público lo cual sólo se conservaba respecto de los bienes que hubieran sido clasificados como de vecinales; el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955 que establece la obligación de inventariar los bienes demaniales, patrimoniales y comunales así como su art. 8 en cuanto a la alteración en la calificación de los bienes; todo ello añadiendo que los caminos de autos no han sido nunca inventariados hasta el catálogo reciente e impugnado y que no consta documentación propia de un camino vecinal en relación a los mismos. Alega también que la carga de la prueba corresponde a la parte actora y la jurisprudencia relativa a este extremo en cuanto al ejercicio de la acción reivindicatoria; la jurisprudencia menor relativa al título de dominio necesario para el éxito de la acción reivindicatoria y a la necesidad de identificar con claridad la porción de terreno reivindicada. En trámite de conclusiones reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda que, refiere, no se han visto desvirtuados con la prueba practicada, debiendo destacar, en especial, las alegaciones relativas a que la modificación del supuesto punto de unión entre el Camí des Rafal y el Camí Antic de Planícia que pretende la parte actora a la vista de la modificación realizada por los peritos en la prueba de reconocimiento judicial no obedece a un error derivado del hecho de no haber podido acceder a la finca Es Rafal, pues tanto el sr. Reynés como el sr. Vives habían accedido con anterioridad a la finca y ya en los dictámenes de los sres. Carpintero y Villalonga utilizados en el procedimiento contencioso-administrativo se decía que no existía el pretendido tramo del camino sin que la parte actora solicitara la práctica de una diligencia preliminar; la carga de la prueba corresponde en exclusiva a la parte actora y no consta la inclusión de los caminos en ningún inventario público sino sólo que en el expediente del año 1851 se identifican como de interés particular; que en el reconocimiento judicial se comprobó que el tramo nº 7 del Camí des Rafal no existe en la forma grafiada en el catálogo y ello debería ser suficiente para la desestimación de la demanda al tratarse de un tramo esencial y no ser posible la declaración de demanialidad de algo que no se ha pedido; insiste en que hay tramos del camino derruidos y, por tanto, no mantenidos por el Ajuntament así como tramos que no existen como es el caso del que sigue después de Sa Font de S'Obi; refiere que todos los caminos son de explotación de la finca y que hay tramos de pendientes máxima que los hacen impracticables; que todas las citas históricas de pagos realizados por el Ajuntament se refieren a tramos

situados antes de la entrada a la finca Es Rafal; que la cita que el perito sr. Rullán hace referida a una Talaia es incongruente con lo que se observó el día del reconocimiento judicial; que estos caminos no respondían a ninguna necesidad de comunicación entre pueblos porque existían otras vías para ello y se trataba de poblaciones pequeñas que no justifican tantos caminos; que de haber sido vías de unión entre pueblos se conocerían por el nombre del destino y no por la finca; que las citas realizadas por el perito sr. Rullán en relación al libro de Rosselló y Albertí son totalmente inexactas; que el mapa del Cardenal Despuig no fija titularidades; que Estellencs no tiene catalogado como público el supuesto camino que comunicaría con el Rafal; que no hay ninguna cita histórica al supuesto camino que va a Puigpunyent; que faltan muchos tramos del supuesto Camí Antic de Planícia y el perito judicial omitió toda mención al respecto.

El resto de demandados se remiten a la contestación de los ya citados. La Abogacía del Estado, en su contestación a la demanda, alegaba que la finca Planícia, como finca de dominio público, no puede ser transmitida y el establecimiento de barreras que impiden el libre acceso a la misma le es perjudicial por lo que la Administración debe proteger los caminos de acceso a la finca (art. 3.2 de la Ley 30/1992) y que a esta finalidad responde el expediente de recuperación posesoria que se ha seguido en vía administrativa. Con tales fundamentos parecería que la Administración se inclina por calificar los caminos de acceso a Planícia como públicos; sin embargo, se opone a la demanda. En trámite de conclusiones, interesa la desestimación de la demanda y la absolución de la Administración general del Estado toda vez que el bien reivindicado no está exactamente identificado al entender que la prueba está viciada en su origen pues los testigos mencionados por el sr. Reynés son testigos de referencia, el catálogo se ha tomado como base pero al estar impugnado ha perdido su presunción de validez y en el reconocimiento judicial se comprobó que no se trata de un camino sino de una unión de trozos de distintos caminos. Añade que la propiedad pública es indivisible por lo que el Ajuntament de Banyalbufar no puede reclamar sólo parte de un bien demanial, resultando que el resto está en el término municipal de Estellencs que nada ha reclamado. Añade que la protección del interés general no significa necesariamente tener que defender que todo sea público sino que se refiere más a una correcta gestión de los bienes patrimoniales, al tiempo que entiende que el Estado no ha realizado ningún acto de negación del dominio. Por último, que la entidad que actualmente gestiona la finca es el Institut Balear de la Natura, que no se ha presentado reclamación administrativa previa y que la afección de la finca al dominio público marítimo-terrestre es preferente.

Por lo que se refiere a la Comunitat Autònoma, en la contestación a la demanda se alegaba falta de prueba sobre los elementos necesarios para la identificación de la cosa reivindicada, que la carga de la prueba corresponde a la parte actora y los arts. 339 y 344 CC. En trámite de conclusiones, añadió que los caminos que discurren dentro de la finca Planícia han de ser considerados como bienes patrimoniales y que eso no debe confundirse con el interés general.

La propiedad y titularidad de todas las fincas por las que discurren los caminos litigiosos es reconocida por todas las partes, sin perjuicio de lo que se dirá respecto a las dos excepciones de falta de legitimación pasiva que se han opuesto (el sr. Cummings y la Administración General del Estado). La legitimación activa no ha sido negada por ninguna de las partes. Para la identificación de los caminos litigiosos se seguirá en todo momento la nomenclatura de la demanda por cuanto es ésta la que sirve para delimitar el petitum y, además, ha resultado finalmente totalmente probada, unida al número que les otorga el catálogo. No es tampoco controvertido que en el año 2001 los propietarios del predio Es Rafal procedieron al cerramiento con candado y otros medios de los caminos litigiosos en los puntos de acceso a su finca. No se ha aportado ningún plano en el que estén perfectamente delimitadas las fincas por lo que es necesario precisar que el Camí Antic de Planícia cruza desde el Camí des Correu o Camí Real (nº 8 del catálogo) las fincas Son Senutges, S´Arbossar, Es Rafal y PPlanícia, por este orden; el camino nuevo, además y antes de Son Senutges, Son Creus y Son Valentí hasta la carretera del Estado; el Camí des Rafal cruza las fincas parceladas de Sa Costa y otras (no demandadas en este pleito al parecer por falta de controversia en ese tramo) y las fincas de Es Rafal y Planícia.

Son hechos controvertidos, tal y como se fijó en el acto de la audiencia previa, el título de propiedad sobre los caminos, el uso público inmemorial sobre los distintos tramos de los caminos conocidos como Camí des Rafal/Sa Costa, Camí Antic de Planícia y Camí Nou de Planícia, determinar el itinerario o trazado exacto por el que discurre cada uno de los caminos, la finalidad o uso de dicho caminos (unión entre localidades o caminos de extracción de la producción de las fincas), determinar quién ha corrido con el mantenimiento y policía de cada uno de estos caminos en los últimos años, la existencia de un derecho de uso público respecto del Camí Nou de Planícia. A petición de las partes se incluyó dentro de la controversia determinar si el camino que en la demanda se identifica como “Camí Nou de Planícia” es el referido en la demanda (nº 23 del catálogo) o, como alega Partero en su contestación, el camino de acceso a la finca Planícia por el sur y procedente de la carretera de Estellencs construido por la familia Balle entre los años 1950 y 1955 (camino aceptado como de propiedad privada). Como cuestiones jurídicas deberá resolverse sobre las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por el sr. Cummings y por la Abogacía del Estado. No se incluyó dentro del objeto de la controversia la determinación del trazado del camino que resulte menos perjudicial para algunos de los propietarios de las fincas procedentes de S´Arbossar ya que ninguno de ellos ha ejercitado una demanda reconventional solicitando la modificación del trazado de los caminos ni la acción ejercitada en la demanda va referida a una servidumbre de paso.

Segundo: Procede analizar, en primer lugar, los requisitos de la **acción reivindicatoria que ejercita la actora respecto de los llamados Camí des Rafal/sa Costa y Camí Antic de Planícia**. La acción reivindicatoria del dominio se regula en el art. 348 CC cuando señala que “la propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla”. Es reiterada y unánime la jurisprudencia cuando define la acción reivindicatoria como la acción que puede ejercitar el propietario que no posee frente al poseedor que frente al propietario no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión. Tiene dicha acción tres requisitos inexcusables y cuya prueba corresponde al actor:

- a) título legítimo de dominio en el reclamante, es decir, la presentación de un título que acredite la adquisición de la propiedad del bien controvertido, se exige al demandante que justifique su derecho de propiedad, su adquisición de la misma. En la STS de 20 de febrero de 1995 se decía que “el término título de dominio no equivale a un documento preconstituido sino a la justificación dominical y en este sentido ha de tenerse en cuenta que cuando se trata de una adquisición derivativa del dominio nuestro derecho positivo sigue el sistema fundado en la teoría del título y del modo o entrega o traditio de la cosa (art. 609 CC) de tal forma que faltando uno de esos requisitos faltará la prueba del dominio que se alega”. Así, como señala la STSJ de Navarra de 30 de junio de 2010, “es presupuesto jurídico de la acción meramente declarativa de propiedad (así como de la reivindicatoria) la acreditación del título de dominio del actor, que no se identifica con la constancia documental del hecho generador, sino que equivale a prueba o justificación de la propiedad de la cosa en virtud de una causa idónea para su adquisición, se halle o no provista de un acto instrumental escrito (ss. 6 julio 1982 y 30 julio 1999, del Tribunal Supremo, por todas).” Como ya indicaba la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1977, no es pues imprescindible que dicho título conste en un instrumento público o documento privado, porque el derecho del actor puede justificarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos por nuestra legislación e incluso a través de la posesión continuada durante el plazo y con las condiciones establecidas para la prescripción adquisitiva extraordinaria;
- b) identificación de la cosa que se pretende reivindicar, debe reunir los requisitos de identidad e identificación de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuál sea la misma, fijando con precisión la situación, cabida y linderos, demostrando que el predio topográficamente es el mismo a que se refieren las pruebas de justificación del dominio (SSTS de 31 de octubre de 1983 y de 25 de febrero de 1984, entre otras), exigiéndose un juicio comparativo entre la finca real y la titular. Se trata de un requisito de carácter esencial cuya apreciación es una cuestión de hecho que viene atribuida a los tribunales de Instancia (SSTS 25 de mayo de 2000, 14 de octubre de 2002 y 26 de junio de 2006, entre otras), de modo que ejercitada una acción

reivindicatoria o declarativa del dominio de un bien inmueble concreto pero en modo alguno identificado procede su desestimación rotundamente;

- c) detentación injusta de quien posee la cosa y a quien, en definitiva, se reclama, de manera que el demandado, poseedor no propietario, puede impedir el éxito de la acción probando su derecho a poseer (en este sentido, todas las STS desde la de 4 de mayo de 1962). Este derecho a poseer puede estar fundado en un título de propiedad o en otro distinto.

Así, la STS de 10 de julio de 2002 señalaba, recordando las citas de sentencias anteriores, que "La acción reivindicatoria exige, como es sabido, acreditar el título de dominio, identificar la finca y demostrar que la cosa reclamada es poseída por el demandado sin título o con título de inferior categoría al que ostenta la actora...". 'Con arreglo a la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 9 de Junio de 1.982 ; 4 de Junio y 23 de Diciembre de 1.983 y 9 de Febrero de 1.984) para la estimación de la acción reivindicatoria se requiere título de dominio, identificación de la finca y posesión de la misma por el demandado, pero es que, además y es lo que justifica la formulación autónoma del motivo, la jurisprudencia (Sentencias de 31 de Octubre de 1.983 ; y 26 de Enero y 18 de Mayo de 1.985) exige como requisito indispensable para la acción dicha 'la inequívoca identificación de la finca de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuál sea', añadiéndose (Sentencias de 9 de Junio de 1.982 ; 22 de Diciembre de 1.983 y 25 de Febrero de 1.984) que tal requisito tiene un doble aspecto: por una parte, el de fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca, por otra, que se acredite que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere...".

En relación al supuesto concreto de propiedad de un camino, cabe recordar que el art. 338 CC señala con carácter general que los bienes son de dominio público o de propiedad privada, y el art. 339 CC enumera los primeros indicando que "son bienes de dominio público: 1º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos; 2º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión".

En suma, son cosas de dominio público las que pertenecen al Estado o a otras personas jurídicas públicas y las destinadas al uso público, que es el aprovechamiento general, o a un servicio público, que es la afección a una función pública.

Los arts. 343 y 344 CC trasladan estos conceptos al ámbito provincial y local. Así, el primer precepto insiste en que "los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales", en tanto el segundo

artículo concreta que "son bienes de dominio público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las playas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias. Todos los demás bienes que unos y otras posean, son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales".

En materia de entidades locales, el art. 79 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, tras expresar en su apartado 1º que el patrimonio de las entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan, se hace eco en el apartado 2º de la distinción apuntada: "Los bienes de las Entidades locales son de dominio público o patrimoniales", añadiendo en el apartado 3º que "son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público", así como que "tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos".

Los arts. 74 y ss. del texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RDLeg 781/86, de 18 de abril, reiteran esta distinción. En concreto, el art. 74 distingue entre los bienes de uso público local ("los caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local") y bienes de servicio público ("los destinados al cumplimiento de bienes públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean sede de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, así como los montes catalogados de propiedad provincial").

Y en la misma línea, el art. 2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/1986, de 13 de junio, retoma la clasificación de los bienes de las entidades locales en bienes de dominio público, que serán de uso o servicio público, y bienes patrimoniales; el art. 3.1 contiene una descripción de los bienes de uso público local en la que incluye a "los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local", mientras que el art. 4 define como bienes de servicio público "los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades Locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos".

La STS de 15 de julio de 1998, a título de ejemplo y recogiendo criterio unánime, refiere que “en atención a lo dispuesto en el art. 132 CE y en los arts. 338 a 345 del CC cabe apreciar, en efecto, que existen dos grandes categorías de bienes, los demaniales y los patrimoniales, cada una de ellas sometida a un régimen jurídico propio aunque exista una común intervención administrativa en orden a su gestión y protección. Y a los fines que aquí interesan es suficiente indicar que respecto de los bienes de dominio público y de los comunales el art. 132.1 CE ha establecido una protección reforzada al determinar que la inalienabilidad, imprecipitabilidad e inembargabilidad habrán de inspirar su regulación legal, sin que este mandato constitucional, en cambio, se extienda a los bienes patrimoniales o de propios de las Entidades Locales, regidos por su legislación específica y, en su derecho, por las norma de Derecho privado. (...) en la inclusión por el legislador estatal de categorías enteras de bienes dentro del llamado ‘dominio público natural’ están presentes fines constitucionalmente legítimos, ‘vinculados en última instancia a la satisfacción de las necesidades colectivas primarias’, como es el uso público de dichos bienes. Y en el caso de los bienes singularmente afectados a un servicio público, hemos declarado que tal afectación se halla ‘íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material”.

Como señala la SAP de Pontevedra de 1 de febrero de 2007, “para catalogar un camino como “público” no basta, pues, con que estemos ante una franja de terreno por donde se transite o que constituya una zona de paso de los vecinos, sino que es necesario que haya sido costeado, o adquirido de cualquier otra forma por la Administración, que esté destinado, bien al uso público, es decir, que sea habitualmente utilizado o aprovechado por cualquier ciudadano, bien a un servicio público, y, finalmente, que la propia Administración, en este caso la Entidad local, asuma la conservación y ordenación de policía del camino en cuestión; en este sentido, son indicios de la índole pública del camino el que la pavimentación se realice con cargo al erario público, la existencia de alumbrado público o señalización vial administrativa, la instalación de canalización y suministros de energía eléctrica, agua o similares, o de redes de saneamiento sin recabar autorización... Se distingue así el camino público de otras instituciones creadas para facilitar el tránsito de personas y vehículos como la servidumbre de paso o la serventía.”

Sentado lo anterior con carácter general, debemos analizar por separado la concurrencia de cada uno de los requisitos para el éxito de la acción reivindicatoria tanto desde el punto de vista del hecho como del derecho. La controversia versa en la presente litis sobre los requisitos de identificación de la cosa reivindicada y el título, pues la posesión por los demandados no ha sido controvertida así como tampoco la realización de actos obstativos del uso del camino, especialmente por la entidad Partero S.L., al cerrar los caminos en los puntos de acceso a la finca Es Rafal con barreras con candado. No obstante, deben resolverse varias cuestiones previas sobre la legitimación.

Tercero: Excepciones de falta de legitimación pasiva y presupuestos procesales de la acción.

Como ya se ha indicado, la acción reivindicatoria se dirige por el propietario no poseedor frente al poseedor a quien el actor considera sin título suficiente de propiedad o posesión o con título de inferior categoría al suyo. La jurisprudencia considera legitimado pasivamente para la acción reivindicatoria a quien es poseedor. Así, suele dirigirse frente a quienes poseen el bien reivindicado a título de dueño (STS de 16 de julio de 1997). La STS de 16 de mayo de 1994, entre otras, recordaba en relación al ejercicio de la acción reivindicatoria, que “está legitimado pasivamente para soportar ese ejercicio el tenedor o poseedor de la cosa, con la consecuencia de que si, por el resultado probatorio alcanzado, se acredita que el demandado no es tal detentador o poseedor, la acción no prosperará, sin que el hecho de no haber dirigido la demanda contra el verdadero poseedor implique un defecto litisconsorcial sino una cuestión relativa a la legitimación pasiva del demandado; únicamente en el caso de que las fincas reivindicadas hubiesen estado poseídas de consuno por el demandado y la tercera persona no demandada, se daría esa falta de litis consorcio pasivo”. Por su parte, la STS de 11 de diciembre de 1992 recordaba que “para que la acción reivindicatoria alcance buen fin ... es preciso que la posesión no esté justificada por título legítimo que, sin necesidad de manifestarse a título de dueño y, por tanto, con subordinación al de propiedad, no sea excluyente del uso de la cosa, según resulta de una elemental comprobación del contenido del art. 432 CC a cerca de los conceptos en que pueden ser poseídos los bienes y de la jurisprudencia de esta Sala que explica la posible y admisible concurrencia de las especies de posesión indirecta e inmediata, respectivamente”. Sentencias anteriores del Tribunal Supremo han admitido la posibilidad de dirigir la acción contra quienes ostentan un título de grado inferior de la posesión consistente en la detentación o mera tenencia (STS 26 de febrero de 1945).

Por otro lado, el art. 432 CC y en consonancia con lo expuesto señala que “la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: o en el de dueño o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona”. Entiende la jurisprudencia que este artículo distingue la posesión mediata o superior que se tiene por medio de otro y la posesión inmediata o subposesión, de donde se deduce que cuando hay una persona que posee a título de tenedor de la cosa, reconociendo su dominio en otra persona, existen en realidad dos poseedores, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad, aunque materialmente no posea la cosa (STS de 30 de septiembre de 1964). La posesión que determina la legitimación pasiva en el ejercicio de una acción reivindicatoria es principalmente la posesión en concepto de dueño ya sea de manera inmediata o mediata.

Opone el codemandado sr. Cummings Roosevelt que carece de legitimación pasiva en el presente procedimiento toda vez que no es propietario de ninguna de las fincas

por las que discurren los caminos litigiosos sino que la propiedad corresponde en exclusiva a su esposa la sra. Echevarría, también demandada, con quien está casado en régimen de separación de bienes. Aporta como documental con su contestación fotocopia simple de las hojas registrales de las fincas nº 1.299 y nº 1.360 en las que se observa que la primera es propiedad de D^a Lola Ximena Echevarría Obregón (soltera en el momento de la adquisición de la finca y de la declaración de obra nueva) y la segunda propiedad de la misma sra. Ximena por escritura de compraventa de 5 de julio de 2001 en la que se hace constar que la compradora está casada en régimen de separación de bienes. La parte actora dirige acción contra el sr. Cumming basada en su calificación como propietario de la finca. Revisada la documentación acompañada con la demanda se comprueba que ni en el registro ni en el catastro figura el sr. Cummings Roosevelt como propietario de ninguna de las fincas atravesadas por el camino. No se ha aportado otra prueba que acredite su propiedad. Dentro de la documentación acompañada con la contestación a la demanda de Partero S.L. así como la aportada por este mismo demandado en el acto de la audiencia previa se han contado un total de quince facturas emitidas por Partero al sr. Roosevelt para pago de trabajos de reparación de los caminos en el tramo de fincas procedentes de S'Arbossar; estas facturas no van acompañadas de otras emitidas a la sra. Echevarría, por lo que cabe deducir que el sr. Roosevelt debía actuar por cuenta de su esposa, la verdadera propietaria. Estos documentos no son suficientes para acreditar su legitimación pasiva en el presente procedimiento. Tampoco resulta de la totalidad de la documental obrante en autos que el sr. Cummings Roosevelt pueda ser considerado poseedor a título de dueño o haya actuado como tal en cualquier momento sino que, de ser poseedor, lo sería sólo por convivencia con su esposa, pudiendo haber realizado incluso algún acto en interés de la misma, hecho insuficiente para otorgarle legitimación pasiva en el presente procedimiento pues ello llevaría a tener que demandar a todos los ocupantes de los inmuebles y éste no es el concepto de legitimación pasiva a que se refiere la acción reivindicatoria.

Por todo ello, procede estimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el sr. Cummings Roosevelt y desestimar la demanda dirigida contra el mismo.

Cuarto: Por lo que se refiere a las excepciones opuestas por la Abogacía del Estado, en la contestación a la demanda opone una excepción de falta de legitimación pasiva alegando que la finca es propiedad del Estado en virtud de convenio con la Comunitat Autònoma de les Illes Balears y que en la demanda no se concreta si parte del camino discurre por la porción de la finca que es propiedad del Estado así como que el Estado no tiene la gestión directa de la finca, la cual es gestionada en su integridad por la entidad Espai de Natura Balear. Pues bien, por lo que se refiere a la primera cuestión, es decir, si alguno de los caminos reivindicados discurre por el tramo de la finca propiedad del Estado, de la documentación acompañada con la contestación de la Abogacía del Estado se desprende, en definitiva, que la finca Planícia fue adquirida en su totalidad por la Comunitat

Autónoma de les Illes Balears mediante escritura pública de 17 de febrero de 2009 ejercitando derecho de retracto reconocido por la Ley de protección de espacios naturales, que previamente a dicha adquisición formal se había suscrito un convenio con el Ministerio de Medio Ambiente para llevar a cabo la adquisición de la finca, que mediante escritura pública de 14 de enero de 2010 la Comunitat vende la finca descrita al Estado Español por la cantidad de 10 millones de euros. Previamente al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, la Comunitat había otorgado escritura pública de 26 de octubre de 2009 de segregación de la finca inicialmente adquirida, de modo que en la escritura de compraventa se describe sólo la venta al Estado con una extensión de 427 Ha (4.270.000 m²). Es la finca registral nº 410. En la descripción registral de la finca, así como en la escritura, se indica expresamente que está gravada con el “convenio respecto a un camino que es común a los propietarios de los predios Planícia, S´Arbossar, Son Senutges y Son Creus”, mención con la que se está refiriendo tanto al Camí Nou de Planícia en su trazado de nueva creación como al Camí Antic en aquellos tramos en que el Camí Nou se superpone al Antic antes de llegar a las casas de Planícia. La escritura de segregación, sorprendentemente, no ha sido aportada por ninguna de las administraciones demandadas; ha de acudir al expediente de adquisición de la finca para comprobar que de la finca adquirida por retracto por la Comunitat “la Comunidad Autónoma de les Illes Balears mantendrá la titularidad de aproximadamente 18 has de la finca que comprenden las casas de la finca ‘Planícia’, de aproximadamente 1.410 metros cuadrados de edificación, y que lindan: al norte, con el linde norte de la propia finca; al oeste, con camino que atraviesa la finca; al Sur con remanente de la finca según línea recta que une el Penyal des Migdia con el camino señalado según las figuras del plano anexo a esta Orden y, al este, en parte con el linde norte de la propia finca y en parte con el remanente de la finca según línea de conexión con el Penyal des Migdia, según se aprecia en plano anexo” (folio 1.924 vuelto de las actuaciones). El resto no descrito corresponderá al Estado. El plano anexo está unido al folio 1.938 de las actuaciones. Siendo ello así, ninguna duda cabe que la continuación del Camí Antic de Planícia desde las casas hasta el límite de la finca y linde con el término municipal de Estellencs, tal y como se observa en la totalidad de los planos (por ejemplo, documento nº 11 de la demanda) y se pudo comprobar in situ en el reconocimiento judicial, discurre por terrenos propiedad del Estado lo que acredita, sin duda, la legitimación pasiva de éste.

Por lo que se refiere a la posesión del Estado, la documentación aportada por las dos administraciones pone de manifiesto que la finca “Planícia” en su totalidad es gestionada por una entidad de derecho público denominada “Espais de Natura Balear” (folio 1.957). No obstante, ello no empece a la legitimación pasiva del Estado quien sigue siendo poseedor en la forma que antes se ha expuesto de posesión mediata y el único que posee a título de dueño. Además, se da la circunstancia de

que la entidad gestora es una entidad de derecho público que puede ser modificada por resolución de la Comunitat en cualquier momento, siendo incluso dudoso que tenga personalidad distinta de la del Estado o de la Comunitat; de hecho, en trámite de conclusiones el Abogado del Estado refirió que la gestión corre actualmente a cargo de la entidad “Instituto Balear de la Naturaleza”. Exigir que la acción se dirija también contra las cambiantes entidades de derecho público que se van encargando de la explotación directa de la finca crearía una gran inseguridad jurídica máxime cuando siguen siendo entidades públicas que dependen directamente de la Administración. Es un supuesto de posesión mediata del propietario de la finca por cuyo terreno discurre el camino controvertido y, por tanto, el propietario sigue estando legitimado pasivamente. Es más, la lectura del expediente de recuperación del camino que se ha aportado como documento nº 4 de la contestación de la Abogacía del Estado permite concluir que el Estado ha llevado a cabo actos propios en los que reconoce esta legitimación pasiva, pues si reclama la propiedad del camino al entenderse perturbado en la misma por los cierres ejecutados en el año 2010 por la entidad Partero también en las barreras que delimitan Planícia y Es Rafal está reconociendo su legitimación pasiva para cualquier reclamación relativa a la propiedad e incluso el uso de este camino. Todas las gestiones, aun cuando sean poco eficaces, llevadas a cabo tras los cierres de los caminos lo han sido siempre por el Estado o por la Comunitat, nunca por la entidad de derecho público que se limita a la gestión directa de la finca. Se desestima, por ello, la excepción de falta de legitimación pasiva.

Por lo que se refiere al requisito de procedibilidad, opone el Abogado del Estado en trámite de conclusiones que la demanda debe ser desestimada porque no se dirigió reclamación administrativa previa frente al Estado. Lo primero que llama la atención es que la supuesta falta de este requisito procesal-administrativo no fuera alegada en el momento procesal oportuno, es decir, en la contestación a la demanda, debiendo deducir, por tanto, que el Abogado del Estado entendía que no faltaba requisito procesal alguno, lo que sería suficiente para desestimar esta excepción opuesta extemporáneamente en trámite de conclusiones. Pero es que, además, entrando en todo caso a valorar el cumplimiento de dicho requisito, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de relativizar su importancia cuando se trata de una reclamación civil. Así, en la STS de 19 de octubre de 2007, ponente D. Xavier O’Callaghan, se indica de forma clara que “no puede aceptarse que el artículo 120 de la citada ley de carácter administrativo opere como condicionante absoluto de una acción civil, como es la reivindicatoria, habiendo devenido tal exigencia en un requisito puramente formalista que debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española. Esta es una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son expresión las sentencias de 29 octubre de 1992, 15 de marzo de 1993, 2 de abril de 1993, 12 de mayo de 1994 y la de 14 de mayo de 2002 que dice literalmente: la exigencia de la reclamación previa tiene como finalidad esencial la de impedir que la Administración, en sus distintos grados y categorías, entre en un proceso sin haber

tenido la oportunidad de evitarlo, lo que, sin duda, conduce a una ineludible semejanza con el instituto de la conciliación procesal civil, debido a que ambos actúan a modo de conocimiento de un futuro litigio y, en su caso, como mecanismo para eludir su iniciación, y en virtud de esta semejanza o equiparación, no obstante las diferencias a reconocer entre uno y otro, ello origina, a su vez, que la falta de reclamación previa se ubica plenamente en la categoría de los defectos corregibles, de manera que su petición ha de ser interpretada con criterios de flexibilidad y de adaptación conforme a las pautas contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil, pues su falta constituye una anomalía susceptible de enmienda a lo largo del proceso y no existe base alguna en nuestro ordenamiento jurídico para que su demanda, más bien formal, actúe como condicionante absoluto del ejercicio de las acciones y debe ser obviada en aras de la efectividad de la tutela judicial proclamada en el artículo 24 de la Constitución, aparte de que, en este caso, al oponerse el Ayuntamiento de Ciutadella al fondo, ya no había posibilidad de acuerdo y el trámite, que ciertamente no fue reparado, devino inútil”.

En el presente caso, no consta reclamación administrativa previa en sentido formal de reclamar al Estado la propiedad del camino pero sí un acto al que debe reconocerse el mismo valor: siendo la parte actora también una administración pública, el Ajuntament de Banyalbufar, se dirige al Estado antes de interponer la demanda (formalmente al menos el 19 de mayo de 2010) con la finalidad de que, siendo la finca Planícia de dominio público, se adhiera como administración pública a las acciones civiles que el Ajuntament anuncia para recuperar la propiedad pública del camino (documento nº 5 de la contestación de la Abogacía del Estado, folios 1.962 a 1.964). Dicha petición es contestada reclamando un plano de los caminos y no constan más respuestas. Con ello se cumple la finalidad perseguida por la exigencia de reclamación administrativa previa en los términos que expone el Tribunal Supremo, siendo evidente que el Estado pudo evitar su condición de demandado en el presente procedimiento. Emplazado el Estado para contestar a la demanda, se opone a la misma e interesa su íntegra desestimación defendiendo, no sin cierta confusión, que los caminos son privados. Por tanto, de nuevo el Estado pierde la oportunidad de adherirse a la petición del Ajuntament pues en la demanda se solicita la no imposición de costas a quienes no formulen oposición. Por todo lo anterior, ha de concluirse que no falta ningún requisito de procedibilidad.

En cuanto a la existencia o no de actos obstativos por parte del Estado a los efectos de determinar su legitimación pasiva en el procedimiento, debe recordarse que la acción que se ejercita es la reivindicatoria de la propiedad y no la acción interdictal que se limita a proteger la posesión. El Estado, como se ha dicho, posee a título de dueño el terreno por el que discurre una gran parte del trazado de los caminos de Planícia, especialmente del Camí Antic hasta llegar a Estellencs. Es cierto que no consta que el Estado haya colocado barreras que cierren el paso por esos caminos

pero, conociendo su cierre por parte de Partero en el linde con Es Rafal, se ha aquietado a dicho cierre (pues se archivó el expediente iniciado) a pesar de que, incluso en el caso de que fuera un camino privado, el Estado, como propietario de Planícia, forma parte de la comunidad de propietarios y tiene derecho de paso, aquietamiento que, en la medida en que ratifica el cerramiento, ha de ser considerado como acto obstativo. Por último, la oposición a la demanda origen de la presente litis es un acto jurídico obstativo claro que confirma su legitimación pasiva en todos los aspectos.

Por último, tanto en la contestación a la demanda como en trámite de conclusiones se alega que la finca Planícia está adscrita al dominio público marítimo-terrestre como impedimento al éxito de la acción ejercitada. Pues bien, consta acreditada en autos dicha adscripción (folios 1.951 a 1.953). Sin embargo, no se aprecia de qué forma esa afectación puede impedir resolver sobre la propiedad de un camino que cruza la finca, sobre todo si se concluye que es público, y tampoco el Abogado del Estado lo ha explicado. Ninguno de los caminos discurre por el litoral. Esta adscripción debería ser interpretada, en todo caso, no como un impedimento sino como una presunción de titularidad pública, pues debe recordarse que como señaló la STS de 8 de junio de 2001 (a título de ejemplo), “los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión reivindicatoria del Estado, probar los hechos obstativos de la misma o, en su caso, los derechos que sobre ellos aduzca, posición obstativa del particular que sólo puede prosperar si acredita la desafectación de los bienes por acto de soberanía, por cambio de destino, que su enajenación fue autorizada o que han pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880”. Pero es que, además, en el presente caso el Estado adquiere en el año 2010 la finca de procedencia privada por lo que sólo podrá haber adquirido y adscrito aquello que fuera propiedad del vendedor y en ningún caso los bienes de dominio público local, propiedad de un tercero ajeno al contrato de compraventa. Las competencias demaniales que al Estado corresponden conforme a la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas y conforme a la Ley de Costas no son tampoco incompatibles con la posibilidad de que el camino sea público, demanial, competencia del Ajuntament, pues cada administración ejercerá sus competencias dentro del ámbito territorial que les corresponda (el camino o la finca), sin perjuicio de los convenios que puedan alcanzar entre ambas siempre en defensa del interés general y la protección de este territorio, sin que se alteren sus características propias que deben ser preservadas.

Se desestiman, por tanto, todas las excepciones procesales y de falta de legitimación opuestas por la Abogacía del Estado.

En trámite de conclusiones, tanto la Abogacía del Estado como la Abogacía de la Comunitat Autònoma alegan que el Ajuntament no puede reclamar la propiedad de un camino porque sólo parte del mismo discurre por el término municipal de

Banyalbufar (correspondiendo el supuesto resto a Estellencs) y los bienes demaniales son indivisibles. Pues bien, de nuevo sorprende que las dos administraciones realicen esta alegación de forma extemporánea, pues los hechos en que se basa constaban ya relatados en la demanda (en la que se decía expresamente que el Camí Antic continúa por el término municipal de Estellencs por la finca Es Salt y otras) y se desprendía fácilmente de la documentación acompañada con la misma. También en la audiencia previa se trató la cuestión, a petición de la entidad Partero, aclarando el Ajuntament que la reclamación se dirige sólo respecto al camino que discurre por el término de Banyalbufar y que las manifestaciones respecto al término municipal de Estellencs se han realizado para explicar la continuación del camino como punto de unión entre municipios; nada opusieron tampoco en ese momento ni la Abogacía del Estado ni la Abogacía de la Comunitat. Se alega, por tanto, en fase de conclusiones una especie de excepción de falta de legitimación activa. Es extemporánea. En todo caso, el art. 9 del Reglamento de Bienes de las entidades Locales no sólo faculta sino que obliga a las entidades locales al ejercicio de las acciones que sean necesarias en defensa de sus bienes. Los bienes de las entidades locales son inalienables, imprescriptibles e inembargables; nada se dice, en cambio, sobre su división. En todo caso, no nos encontramos ante un supuesto de división de un bien demanial sino que el Ajuntament reclama la propiedad de la totalidad del camino respecto del cual está legitimado, es decir, el que discurre dentro de su término municipal. De reclamar la parte que se extiende sobre el término municipal de Estellencs podría apreciarse falta de legitimación activa; por otro lado, exigirle que litigue junto al Ajuntament de Estellencs es contrario al derecho de acceso a la tutela judicial efectiva pues la oposición de Estellencs le impediría cumplir con su obligación de ejercitar las acciones en defensa de sus bienes y, al tiempo, es posible que la cuestión no sea controvertida en el término de Estellencs, controversia no acreditada por los demandados. Es una reclamación delimitada por la legitimación procesal. Por tanto, se desestima esta excepción opuesta en trámite de conclusiones.

Quinto: Entrando a resolver sobre el fondo de la cuestión, lo primero que ha de resolverse es la identificación del inmueble reivindicado, pues la falta de prueba sobre dicha identidad y delimitación dará lugar a la desestimación de la demanda. Abundando en lo antes expuesto sobre este requisito, la Sentencia de 1 de Diciembre de 1992 , dice: “la identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno con sus cuatro puntos cardinales, debiendo éstos concretarse con toda precisión y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del artículo 348 del Código Civil (Sentencias de 12 de Abril de 1980 , 6 de Febrero de 1982 , 31 de Octubre de 1983 y 17 de Enero de 1984).”

Por su parte, la STS de 23 de mayo de 2002 señalaba que: “Tratándose de bienes inmuebles, la jurisprudencia ha precisado los elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de decidir si se cumple o no este requisito de identidad de la finca reivindicada. La Sentencia de 21 de Marzo de 1985 dice que la identidad de las fincas se ha de comprobar atendidos, principalmente, al nombre con el que se les designa, a sus cabidas y linderos y a cuantos medios adecuados sean utilizados para la formación del juicio por el juzgador, originando, según proclama la Sentencia de 6 de Octubre de 1915 , aún habiéndose producido inscripción registral, una cuestión de hecho contraída a la identificación de las fincas y a la determinación del terreno que corresponda a los títulos respectivos, ya que las inscripciones del Registro de la Propiedad acreditan solamente la actuación del funcionario encargado del mismo, pero no son documentos auténticos que comprueben por sí solos la realidad del derecho al ser mera corroboración del título en que conste el Derecho. A través de los linderos y cabida de la finca, estima probada su identificación la Sentencia de 10 de Julio de 1987, porque esta descripción da idea de tres linderos fijos: un camino y un arroyo, linderos naturales, y un olivar de tercera persona, por lo que a partir de estos tres linderos, se puede obtener mediante la aplicación de la cabida, el cuarto linderero que es común con los demandados. Da idea pues de un situación, incluso de una forma cuadrangular y de una cabida, suficientes para una identificación con la exactitud exigibles.”

La SAP de Sevilla de 24 de noviembre de 2010 señala que “la doctrina jurisprudencial exige la inequívoca identificación de la finca de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuál sea y que tal requisito tiene un doble aspecto: por una parte, el de fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca, por otra, que se acredite que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere. Especialmente interesante es la sentencia de dicha Sala (Primera del Tribunal Supremo) de 20 de marzo de 1982 al establecer que la documentación que aporta quien ejercita una acción reivindicatoria debe acreditar la certeza de lo afirmado en su demanda, sin necesidad de acudir a conjeturas o interpretaciones más o menos lógicas, y que la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cual sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrado, con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquél al que se refieren los títulos y los demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos. Finalmente resulta también de interés citar la sentencia de 25 de febrero de 1.984 en relación con el caso de autos, ya que en la misma se afirma por el Tribunal Supremo que la identificación a efectos reivindicatorios no consiste sólo en describir la cosa reclamada, fijando con precisión y exactitud la cabida y los linderos, sino que además ha de ser demostrado ‘sin lugar a dudas’ que el predio topográficamente señalado es el mismo a que se refieren los documentos y demás medios de prueba utilizados.” En dicha resolución se recuerda, al igual que en toda la jurisprudencia

del Tribunal Supremo, que la carga de la prueba sobre la identificación de la cosa en la acción reivindicatoria corresponde a la parte actora.

Continúa diciendo dicha resolución, que tiene también por objeto la reivindicación de la propiedad de un camino, lo siguiente: “El hecho de que lo que se reivindique sea un camino público, no permite la identificación de la finca por el mero hecho de que sea el lugar por el que actualmente se pase. El camino público tiene un trazado preciso y concreto y sólo el espacio físico que ocupe puede ser considerado de dominio público, de modo que si por el paso del tiempo el trazado original cae en desuso y los particulares crean en terrenos de titularidad privada variantes a dicho camino público por ser de mayor comodidad, por existir o surgir obstáculos físicos en el camino original, por perder su utilidad el trazado original al desaparecer o cambiar de ubicación los lugares a que conducía o por cualquier otra razón, tales variantes no se convierten en camino público por el mero hecho de que sean alternativas al camino original, sino que sólo el trazado original tiene la condición de bien de dominio público y de ahí que la reivindicación del mismo exija fijar con precisión ese trazado original, con fijación clara de linderos, límites, anchura, etc.”

La identificación del camino reivindicado, primer elemento de la acción, es un hecho controvertido y, como tal, objeto de prueba. Es decir, para entender acreditado este requisito, tal identificación no ha de resultar necesariamente y de forma definitiva de la demanda sino que en ésta bastará delimitar con claridad y precisión lo que se reclama y, en caso de que sea negada su existencia, ubicación o trazado por alguno de los demandados, será el conjunto de la prueba practicada en el procedimiento lo que permitirá concluir si lo reclamado en la demanda está perfectamente delimitado y se corresponde con la realidad.

La identificación de los caminos reclamados se hace en la demanda con base en el Catálogo de Caminos Públicos de Banyalbufar, no tanto por su valor como título (sobre lo que después volveremos) sino a efectos de su identificación. Es el documento nº 2 de la demanda. Se identifican también en el informe del sr. Reynés acompañado como documento nº 3 y en los planos aportados como documentos nº 5 a 11 de la demanda. Ninguno de los dos caminos reivindicados aparece descrito en el Registro de la propiedad ni tampoco en el catastro más que el Camí Antic en los tramos en que se superpone el Camí Nou (que sí se recoge en el catastro en el tramo hasta la entrada a la finca Es Rafal como parcela 9001 del polígono 1 y parcela 9002 del polígono 3 de Banyalbufar, folios 1.010, 1.217 y 1.218, dentro de la pericial del sr. Carpintero). La parte demandada refiere que no se cumple el requisito de identificación del bien reivindicado fundamentalmente por dos motivos, por un lado, porque en muchos tramos alega que en la realidad no existe tal camino y, por otro lado, por la nomenclatura empleada en la demanda que refiere no corresponde a los supuestos caminos reivindicados.

Sexto: Por lo que se refiere, en primer lugar, a la existencia real de los caminos, para la conclusión probatoria alcanzada en la presente resolución ha sido fundamental la prueba de reconocimiento judicial, con asistencia de los técnicos, que ha permitido constatar sobre el terreno la credibilidad y correspondencia con la realidad de los planos acompañados con la demanda, las periciales del sr.Reynés y del sr. Vives y el informe emitido por el perito judicial sr. Rullan en cuanto a la descripción de los caminos y, al mismo tiempo, la enorme confusión que ofrece el dictamen del sr. Carpintero (un amalgama repetitivo de valoraciones terminológicas y jurídicas más que técnicas y de descripción física que serían las propias de su pericia como técnico forestal).

Antes de entrar en el detalle de cada uno de los caminos reivindicados es necesario realizar algunas consideraciones de valoración probatoria que son comunes a ambos, especialmente en relación a la valoración de la prueba pericial, refiriendo los criterios que han de tenerse en cuenta.

Se han aportado al presente procedimiento un total de siete informes periciales de objeto coincidente solo en parte lo que obliga a realizar una serie de consideraciones sobre la valoración de esta prueba al ser común a los tres caminos litigiosos, consideraciones comunes a todos los peritos si bien unos como el sr. Vives y el sr. Carpintero (por su condición de ingenieros) tendrán más relevancia en la asistencia al reconocimiento judicial para la identificación del camino litigioso, otros como el sr. Villalonga y el sr. Cateura van referidos al requisito del título (por su pericia en materia histórica) mientras que el sr. Reynés y el sr. Rullán inciden en los dos aspectos controvertidos.

Debemos recordar que el perito es una persona con conocimientos técnicos o científicos en una materia en la que el juez es lego, de modo que, como ha señalado el Ilmo. Sr. Seijas Quintana, el perito, a diferencia del testigo, que declara sobre hechos que conoce con anterioridad, se incorpora al proceso como auxiliar del Juez en vista de sus conocimientos especializados sobre una determinada materia. Sus conocimientos técnicos o prácticos y no otra cosa es lo que justifica su intervención en el proceso. El perito además debe actuar, en palabras de la propia Ley, “con la mayor objetividad posible”, con lo que el legislador quiere reflejar que en la mayoría de las ocasiones el pronunciamiento del perito no responderá a una ciencia exacta sino que comprenderá un componente valorativo (acorde con la lex artis propia de la ciencia de que se trate) si bien de valoración técnica y nunca jurídica. Esta obligación es exigible a todos los peritos, ya sean de parte o designados por el juzgado, debiendo valorar a todos ellos con los mismos criterios. Esta previsión adquiere especial relevancia en el presente procedimiento en que el objeto de la pericia aportada a los autos lo ha sido, por un lado, para acreditar datos técnicos en un sentido geográfico y, por tanto, haciendo uso de una ciencia casi exacta y fácilmente comprobable en la prueba de reconocimiento judicial; y, por otro lado, para acreditar un uso con utilidad pública o no y con finalidad de comunicación

de pueblos para lo cual adquiere especial importancia el componente valorativo y los conocimientos del perito para interpretar los datos (citas y documentación histórica principalmente) de los que extraer una conclusión. La valoración de esta parte de los informes periciales deberá hacerse atendiendo a la solidez de los argumentos expuestos en defensa de sus conclusiones, pues el componente interpretativo de la historia es inevitable. La SAP de Vizcaya de 22 de febrero de 2005, hace referencia a los siguientes criterios de valoración: a) la fundamentación de los dictámenes y de lo que se haya vertido en el acto del juicio o vista; b) deberán tenerse en cuenta las conclusiones mayoritarias, tanto de los peritos de parte como de los judiciales, debiendo fundamentar especialmente cuando el juez se aparte de las mismas; c) ponderar el examen de las operaciones o medios empleados para sustentar el dictamen; d) la competencia profesional del perito y demás circunstancias que permitan influir en su imparcialidad. Por su parte, la SAP de 22 de enero de 2008 recuerda que lo que resulta relevante, a la hora de conceder mayor o menor credibilidad a los peritos, es la calidad y rigor científico que ilustre su razonamiento, el desarrollo lógico de sus conclusiones y la acomodación de éstas al objeto de la pericia y a la realidad del pleito, debiendo tener presente también la titulación del perito y la relación de ésta con el objeto de la pericia. Como señala la STS 11 de mayo 2012: “La emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo convenientemente”.

Así se recoge también en la jurisprudencia reciente, pudiendo citar la SAP de Baleares de 27 de febrero de 2015 cuando recuerda, citando otras anteriores, que “el sistema de valoración de la prueba pericial continua siendo el de libre apreciación razonada o, en terminología tradicional de nuestro Derecho, el de apreciación ‘según las reglas de la sana crítica’ (art. 348 LEC). El juez deberá valorar los dictámenes tomando en cuenta sus propias máximas de experiencia, como son la lógica interna del informe del experto, su ajuste a la realidad del pleito, la titulación del perito con relación a lo que constituye el objeto de la pericia, la relación entre el resultado de la prueba pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, el detalle y exhaustividad del informe, la metodología de las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones, como son la inspección, la extracción de muestras o la realización de análisis, etc. En cuanto a la objetividad del dictamen, atendiendo al origen de parte o judicial del mismo, se ha dicho por este Tribunal que a lo que debe atenderse en el momento de la valoración es a la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia a los que antes se ha aludido y que el art. 343 LEC intenta garantizar instaurando la tacha de los peritos que no sean de designación judicial”.

En el presente caso, debemos empezar negando cualquier valor probatorio al informe del sr. Company Salaverría no sólo por su carácter escueto sino por la falta

de razonamientos que sustenten las conclusiones alcanzadas, excediéndose, además, del objeto de su pericia para concluir que los caminos de Planícia son privados. Llama la atención, no obstante, que se menciona y reconoce expresamente la existencia de un “Camí Vell” y de un “Camí Nou” de Planícia a diferencia de la posición de Partero. En cuanto a los demás informes, se ha observado que las conclusiones a las que han llegado los peritos sr. Reynés, sr. Rullan y sr. Vives son prácticamente coincidentes, en cuanto al trazado, antigüedad y función de comunicación entre municipios, lo que refuerza el valor de las mismas. No se han apreciado extralimitaciones respecto del objeto de su pericia ni calificaciones jurídicas. Especial mención merece la relación de cada uno de ellos con el objeto del pleito a la vista de las preguntas formuladas por Partero en el acto del juicio a pesar de que no ha formulado recusación ni tampoco tacha respecto a ninguno de ellos, aun estando entonces en plazo de hacerlo conforme a los arts. 343 y 344 LEC. Respecto al sr. Reynés, reconoce haber participado en la elaboración de los catálogos de caminos de diferentes municipios al coordinar un equipo multidisciplinar de personas en el Consell de Mallorca pero de ello no se extrae necesariamente una vinculación o interés directo en el resultado del pleito que desvirtúe el valor probatorio de su informe, sino más bien un conocimiento exhaustivo del objeto de su pericia toda vez que trabaja para el Consell de Mallorca, es biólogo con máster en geografía, ha formado parte de la Escola de Margers y ha explicado que dirige un equipo multidisciplinar de personas en su actividad profesional diaria. El catálogo no repercute en su interés particular y está vinculado con su trabajo para la administración pública. Refiere haber emitido el dictamen acompañado como documento nº 3 de la demanda al haber solicitado el Ajuntament un informe al Consell de Mallorca y ser él la persona encargada del departamento a quien correspondía hacer el informe. Por último, el hecho de que sea socio de un grupo de excursionistas no es motivo para dudar de la objetividad de su informe al no haber apreciado, al compararlo con el conjunto de la prueba practicada y comprobar incluso algunas de las citas documentales del mismo, contradicción o tergiversación alguna, siendo todo lo expuesto razonable y, en realidad, poco apartado de los informes del sr. Villalonga y del sr. Cateura salvo en la cuestión de la toponimia. Es cierto que su conclusión final habla de titularidad pública pero el resto del informe no contiene valoraciones jurídicas y es el contenido y la argumentación lo que se valorará.

En cuanto al sr. Vives, tampoco se aprecia signo alguno de parcialidad en su actuación ni vinculación personal con el resultado del pleito o beneficio propio o con las asociaciones en defensa del carácter público de los caminos (más bien todo lo contrario, según ha manifestado), sin que de su condición de vecino de la zona pueda desprenderse dicho interés y sin que se hayan encontrado lagunas en su razonamiento lógico.

En cuanto al perito sr. Rullan, designado judicialmente, ha de recordarse que la pericia fue encargada al departamento correspondiente de la Universitat de les Illes

Balears y que fue este ente quien designó al sr. Rullan, no existiendo razones para dudar de la imparcialidad de la Universitat. El informe se emite en nombre de la Universitat. Ninguno de los demandados realizó objeción alguna durante el largo tiempo transcurrido desde su designación, ni siquiera en la audiencia previa. Es cierto que el sr. Rullan ha escrito artículos vinculados con la zona que atraviesan los caminos de autos pero ello no afecta a su imparcialidad pues él mismo lo ha mencionado en las citas bibliográficas de su informe, esta juzgadora ha leído tales artículos y no se ha encontrado pronunciamiento alguno sobre la titularidad de los caminos que haga pensar en la existencia de una idea preconcebida sobre el objeto del pleito y su dictamen pericial no contiene valoraciones jurídicas. Comprobadas las citas realizadas en su informe en la medida en que aparecen recogidas en libros citados en la bibliografía usada, habiendo procedido a la lectura de éstos, no se ha encontrado contradicción ni tergiversación alguna, ni siquiera en el libro de Rosselló y Albertí que el letrado de Partero expuso en el acto del juicio. Cuestión distinta es que la interpretación que de las citas del libro hagan el sr. Rullan y el letrado sea diferente pues, como se ha dicho, el objeto de la pericia consiste precisamente en recoger las citas históricas e interpretar su significado con base a los conocimientos propios del perito, en este caso catedrático de Geografía de la Universitat de les Illes Balears (de hecho, la discusión planteada por el letrado de Partero en el acto del juicio sobre una tergiversación de datos en la página 37 del informe del sr. Rullan carece de sentido alguno pues la mera lectura de esta página permite observar que el objeto de las citas no es el pretendido por el letrado y tales citas, además de prácticamente irrelevantes para la cuestión litigiosa, no se han demostrado incorrectas). La interpretación del perito se aprecia razonable y lógica, sin lagunas ni contradicciones ni entre las distintas afirmaciones del informe ni con lo que resulta del resto de la prueba practicada.

Por lo que se refiere a los peritos sr. Villalonga y sr. Cateura, licenciado en historia y catedrático de Historia Medieval respectivamente, ambos aportados por Partero S.L., no se ha puesto en duda su capacidad pericial ni su imparcialidad. En realidad, respecto al informe del sr. Villalonga, muchas de las citas históricas que se recogen en el mismo coinciden con las recogidas por el sr. Reynés y el sr. Rullan, difiriendo sólo en su interpretación. En cuanto al sr. Cateura, el contenido de su dictamen escrito coincide con las explicaciones ofrecidas por los sres. Reynés y Rullan en su comparecencia a juicio y la discrepancia versa sólo en la toponimia de los caminos, que después se valorará, siendo su dictamen escrito demasiado genérico sin descender al caso concreto que nos ocupa. Por último, en cuanto al informe del sr. Carpintero, ingeniero técnico forestal deben rechazarse todos los pronunciamientos jurídicos y valoraciones de tipo jurídico, numerosísimos, que se contienen en su informe y que claramente lo condicionan, ya que exceden del objeto de su pericia. Por ello, se valorará esta pericial haciendo abstracción de toda esta parte y centrándonos sólo en los aspectos técnicos de mediciones de caminos, descripción técnica de características y datos objetivos propios de su ramo de pericia.

Séptimo: Aplicado lo anterior al caso concreto y en referencia a la controversia sobre la identidad de los bienes reivindicados, en la contestación de Partero y, en especial, en el informe del sr. Carpintero (documento nº 3 de dicha contestación) se recogen extensas consideraciones sobre los conceptos de “camino” e “itinerario” y sobre las posibles calificaciones jurídicas del primero que no se corresponden con el ramo de su pericia, ingeniero técnico forestal, no lingüista ni jurista, pero que, sobre todo, no son las que derivan de las reglas de la lógica, pues conducen al absurdo. Las extensas consideraciones que hace el dictamen sobre el concepto ‘itinerario’ en relación a ‘camino’ nada aportan para esclarecer el hecho litigioso. Es evidente que un itinerario, en el sentido de ‘ruta que se sigue para llegar a un lugar’ (una de las definiciones de la RAE) puede estar formado por la suma de varios caminos o de trozos de distintos caminos pero también de parte de un solo camino, es decir, siguiendo el mismo ejemplo que el sr. Carpintero recoge en su informe, la carretera de Palma a Manacor (actual Ma-15) pasa también por Montuiri y en este caso el itinerario Palma-Montuiri nos llevaría sólo por sólo un trozo de la carretera/camino sin necesidad de enlazar con ningún otro sin que ello llevara a la conclusión de que para ir a Manacor fuera necesario sumar caminos diferentes o que para ir a Manacor no hay camino sino un itinerario. Pero es más, la RAE recoge otras dos acepciones de la palabra ‘itinerario’ que casi la identifican con un camino: “pertenecente o relativo a un camino”, “dirección o descripción de un camino con expresión de los lugares, accidentes, paradas, etc., que existen a lo largo de él”, acepción ésta que llevaría a la conclusión contraria a la defendida por el sr. Carpintero. En cualquier caso, con esta confusión lingüística lo que se defiende en la contestación de Partero y en el informe del sr. Carpintero es que lo que en la demanda se reclaman como caminos no serían tales sino meras rutas formadas por la suma un tanto forzada de caminos de explotación interiores de una finca. Pues bien, la prueba de reconocimiento judicial lleva a esta juzgadora a la total convicción de que los dos caminos ahora examinados, aun cuando en algunas de sus zonas se encuentren en manifiesto estado de abandono o borrados por el cultivo reciente, constituyen cada uno una unidad clara de trazado inconfundible, diferenciada del terreno sobre el que discurren; al recorrer los caminos en ningún momento se adquiere la impresión de estar ante una suma de caminos de explotación, pues incluso las intersecciones con lo que sí eran caminos de explotación o secundarios dentro de la finca fueron escasas a lo largo de los dos caminos: en el Camí Antic el desvío hacia las casas des Rafal al finalizar el tramo 5 e inicio del 6 y la intersección con un camino que parece sube a una zona conocida como “Ses Fonts” dentro de la finca Planícia y que parece estaría catalogado como nº 19 (página 58 de la ampliación del informe del sr. Carpintero y recogida en el acta judicial), a lo que debería añadirse la carretera privada de acceso a las casas de Planícia construida a mediados del s. XX; en el Camí des Rafal, el camino que va a la Font des Garbell y el camino que sigue desde la Font de S´ Obi por detrás de la “Casa del delme”. No se encontraron otras intersecciones relevantes, sin perjuicio de otros caminos que pueda haber dentro de la finca, lo que permite avalar la idea de unidad y continuidad propias de un camino, ya se use para dirigirse sólo a una parte del mismo (itinerario que forma parte del

camino, por ejemplo para ir de una posesión a otra), ya se use para enlazar con otro camino o carretera (itinerario formado por varios caminos, por ejemplo para enlazar con el Camí des Correu en dirección a Palma).

Es cierto que un camino no es tampoco cualquier lugar por donde se pueda transitar sino que debe estar delimitado o identificado de alguna forma, es decir, como señala el sr. Carpintero en su informe, “es una unidad física con identidad propia, pues además de disponer de características intrínsecas propias como origen, destino, naturaleza, anchura, tipo de firme y, si procede, aspectos constructivos del mismo como pendiente, radios de curvatura, infraestructuras de mantenimiento, etc, y, además, tiene un servicio o finalidad”. Así la RAE lo define como “tierra hollada por donde se transita habitualmente” (por lo que no es indispensable que tenga elementos constructivos) o como “vía que se construye para transitar” (cuando sí tenga elementos constructivos). Pues bien, en la prueba de reconocimiento judicial los dos caminos eran fácilmente identificables en todo momento, salvo en los escasos trozos recién labrados (Olivar de na Maiola) y los caídos en desuso (tramos del Camí Antic dentro de Son Senutges y Es Rafal) donde no desaparecía sino que era sólo más dificultoso, hasta el punto de que cualquier persona aun sin conocer la zona podría identificarlos y seguirlos sin problema. Por ejemplo, en el trozo del Camí des Rafal que va desde las casas hasta S’Era den Ribas durante la prueba de reconocimiento judicial se siguió en un primer momento un trazado erróneo pero no porque el camino no existiera sino porque era fácilmente confundible con el resto de bancales por la orografía del terreno de modo que era necesario andar unos metros para comprobar que se seguía el trazado correcto, como finalmente ocurrió, pues el camino entre marges llevaba sin solución de continuidad ni posibilidad de pérdida a S’era den Ribas siguiendo todo el trazado descrito en la demanda mientras que el resto de bancales llevaban o eran sólo zonas de cultivo.

Todo camino responde a una finalidad o utilidad pero ésta debe entenderse en red, tal y como ha explicado el perito sr. Rullán en el acto del juicio y explica en las páginas 31 y siguientes de su informe en relación al caso concreto que nos ocupa, lo que se examinará con detalle al valorar el requisito del título.

En cuanto a las características de los dos caminos reivindicados, ambos eran caminos de herradura (sin perjuicio de que en algunos tramos hayan podido ser ampliados por la propiedad de la finca en fechas más recientes para responder a la necesidad de paso rodado, tal y como se observó en el reconocimiento judicial y explicó el sr. Reynés en la comparecencia a juicio) por lo que sus características constructivas, tal y como indica el sr. Reynés en su informe (por ejemplo al folio 167 de los autos) son las de presentar “marges de sosteniment, empedrats i ratlletes” en los tramos en que fuera necesario por la pendiente del terreno, tal y como también explicó el perito durante el reconocimiento judicial. A indicación de los sres. Rullan y Reynés durante el reconocimiento judicial se observaron otros elementos constructivos característicos de estos caminos de herradura como son las piedras

colocadas en el firme del camino, en su parte exterior, cuando no hay pared alta y que tenían la finalidad de servir de guía a los animales empleados por el transporte y de identificar el camino en determinadas condiciones meteorológicas como lluvia o nieve ('escupidors', véase por ejemplo las fotos judiciales nº 2 y nº 3 del 19 de marzo). La presencia de estos elementos se apreció en numerosos tramos de los caminos controvertidos y las explicaciones ofrecidas por los citados peritos sr. Reynés y sr. Rullan se aceptan no sólo por lógicas y por los conocimientos técnicos y de la zona que ambos demostraron tener (conociendo el sr. Reynés con detalle debido a su trabajo y formación técnica toda la zona de la Tramuntana) al tiempo que no desvirtuada por otra posible versión sino especialmente porque su corrección y realidad se comprobaron al observar la presencia de los mismos elementos constructivos en el tramo del Camí vell d'Estellencs (camino reconocido por todas las partes como público, nº 6 del catálogo de Banyalbufar) que se anduvo durante el reconocimiento judicial el día 20 de marzo hasta llegar a la intersección con la carretera actual. Así, a lo largo de los tramos de los diferentes caminos con pendiente se observó la existencia de estos elementos constructivos (tal y como se refleja, por ejemplo, en las fotos judiciales nº 2, 3, 9, 14 y 15 del día 19 de marzo) mientras que en los tramos sin pendiente, como la zona del Bosc Gran (tal y como se refleja, por ejemplo, en las fotos judiciales nº 16 y 19 del día 19 de marzo), el camino se seguía por la tierra hollada sin pérdida y sin necesidad de elementos constructivos (apreciable también en la grabación).

Octavo: Se describe a continuación con detalle cada uno de los caminos cuya existencia se declara probada, razonando con más detalle la conclusión sobre cada uno de los tramos.

1.- Camí Antic de Planícia (nº 18 del catálogo). Tras la valoración conjunta de la prueba practicada y, en especial, el extenso reconocimiento judicial llevado a cabo, esta juzgadora no alberga duda alguna sobre la existencia del camino identificado en la demanda y en el catálogo como 'Camí Antic de Planícia'. Bien es cierto que el catálogo es manifiestamente mejorable desde el punto de vista técnico y descriptivo, pues la descripción de cada tramo debería ir acompañada de un plano grafiado de su trazado y, a su vez, cada tramo debería estar identificado (por ejemplo con colores) en el plano general de la ficha. Ello no ha impedido, en todo caso, conocer el trazado del camino y comprobarlo sobre el terreno a la vista de la ficha del catálogo y de los planos que se dirán, todos ellos coincidentes. En el reconocimiento judicial se pudo comprobar que el camino existe con el trazado que se indica en el catálogo como camino nº 18 a excepción de lo que parece corresponderse con el tramo sexto, que en el catálogo se describe como desconocido y cuya existencia y trazado reales se comprobaron de forma clara durante el reconocimiento judicial. Esta pequeña modificación del catálogo, sobre la que después se regresará, aun cuando no descrita dentro de un itinerario completo en el informe del perito sr. Rullan, es la que se corresponde con el punto que se conoce como "ses dresseres" desde el cual hay que seguir a la izquierda, pues a la

derecha se bifurca en un camino privativo que lleva a las casas del Rafal y de frente hay un terraplén (más o menos sobre S´era den Ribas) y no un punto de unión con el camí des Rafal. La unión tiene lugar, en cambio, al finalizar este tramo 6 frente a la zona conocida como 'es magatzem'. Este camino aparece perfectamente grafiado en el documento nº 110 del informe del sr. Reynés (documento nº 3 de la demanda, folio 363) que se seguirá al ser el documento más ilustrativo. El punto erróneo es el que se corresponde con el primer tramo del tramo B de dicho plano. El plano del informe del perito sr. Vives adolece del mismo error. Se declara probada la existencia sobre el terreno del camino descrito en el documento nº 110 citado e identificado como Camí Antic de Planícia nº 18 del catálogo salvo en el tramo nº 6 en que la descripción del catálogo debe ser sustituida por la que ha resultado acreditada en la prueba de reconocimiento judicial y que ahora se describirá con detalle (además de haber sido recogida en el acta de la Secretaria Judicial y en el soporte videográfico y fotográfico), todo ello por las siguientes razones, haciendo especial mención a los tramos cuya existencia real niega la entidad Partero S.L.

El Camí Antic tiene su inicio en el llamado Camí des Correu (nº 9 del catálogo de Banyalbufar y cuya consideración de Camí Real y, por tanto, camino público no es controvertida, siendo el único camino que comunicaba de manera directa las localidades de Esporles y Banyalbufar hasta la construcción de la carretera actual), aproximadamente en el km 9 del mismo, según se describe en el catálogo. Ninguna duda cabe de que ése era el punto de inicio, pues de la documentación histórica que se analizará al valorar el requisito del título se desprende que, fuera público o privado, su finalidad era conectar con el Camí des Correu para seguir a Esporles y Palma al menos hasta que se construye la actual carretera en el año 1.851. Esta confluencia e inicio del Camí Antic se sitúa unos cientos de metros más arriba (hablando en sentido físico, aunque en sentido cardinal sería dirección sur-este, es decir, dirección Esporles) de la actual intersección entre el Camí Nou de Planícia y el Camí des Correu. La intersección se recoge en la foto nº 2 del informe del sr. Rullan y el inicio del Camí Antic en la foto nº 3, siendo éste el punto de inicio del reconocimiento judicial recogido en soporte videográfico.

El primer tramo va desde el Camí des Correu (foto nº 3 de la pericial del sr. Rullan) hasta la barrera de entrada a la finca S´Arbossar y discurre en su totalidad por el predio Son Sanutges. Se corresponde con los tramos 1 a 3 del catálogo y con el tramo A del documento nº 110 en línea roja discontinua, documento este último que se tomará como referencia pues se niega por los demandados la totalidad del tramo y durante el reconocimiento judicial no se disponía de sistemas de medición para poder distinguir con exactitud entre cada uno de los tramos comprendidos en el A, aun cuando la realización del camino permite distinguirlos fácilmente.

Pues bien, este tramo A tiene una primera parte cuya sección no es de pista de tierra, como se dice en el catálogo, sino de tierra y empedrado entre paredes o muelles, camino de herradura. El camino, delimitado entre paredes, está actualmente

totalmente cubierto de vegetación y no es transitable; sin embargo, existe y así se pudo comprobar con detalle en el reconocimiento judicial, discurriendo desde la intersección con el Camí des Correu en línea recta delimitada entre paredes en este primer tramo. En la intersección se encuentra una valla de madera practicable (para evitar el paso de animales) y, una vez rebasada, el camino ha quedado cubierto por tierra en los primeros cinco metros aproximadamente. Los peritos sr. Vives y sr. Rullán coincidieron en explicar en la prueba de reconocimiento judicial que conocen, porque ambos son vecinos de la zona, que esta superposición de tierra obedece al paso de máquinas de gran tonelaje con ocasión de un incendio forestal registrado en la zona hace años, siendo dicha explicación coherente con los signos externos que se observan en el lugar. Superado el tramo afectado por el paso de una máquina de movimiento de tierras, se encuentran inmediatamente las dos paredes que delimitan el camino, difíciles de observar al principio (pero fácilmente si se toma el camino en sentido inverso desde unos metros más adelante, como se hizo el día del reconocimiento judicial) y sin más que retirar la delgada capa de tierra que cubre la piedra, tal y como se pudo comprobar el día del reconocimiento judicial y consta recogido por indicación de esta juzgadora en fotografía tomada por el sr. Rullán y unida a los autos en su informe complementario de 20 de marzo (folio 3.003). Retirada la tierra sin más ayuda que las manos enseguida aparecen las piedras del marge que continua sin interrupción hasta el fin de este tramo 1. Esta juzgadora ha alcanzando el convencimiento fundado en la prueba practicada de que se trata de un camino aunque actualmente la densa vegetación lo haga intransitable. El perito sr. Carpintero apuntó en el reconocimiento judicial que a su entender lo observado es una acequia, afirmación novedosa y sorpresiva que no se recoge ni en su informe inicial (donde, en definitiva, se limita a negar la existencia de camino en este tramo pero no indica las razones ni la calificación de lo que se ve en este tramo ya descrito en la demanda) ni en la ampliación (donde nada se dice). No ofreció, sin embargo, ningún argumento sólido que justifique su afirmación ni el día del reconocimiento ni en la comparecencia a juicio. Tal calificación no es compartida por los demás peritos actuantes quienes argumentaron, tanto in situ en el reconocimiento como en la comparecencia a juicio, especialmente el sr. Vives, que no tiene las características constructivas de una acequia, que no hay ninguna acequia similar en toda la montaña a pesar de que se trata de un municipio donde la acequia es muy común y que las acequias se construyen en la zona de cultivo y no en la zona alta de bosque en la que se encuentra el punto controvertido. La posibilidad de que se trate de una acequia debe ser descartada pues no se ha encontrado ningún argumento lógico que permita sostener esta tesis. Las características constructivas reflejan que discurre desde el Camí des Correu en línea recta hasta una primera curva a la izquierda (que después se describirá) que desciende con pendiente pronunciada mediante escalones de piedra hasta un portillo sin barrera y continua hacia la izquierda con una pendiente mucho más ligera y termina en el límite de la finca S'Arbossar. En el inicio de la supuesta acequia no hay ninguna fuente ni embalse de agua ni indicio alguno que haga pensar en la conducción de agua sino el Camí des Correu. La acequia, por tanto, iría de ninguna parte a un enorme portillo de tránsito,

siendo totalmente absurdo por alejado de la función que es propia de este elemento constructivo de canalización de agua. Las dimensiones de la sección entre los márgenes (entre un metro y un metro y medio de ancho) tampoco se corresponden con las de una acequia, notablemente más estrecha, pudiendo citar a modo de ejemplo que pudo observarse durante el reconocimiento judicial (y consta recogido en soporte fotográfico y videográfico (fotos nº 669 y 670 del día 20 de marzo) la acequia que discurre en el linde de las fincas Planícia y Es Rafal, sensiblemente más estrecha y con elementos constructivos mucho más pequeños y sin vegetación en su interior. No es cierto, como ha pretendido defender el sr. Carpintero en su comparecencia a juicio, que el tramo ahora estudiado sea similar a la acequia que recorre el linde de Planícia pues hasta una persona lega en la materia distingue a la perfección sus enormes diferencias (como resulta de las fotos citadas). Este tramo carece también de la pendiente propia de una acequia. Por otro lado, desde el punto de vista histórico, en el hipotético caso de que se tratara de una acequia, sus excepcionales dimensiones la harían merecedora de ser citada, por su relevancia, en la documentación referida al estudio del sistema hidrológico de Banyalbufar (del que existen numerosas publicaciones dada su peculiaridad) y ninguna cita se ha encontrado. Así, en el libro “Banyalbufar i la seva historia” (editado en el año 1998 y citado en la bibliografía del informe del sr. Rullán) se incluye un extenso y completo capítulo dedicado al sistema hidráulico del municipio en el que se describen los diferentes elementos que lo componen, entre ellos la acequia, de la que se dice “es construïen amb teules encapçades amb argamassa, les principals eren de maçoneria i base quadrada, actualment quasi totes són quadrades i cimentades”. También se indica que es cierto que en casos de pendiente muy severa se construía un margen pero en este caso la acequia discurría por encima del ‘marge’ no entre dos márgenes. Por tanto, los elementos constructivos observados no se corresponden con una acequia. En la descripción que se hace de las más importantes fuentes de agua del municipio y su canalización no se menciona absolutamente nada ubicado en esta zona. También Rosselló i Albertí en su libro “Història de Banyalbufar Segles XIII-XVI” (citado asimismo en el informe del sr. Rullán y traído a colación por el letrado de Partero en el acto del juicio) dedican un capítulo al sistema hidráulico, dada su importancia y peculiaridad, y tampoco aquí se encuentra cita alguna que permita ubicar una acequia en el punto litigioso. Por último, descartada la posibilidad de la acequia, lo que se observa una vez que se descubre el camino cubierto de tierra y vegetación en su inicio, es que sus características constructivas son exactamente las mismas que las del camí des Correu en los tramos en que es de herradura. Es decir, discurre en algunos tramos entre dos paredes, a veces una más alta que otra, debido a la pendiente del terreno, tal y como refirió el perito sr. Vives en su comparecencia a juicio y se comprobó in situ en el recorrido del pequeño tramo des Camí des Correu que el día del reconocimiento judicial se hizo hasta encontrar la intersección con el Camí Antic y se ratifica si uno levanta la vista desde ese punto hacia el Camí des Correu en dirección a Esporles (veáse el soporte videográfico y las fotos de la bibliografía citada).

Respecto de este primer tramo, señalar por último que en el informe del sr. Carpintero (página 137) se apunta a que puede corresponderse con el tramo de camino privado construido por los propietarios de las fincas que se dejó en desuso tras el nuevo convenio alcanzado con los hermanos Monjo en el año 1948 para un nuevo trazado (folio 1.109 de los autos). Pues bien, sorprende esta afirmación porque supone reconocer la existencia histórica del camino que en otros folios del informe se niega reiteradamente. Por otro lado, no se puede compartir esta afirmación que en modo alguno resulta de la documental obrante en autos y ello por cuanto, por un lado, la permuta de terreno que pudo tener lugar en el año 1948 como consecuencia de la SAT de Palma del mismo año (sobre la que volveremos al hablar del título) suponía la cesión por los hermanos Bauzá-Monjo de terreno sobre su parte de Son Senutges para construir un trazado que sustituyera el construido en el año 1868 sobre la parte de Son Senutges propiedad de los herederos de María Bauzá Quijada y este trozo no puede ser el ahora observado porque no tiene continuación con el resto del Camí Nou hasta la carretera; por otro lado, el camino objeto de la permuta era un camino de carro, mucho más ancho y moderno, mientras que este tramo del Camí Antic es un camino muy antiguo de herradura. Lo que sí debió ocurrir es que este tramo es el más antiguo y el que siguieron usando los hermanos Bauzá-Monjo hasta el nuevo acuerdo de 1948 para conectar con el Camí des Correu (y desde allí al Camí Nou como paso tolerado que recoge la sentencia de 1948) al no haber querido sus antecesores participar en la construcción del nuevo camino en el año 1868, pues la vegetación que se observó que invade el camino no tiene una antigüedad superior a 60 años (tal y como indicó el sr. Carpintero para referirse al pino más alto que ocupaba parte del camino). Por tanto, éste es el primer tramo del Camí Antic.

Tras este primer tramo delimitado entre dos paredes de piedra o margs en línea recta, el camino lleva hacia la izquierda en un pequeño tramo de fuerte pendiente que discurre por escalones de piedra hasta un portillo. Es evidente que se ha producido algún deslizamiento de tierra que dificulta el seguimiento del camino dada la evidente falta de conservación pero no se pierde el trazado, se observan restos de piedras colocadas a modo de escalones y a sólo unos diez metros se llega a un portillo. La pendiente no es óbice para que se trate de un camino, pues nos referimos a un camino de herradura y nada lo distingue de otros tramos de camino no controvertidos por ejemplo en el Camí des Rafal antes de entrar al predio de este nombre. La pendiente es característica de la zona montañosa en la que se encuentra, debiendo recordar que el camino tiene una antigüedad anterior a principios del s. XIX y que en este tramo, precisamente por la orografía del terreno, no fue construido el Camí Nou de carro en el año 1868 sino que se optó por un trazo más plano (el del Camí Nou). La existencia de un portillo (no controvertido) no permite otra conclusión que la de entender que se trata de un camino.

Rebasado el portillo, el camino continua hacia la izquierda en un trazado de pendiente más ligera, sucio pero sin que la vegetación impida el paso en este tramo,

con una anchura de aproximadamente un metro, hasta llegar a la pared que delimita el predio S´Arbossar. Durante todo este trayecto, el trazado se sigue sin dificultad ni pérdida posible, siendo evidente que se trata de un camino. Destacan, además, tres elementos: es estrecho y con pendiente, lo que lo distingue de los bancales de cultivo, mucho más anchos y, sobre todo, planos para permitir el cultivo; en algunos tramos discurre entre dos paredes, en otros tiene un marge de contención en la parte exterior y en otros se observa un elemento constructivo identificativo de camino consistente en piedras colocadas en el linde exterior del camino que lo delimitan y servían de guía para las bestias (‘escupidors’, fotos judiciales nº 2 y 3); el pavimento es de tierra pero en algunos tramos es de piedra plana, técnica constructiva propia de un camino cuando tiene que ser reforzado por la existencia de pendiente en el terreno, tal y como se pudo observar retirando levemente la tierra con la mano y se refleja en la foto nº 8 del informe ampliatorio del sr. Rullan (folio 3.003) tomada a indicación de esta juzgadora.

Este tramo A termina en la pared que delimita el predio S´Arbossar. Según refieren los peritos sr. Reynés, sr. Vives y sr. Rullan, esta pared era antiguamente un portillo que se debió cerrar al construir el Camí Nou, el cual tiene su entrada a sólo unos tres metros a la derecha y en la que existe una barrera de hierro practicable y sin candado, o bien al caer totalmente en desuso el Camí Antic. Lo cierto es que la afirmación de los peritos es lógica pues es evidente que un camino, de cuya existencia no se duda tras la prueba practicada, no pudo originariamente terminar en una pared y la que ahora se observa, justo en el punto que sigue el trazado lógico del camino, parece haber sido revestida de piedras en fechas mucho más recientes pues, a indicación de los peritos, se observó que las paredes de lo que debió ser el portillo presentan, a diferencia del resto de la pared, piedras con cantos rectos y están unidas con argamasa, elementos constructivos propios de un portillo. Esto se observa especialmente en lo que debió ser la parte derecha del portillo mirando desde el interior de S´Arbossar (foto nº 8 del folio 3.003, tomada también a indicación judicial). En el otro extremo, justo antes de la barrera actual, se observa la existencia de una piedra conocida como “saltador” cuya función era permitir a los viandantes rebasar la pared, coincidiendo en este punto todos los peritos así como en que faltaría la segunda piedra necesaria para saltar. Esto ratifica que estamos ante un camino y que sigue este trazado.

A partir de este punto, el camí Nou se superpone al Camí Antic y discurre desde la barrera de S´Arbossar hasta la barrera de entrada a la finca Es Rafal, lo que se corresponde con el tramo nº 4 del catálogo y resto del tramo A en rojo continuo del documento nº 3-110 de la demanda (folio 363) hasta la bifurcación. La sección del camino es de tierra, plano y con una anchura que permite el paso de todo tipo de vehículos. De hecho, este camino es utilizado por la totalidad de los propietarios de la zona como único acceso rodado a sus fincas enclavadas. Debe precisarse que discurre por delante de las casas de S´Arbossar, entendiendo por tales las de la finca matriz de este nombre, y no hace ninguna curva a la derecha, siendo el trazado

curvo alternativo que se observó en la prueba de reconocimiento judicial de construcción muy reciente y en apariencia que con la finalidad de poder llegar a un acuerdo las partes litigantes para que el camino no discurra tan cerca de las casas de 'possessió'. El trazado original es el recto.

En la entrada a la finca Es Rafal, cerrada con una barrera de hierro mecanizada y con código de acceso, el camino se bifurca. El Camí Antic que ahora se describe es el que sigue a la derecha, si bien su dimensión actual es resultado de una ampliación moderna ya que permite el paso rodado de todo tipo de vehículos y, de hecho, este tramo conecta con otro camino privativo que da acceso rodado a las casas des Rafal. Es el resto del tramo A en línea continua del documento nº 3-110 de la demanda y parece que el tramo 5 del catálogo. En todo caso, aun ampliado, es el trazado original.

A partir de aquí el camino sigue por el tramo B del documento nº 3-110 de la demanda. Su primer trozo, correspondiente al tramo 6 del catálogo, tiene una ligera variación respecto a la forma en que está grafiado en el plano. Se inicia el tramo 6 en la zona conocida como 'Ses Dresseres' porque supuestamente era el punto de unión entre es Camí de Planícia i es Camí des Rafal para seguir en dirección a Estellencs (o bien seguir en dirección Puigpunyent si se venía de Banyalbufar). Sin embargo, esta unión de caminos, por otro lado, tampoco grafiada en el plano (donde se dibuja usando un trozo del camino particular que lleva a las casas), no existe en este punto donde hay un terraplén justo sobre el vuelo de la zona identificada como S'Era den Ribas por cuyo linde discurre es Camí des Rafal. Si el desnivel no impidiera seguir en línea recta, los dos caminos se encontrarían en este punto; sin embargo, hay un desnivel importante de terreno que no parece reciente sino más bien propio de la orografía del terreno, por lo que éste no era el punto de unión de los caminos. El tramo 6 del Camí Antic discurre en realidad y así debe quedar identificado y descrito en los futuros planos desde ese punto hacia la izquierda, sin posibilidad de pérdida alguna al ser fácilmente reconocido in situ, y al cabo de pocos metros se llega a la zona conocida como "Es Magatzem", es decir, una explanada donde se almacenan materiales y madera. El Camí Antic seguirá hacia la izquierda en sentido ascendente, dejando el almacén a la derecha; sin embargo, si se sigue en línea recta sólo unos pocos metros más, al finalizar la explanada, se encuentra la intersección con el Camí des Rafal, tal y como se pudo comprobar personalmente en el reconocimiento judicial y se hizo constar en el acta. El hecho de que se trate de una explanada hace comprensible que la conexión se realice en este punto donde el anterior desnivel que separa los caminos desaparece. Se corresponde con las fotos nº 17 y 37 del informe del sr. Rullán.

Continuando, pues, hacia la izquierda en sentido ascendente, sigue el tramo 7 del camino según el catálogo, lo que se corresponde con la foto nº 18 del informe del sr. Rullán. También en este punto la entidad Partero niega la existencia del camino pero lo cierto es que se sigue el recorrido sin ninguna dificultad ni posibilidad de pérdida,

con elementos constructivos y características muy similares a las de los caminos públicos reconocidos (por ejemplo en el tramo del Camí Vell d'Estellencs que se realizó el día 20 de marzo), siendo un trazado de herradura. En algunos tramos está delimitado por pared y el suelo empedrado (foto judicial 1 del día 19 de marzo), solución constructiva que sólo puede indicar que se trata de un camino. Este tramo discurre hasta la zona conocida como el Olivar de na Maiola en el punto que se recoge en la foto nº 19 del informe del sr. Rullan en el que se observa un portillo sin barrera.

Desde este punto, el tramo 8 se corresponde con el que discurre por el Olivar de na Maiola y, como indica el catálogo, está desaparecido. Sin embargo, la conclusión no debe ser la inexistencia del camino, pues no cabe duda de que su desaparición se ha producido por un labrado de la tierra cuya fecha no se puede determinar pero que sin duda ha sido reciente. Pocos metros después del Olivar el camino se retoma, dando inicio al tramo 9, bastando para ello con cruzar el olivar en línea recta y dirigirse después hacia lo que a la izquierda parecen bancales de cultivo, siendo uno de ellos la continuación del camino. Sus características son distintas de los bancales pues es más estrecho, no está cultivado, no sigue el mismo sentido orientativo que el resto y tiene pendiente (foto nº 20 de la pericial del sr. Rullan, soporte videográfico del reconocimiento judicial y foto judicial nº 3).

El tramo nº 9 continúa perfectamente delimitado y con las características propias de un camino de herradura hasta el linde con la finca Planícia (fotos judiciales 4 a 6), donde se encuentra un portillo con una barrera de madera y rejilla actualmente no practicable (teniendo que ser rebasado con la ayuda de escaleras). La existencia del portillo, de nuevo, indica que nos encontramos ante un camino. Es la foto nº 21 del informe del sr. Rullan y fotos judiciales nº 7 y 8).

A partir de este punto, ya dentro de la finca Planícia, el camino continua en dirección a las casas en lo que vienen a ser los tramos nº 10 y 11 del catálogo hasta encontrar un intersección con el camí Nou que se superpondrá al Antic unos 300 metros antes de llegar a las casas de Planícia. Estos dos tramos están muy mal conservados y presentan vegetación que se vuelve más densa cuanto más se acerca a la intersección con el Camí Nou donde ya no es transitable; no obstante, el trazado no se pierde en ningún momento (fotos nº 9, 10, 12 y 14, así como la 15 que recoge el camino nuevo en su intersección con el antiguo a la izquierda de la foto, todo ello en la carpeta del día 19).

En el tramo 12 el Camí Nou se superpone al Antic con sección de vehículo, iniciando el tramo C en rojo del documento nº 3-110 de la demanda hasta llegar a las casas de Planícia. El camino pasa por delante de las casas dejándolas a la izquierda del camino, según el sentido que se viene describiendo, y sigue hasta rodear la última construcción hacia la izquierda en un tramo, el nº 14, muy estrecho con escalones de piedra, hasta llegar a un portillo donde el camino continua por el tramo

nº 15 (resto del tramo C en rojo) durante algo más de un kilómetro y medio. El camino no tiene pérdida posible, discurre por un bosque de pino y encinar que aparece descrito en algunas citas de archivo como “es bosc gran”, encontrando a ambos lados de camino restos de casetas de carboneros y un horno de cal, actividad y ubicación que aparecen descritas en la bibliografía citada por el sr. Rullan en su informe (especialmente en el libro de Tomás Vibot) y que ratifican la existencia del camino (fotos nº 16 a 19 del día 19 de marzo). Es cierto que en el tramo de las casas puede haber un trazado alternativo si se gira a la izquierda después de la última casa y que pasaría por delante del estanque; sin embargo, el trazado descrito en el catálogo existe, por lo que deberá estarse a éste que es el reclamado en la demanda.

Poco antes de llegar al límite de la finca Planícia, en su linde con el término municipal de Estellencs, se encuentra una gran explanada en la que la entidad Partero sostiene que se pierde el camino. Desde este punto hasta el muro o marge que delimita la finca se asciende por un camino de herradura, entre pinos, tramo nº 16 del catálogo. Es cierto que este tramo carece de elementos constructivos (o al menos no han permanecido hasta la actualidad) y que no existe actualmente un portillo al finalizar el mismo, pero la subida se descubre con facilidad (fotos nº 19 a 21 del día 19 de marzo). Traspasado el linde de la finca y ya dentro de la finca Es Salt, en el término de Estellencs, se comprueba que tras menos de cincuenta metros en los que apenas se observan restos de camino debido al abandono pero que se intuye fácilmente (fotos nº 23 y 24 del día 19 de marzo), éste reaparece y nos lleva hasta las casas de la finca Es Salt y desde allí hasta una explanada frente al mirador de Es Salt desde el que salen dos caminos, uno a la derecha en dirección a Estellencs (lo que fue confirmado por el testigo Pedro Alemany, miembro de la familia que ha explotado la finca de Son Fortuny desde el año 1.956, finca colindante con Planícia y con Es Salt) y otro a la izquierda, delimitado por un portillo con barrera, que seguiría dirección Puigpunyent según la tesis de la demanda. El perito sr. Carpintero, en el acto del juicio, reconoció haber observado esta bifurcación en la finca Es Salt y que uno de los caminos iría hacia Son Serralta y el otro en dirección sur hasta el ‘camí vell d’Estellencs’, aun cuando dijo no haberlo recorrido, y esta última afirmación confirmaría la tesis de la demanda y la grafía del catálogo pues la continuación del camino por la finca Es Salt no lleva directamente a Puigpunyent sino que enlaza con el antiguo camino vecinal Estellencs-Puigpunyent por el Coll d’Estellencs (documento nº 3-109 de la demanda) y a través del mismo a Puigpunyent. Tomás Vibot en su libro “Sa Mola de Planícia” menciona y grafía este paso por el Salt, recogido también en otros documentos que después se citarán. La reaparición del camino sólo unos metros después del marge que delimita las dos propiedades y la facilidad con que se percibe el trazado lleva a pensar que lo más lógico es que, como han afirmado los peritos sr. Reynés, sr. Vives y sr. Rullan, antiguamente en este marge hubiera un portillo, aun cuando esta juzgadora no ha podido visualizar en el muro actual restos del mismo (a diferencia del portillo de S’Arbossar) quizá porque esta conexión con Puigpunyent debió ser la primera en

caer en desuso por la orografía del terreno al construir las dos nuevas carreteras. De lo contrario, nos encontraríamos ante un camino a ninguna parte, pues tampoco se explicaría como camino de explotación por las razones que antes se han expuesto, sobre todo dentro de la finca Es Salt. En el plano de alzado ortofotográfico que obra al folio 2.498-27 vuelto (dentro del informe del sr. Carpintero), se observa la ruta que se seguiría con este camino y su lógica dentro de la orografía de la zona.

Sentado lo anterior, la leve corrección del trazado del camino en el tramo 6 no debe llevar a entender que el objeto reivindicado no ha quedado suficientemente identificado sino que, todo lo contrario, ha quedado perfectamente acreditado sobre todo con la prueba de reconocimiento judicial y se cumple el primer requisito de la acción reivindicatoria. Como ha explicado el sr. Reynés en el acto del juicio, para la confección del catálogo no se pudo acceder al interior de la finca Es Rafal, cuyos accesos ya habían sido cerrados en esa fecha, lo cual impidió realizar una comprobación exacta del trazado en este punto y la descripción del catálogo se hizo con base a los datos de archivos y a la memoria. Este impedimento ha quedado totalmente superado en la prueba de reconocimiento judicial y, una vez en el lugar, ninguno de los peritos sr. Rullan, sr. Reynés y sr. Vives albergó duda alguna sobre la existencia del error y la ubicación del trazado correcto. De hecho, el sr. Vives en el acto del juicio refirió conocer la finca con mucho detalle al haber realizado su proyecto de fin de carrera en relación a la finca Es Rafal y haber conocido siempre el punto de unión entre los dos caminos en el que se comprobó el día del reconocimiento judicial y ahora se declara probado, refiriendo que no advirtió el error en el mapa. Es cierto que se podría haber solicitado una diligencia preliminar, pero el uso de esta figura no es obligatorio, pudiendo la parte optar por acreditar su derecho directamente mediante la prueba que se practique en el reconocimiento judicial. También es cierto que la actora podría haber solicitado al perito judicial la descripción exacta del trazado accediendo a la finca, pero el objeto de su pericia venía ya solicitado en la demanda (antes, por tanto, de conocer los argumentos de los demandados) y tampoco es éste el único medio de prueba. De hecho, el sr. Rullan en su informe, al explicar la funcionalidad de conexión entre pueblos, explica y recoge como punto de unión entre los dos caminos y lo refleja en una foto el punto del 'magatzem' que ahora se declara probado por lo que no se aprecia ocultación alguna. El único tramo del camino que no se corresponde con los planos de la demanda quedó totalmente acreditado mediante la prueba de reconocimiento judicial.

Noveno: 2.- Camí des Rafal/Sa Costa (nº 10 del Catálogo). Tras la valoración conjunta de la prueba practicada y, en especial, el extenso reconocimiento judicial llevado a cabo, esta juzgadora no alberga duda alguna sobre la existencia del camino identificado en la demanda y en el catálogo como 'Camí des Rafal/sa Costa'. Como ya se ha dicho, el catálogo es manifiestamente mejorable desde el punto de vista técnico y descriptivo, pues la descripción de cada tramo debería ir acompañado

de un plano grafiado de su trazado y, a su vez, cada tramo debería estar identificado (por ejemplo con colores) en el plano general de la ficha. Ello no ha impedido, en todo caso, conocer el trazado del camino y comprobarlo sobre el terreno a la vista de la ficha del catálogo y de los planos que se dirán, todos ellos coincidentes. En el reconocimiento judicial se pudo comprobar que el camino existe con el trazado que se indica en el catálogo a excepción del tramo 7 que se describe como “ramal que comença al tram 5 i acaba a una distància de 123 metres al camí antic de Planícia”, tramo que existe pero que es un camino privado. Se corresponde, precisamente, con la corrección del tramo 6 del Camí Antic antes mencionado, habiendo quedado acreditado que el Camí des Rafal continua sin solución de continuidad ni ramal alguno desde el Camí Vell d’Estellencs hasta el Camí Vell d’Estellencs y que a la altura del ‘magatzem’ encuentra a través de esta explanada su conexión con el Camí Antic de Planícia (tal y como consta en el soporte videográfico). El camino aparece grafiado en el documento 3-113 de la demanda (folio 366), habiendo quedado acreditado a excepción del ramal que se dibuja en rojo desde las casas hasta el Camí Antic de Planícia que es privado. Este camino es aun mucho más evidente que el anteriormente estudiado. Procede su descripción con especial mención a los dos tramos cuya existencia niega Partero.

Como se describe en el catálogo (documento 2 de la demanda, folios 64-77), el inicio del Camí des Rafal/Sa Costa se encuentra no en la carretera actual de Banyalbufar sino en el Camí Vell d’Estellencs (nº 6 del catálogo) cerca de ‘Ca Mestre Vic’. En el dictamen del sr. Carpintero (folios 1.067-1.070 de la causa) se niega el punto de inicio alegando que el camino de Sa Costa empieza, en realidad, en la carretera Ma-10 en el municipio de Banyalbufar porque el punto que indica el catálogo se encuentra en medio de la nada o en medio de fincas que no tienen conexión con el Camí Vell d’Estellencs (nº 6 del catálogo). Pues bien, lo cierto es que la confusión que trata de crear el dictamen citado se disipa sin duda alguna con la prueba de reconocimiento judicial en la que se demuestra que la descripción del catálogo y el plano 3-113 son exactos, pudiendo comprobar que desde la carretera Ma-10 se inicia el Camí Vell d’Estellencs (nº 6) y a la altura de Ca Mestre Vic se bifurca en dos, continuando a la derecha o casi recto el camino nº 6 por la zona conocida como ‘es pas den Vallès’ (fotos 619 y 620 del día 20 de marzo) y a la izquierda en dirección a las fincas Sa Costa i Es Rafal. Otra opción hubiera sido catalogar los 300 metros que distan hasta la carretera dentro de los dos caminos, el nº 6 y el nº 10, pues sería correcto decir que el Camí des Rafal y el Camí Vell d’Estellencs son coincidentes en sus primeros trescientos metros. La decisión de catalogar este tramo de 300 metros sólo dentro del camino nº 6 es una decisión administrativa, ciertamente arriesgada (si se discutiera el carácter público del camino nº 6), pero que en modo alguno desvirtúa la existencia del camino ni su trazado. Siendo incontrovertido que el camino nº 6 es un camino público, nada obsta a que el Camí des Rafal/Sa Costa tenga su inicio en éste; es más, históricamente supone la explicación más lógica, pues la carretera actual no se construye hasta la segunda mitad del siglo XIX de manera que hasta la fecha, como se estudiará con detalle al

valorar el requisito del título, la comunicación de Banyalbufar a Estellencs se efectuaba por dos rutas alternativas, la de costa nº 6 y la interior nº 10, siendo perfectamente lógico que la que parece más antigua (según se desprende de la bibliografía citada por el sr. Rullán), la de la costa, sea el punto de inicio de la posterior. No es cierto que desde Ca Mestre Vic el camino nº 6 no exista, pues sigue por el 'pas den Vallès' como se observó el día del reconocimiento judicial y se recoge en la fotografía 619. Este primer tramo está pavimentado hasta la casa de la finca Sa Costa (foto nº 12 del informe pericial del sr. Rullán, folio 2.529-9).

Los tramos segundo y tercero discurren desde la finca Sa Costa hasta la barrera de entrada a la finca Es Rafal, actualmente cerrada con candado. El tramo segundo tiene firme de tierra y sección de carro (fotos 621 a 623 del día 20 de marzo) mientras que el tramo tercero es un camino de herradura (foto nº 13 del informe del sr. Rullán y nº 624 a 627 del día 20 de marzo). En el dictamen del sr. Carpintero (folios 1.071 y 1.072) se siembran dudas sobre la existencia misma del camino y su trazado con base en una medición que, sin embargo, no se ha comprobado sobre el terreno que sea correcta; contiene, entremezcladas, valoraciones jurídicas improcedentes. Las fotografías acompañadas al dictamen carecen de utilidad alguna desde el momento en que se practica la prueba de reconocimiento judicial y mediante la misma se comprueba, más allá de toda duda, la existencia del camino controvertido, su trazado y los elementos constructivos propios de un camino de herradura de fuerte pendiente y actualmente poco conservado (se observan zonas donde la tierra ha ido ganando terreno a los marges de sujeción del camino pero éste no tiene pérdida, tal y como se puede constatar en las fotos citadas). En la prueba de reconocimiento judicial se comprueba que el camino en este tramo es el grafiado en el documento 3-113 de la demanda (como refleja el soporte videográfico). La entidad codemandada Partero sostiene continuamente que no puede tratarse de un camino debido a la pronunciada pendiente; al mismo tiempo, sin embargo, sostiene en otros puntos del informe del sr. Carpintero y de la contestación que es un camino público pero sólo destinado al acceso a la finca Es Rafal, siendo privado desde este punto. Pues bien, sin perjuicio de las valoraciones sobre el título que se harán en su momento, la postura referida es contradictoria e incongruente, pues no se puede mantener que la gran pendiente impide calificar la 'senda' como camino para después decir que esto mismo es un camino público sólo de acceso a la propia finca. Esta contradicción hace innecesario ofrecer más argumentos sobre la comprobada existencia del camino.

El tramo 4 se inicia en la barrera de entrada a la finca Es Rafal hasta las casas del mismo nombre. Este trazado no ofrece duda alguna, observando que la pendiente es mucho más suave y que el camino ha sido restaurado y recuperado recientemente (foto 15 del informe del sr. Rullán y fotos judiciales nº 631, 632 y 635). Pasa por debajo de 'sa miranda' de las casas (foto judicial 635), deja una 'era' a su derecha (foto judicial 634) y llega hasta una explanada frente a la entrada de las casas (foto judicial 636).

El tramo 5 se inicia en esta explanada. Se observa la bifurcación entre el camino privado actualmente utilizado por la propiedad para acceder a las casas desde el Camí de Planícia, con sección de vehículo de todo tipo, y otro camino, el original, que habría caído en desuso y que discurre entre bancales (foto 638). El tramo privado está grafiado en el catálogo como tramo nº 7 y descrito como ramal pero en la prueba de reconocimiento judicial se comprobó que no forma parte del camino que se reivindica y así lo reconocieron expresamente la totalidad de los peritos (y la actora en trámite de conclusiones). El sr. Reynés indicó, tanto el día del reconocimiento judicial como en el acto del juicio, que se grafió incorrectamente porque para hacer el catálogo no se pudo tener acceso a esta zona de la finca, siendo totalmente creíble visto que el contencioso por la propiedad de los caminos se inicia en el año 2001 según todas las partes reconocen. El hecho de que se grafié como un ramal refleja también que no formaba parte del camino original, máxime cuando después se pudo comprobar que el camino original llega a encontrarse con el camí Antic en la zona del Magatzem. Si se compara el camino original, que ahora se describirá, con este ramal privado se observa que el camino original lleva muchos años sin uso y que es de herradura mientras que el ramal privado y la zona del Camí Antic con la que conecta son anchos y de acceso rodado y los que se siguen usando para acceder a las casas enclavadas, lo que explicaría que al tener que acudir los autores del catálogo a la memoria para describir este punto recordaran mejor esta zona y la confundieran con la original. Como ya se ha dicho, el perito sr. Vives tanto en el reconocimiento judicial como en el acto del juicio ratificó que el tramo 7 es más moderno y no se corresponde con el camino antiguo y que por éste siempre ha conocido el que sigue hasta el almacén pasando por s'Éran den Ribas. El tramo 7 no forma parte del Camí des Rafal.

En cualquier caso, el tramo 5 aparece descrito con muy poco detalle en el catálogo indicando sólo que continúa hasta la Font de S'Obi. El sr. Carpintero en su informe niega la existencia de camino alguno pero para ello se basa exclusivamente en la descripción catastral (poco fiable en las fincas de autos, como se dirá, pues ni siquiera se describen los caminos reconocidos como públicos) y aun cuando dice haberlo comprobado sobre el terreno, la prueba de reconocimiento judicial desvirtúa totalmente sus conclusiones. Más bien parece, si se continua leyendo el informe, que más que inexistencia se confunde la valoración jurídica de los caminos con el hecho que sin duda existen. Vista la controversia sobre este punto es de destacar que, a pesar del error inicial el día del reconocimiento debido a que el camino se encuentra entre bancales de cultivo, el camino existe y se sigue su trazado sin duda alguna, continuando después de lo que inicialmente pudiera parecer un bancal (pero que no lo es al ser más estrecho y con pendiente, fotos judiciales 643, 645) por un trazado de herradura más estrecho y con elementos constructivos como las paredes exteriores de sujeción, existentes pero muy erosionadas por la pendiente del terreno, y piedras transversales (fotos judiciales 647-650 y 652). Se llega a S'Éra den Ribas, que se deja a la derecha del camino a la altura de la atalaia des Rafal aun más a la

derecha, y después continua en sentido descendiente (foto nº 16 del informe del sr. Rullán, fotos judiciales 659) hasta la zona que se ha descrito como 'es magatzem' (foto nº 17 informe Rullán). En este punto a la izquierda se encuentra la intersección con el Camí Antic de Planícia que se ha descrito en el apartado correspondiente, es decir, la intersección con el tramo seis del Camí Antic de Planícia cuyo trazado será rectificado para recoger el que se ha declarado probado en el FJ anterior. No es necesaria ninguna rectificación en este tramo del Camí des Rafal pues la parte que estaba grafiada incorrectamente es sólo la correspondiente al tramo 6 del Camí Antic.

Desde el 'magatzem' se continua el trayecto recto con sección de carro, en muy buen estado de conservación en la zona más próxima al 'magatzem' (foto nº 22 del informe del sr. Rullán y foto judicial 660) y más erosionado conforme se acerca al linde con la finca Planícia (foto nº 23 del informe del sr. Rullán y fotos judiciales 661-667). El camino y su trazado son fácilmente distinguibles en todo momento, encontrando pocos elementos constructivos en los tramos sin pendiente pero manteniendo algunos como los que se observan en la foto 665. En el linde con la finca Planícia se encuentra una valla de rejilla de casi dos metros de alto sin posibilidad de paso, teniendo que ser rebasada el día del reconocimiento judicial mediante el recurso de escaleras. El camino, en el interior de la finca Planícia, continua perfectamente delimitado hasta la Font de S'Obi (fotos nº 24 y 25 del informe del sr. Rullán y fotos judiciales 671-676). La extensión de este tramo se corresponde también con la descrita en el catálogo.

El tramo 6 va desde sa Font de S'Obi hasta conectar con el Camí Vell d'Estellencs. Es un tramo más estrecho que el seguido hasta ahora, de herradura, muy parecido al tramo 3 del mismo camino. También está descrito con poco detalle en el catálogo pero su existencia y trazado coincidentes con el plano 3-113 se comprobaron con la prueba de reconocimiento judicial. En relación a este tramo del camino, el sr. Carpintero refiere en su primer informe que "discurre por terrenos por los que una persona tiene dificultad para transitar a pie, descendiendo/ascendiendo pendientes casi verticales sobre barrancos naturales, es técnicamente imposible que sobre este tramo 6 se estableciese o se establezca nunca ningún elemento físico o geográfico que se pueda considerar como camino" (folio 1.079 in fine). Pues bien, tales afirmaciones son sencillamente inciertas. El reconocimiento judicial sobre este tramo se realizó con total normalidad y sin necesidad de ningún esfuerzo especial, no observando ningún tramo que tenga una pendiente ni parecida ni superior a la del Cami des Rafal en la zona de la finca de Sa Costa que se reconoce público. Desde la Font de s'Obi el camino desciende en un tramo de escasos diez metros pero en modo alguno es vertical sino que el innegable deslizamiento de tierra que se observa producido (todavía se observa parte del tronco de un árbol que se derrumbó) dificulta la bajada inicial desde la fuente al haber inutilizado los elementos constructivos que debían existir y de los que se observan restos tales como las piedras colocadas transversalmente formando como escalones para suavizar la pendiente y reforzar el

terreno, elementos propios de todos los caminos de la zona de montaña (fotos judiciales 682, 684, 685, 686). El trazado del camino no tiene pérdida posible. Cruza un torrente que debe ser es Torrent de Can Cerdà (foto 688 en relación al plano de Tomás Vibot, folio 197, así como relato del mismo autor en su libro “Sa Mola de Planícia), lo que ratifica la existencia del camino comprobada in situ. Justo después del torrente se encuentra la intersección con el camino de Sa Font de Sa Menta (foto judicial 689), actualmente señalado, lo que ratifica la existencia del camino. Durante todo su recorrido presenta elementos constructivos o restos de éstos (fotos nº 690, 691, 693, y especialmente las fotos 694 a 698 correspondientes al mismo punto y tomadas desde arriba del camino y desde abajo para comprobar la existencia del marge de contención, elemento constructivo indiscutible del camino ya que en esta zona boscosa y antiguo olivar no hay bancales) que, de tratarse como dice el sr. Carpintero en su informe de terreno simplemente compactado por el paso tolerado de personas no existirían y, aun cuando no está en perfecto estado de conservación (y el paisaje actual no es el mismo de la época, antiguo olivar invadido hoy por pinos que inciden también en el deterioro del camino), se sigue sin ninguna dificultad. El camino sigue de este modo hasta pocos metros antes de llegar a la intersección con el Camí Vell d’Estellencs (nº 6) donde, tal y como se observa en la foto 700, su rastro se difumina entre los pinos, quizá porque aquí es plano y carece de elementos constructivos, quizá por la construcción de la carretera moderna de acceso a Planícia. Sin embargo, no hay duda de que el camino llega hasta aquí y enlaza con el camino nº 6 (fotos nº 703 correspondiente al punto de intersección, nº 707 correspondiente a un tramo asfaltado por la superposición de la carretera de acceso a Planícia, nº 708 correspondiente ya al camino nº 6 en su continuación, un tanto destruido por la construcción de la carretera, y nº 709 correspondiente a la continuación del camino nº 6 dentro de Planícia hasta el linde con Estellencs) ya que éste sigue y así se comprobó el día del reconocimiento judicial hasta el linde de la finca Planícia con el término municipal de Estellencs (foto nº 710, 711 y 712) y dentro de éste (foto nº 713) a través de la finca Son Serralta hasta la carretera actual, con los últimos tramos asfaltados. En el tramo del camino nº 6 hasta el linde de Planícia, camino reconocido como público, los elementos constructivos que se observan (fotos antes citadas) son coincidentes con los observados en el camino recorrido hasta este punto, el Camí des Rafal/Sa Costa. Para evitar cualquier tipo de confusión, es necesario precisar que en la intersección entre los caminos nº 6 y nº 10 se encuentra la carretera nueva de acceso a Planícia construida por la familia Balle a mediados del siglo XX con firme asfaltado y que lleva a las casas de esta finca.

Reiterar que la necesidad de excluir el tramo 7 acreditado y reconocido como camino privado de la finca Es Rafal no constituye impedimento alguno a la identificación clara y exacta del objeto reivindicado. El trazado que se observó en el reconocimiento judicial (que excluye este tramo y fija el punto de unión de los dos caminos en el almacén) se da por hecho en el informe del sr. Rullán al tratar de la funcionalidad de los caminos como vía de comunicación e incluso se refleja en las

fotos del informe, lo que da a entender que este trazado no ofrecía duda alguna al perito que sí se pudo personar en el interior de la finca con orden judicial antes de emitir el informe. No se aprecia, pues, ánimo de ocultación alguno o confusión a pesar de que el perito no levantara un plano exacto del trazado porque, como explicó en el acto del juicio, no se le había pedido expresamente e ignoraba si debía hacerlo o no por lo que se limitó a levantar un plano correcto para su propio uso, tal y como se observó y exhibió en el reconocimiento judicial.

Por todo lo anterior, ha de concluirse que ha quedado totalmente acreditado e identificado el Camí des Rafal/Sa Costa con el trazado que se describe en la demanda (documento 3-113) a excepción del ramal descrito como tramo 7 en el catálogo, aceptado por todas las partes como privado el día del reconocimiento judicial, y que quedará excluido de la acción reivindicatoria y deberá quedar excluido de los catálogos al quedar probada su condición de camino privado.

Décimo: Identificación de los bienes reivindicados por su nomenclatura y en la documentación.

Por lo que se refiere a la identificación de los caminos en el Registro de la Propiedad, ninguno de los dos aparece descrito, omisión poco relevante si se tiene en cuenta que ninguno de los caminos coincide con el linde de las fincas. Sólo aparece el Camí Nou pero ni siquiera descrito en su trazado sino como convenio a modo de carga sobre el inmueble con la simple indicación de que alcanza hasta los respectivos predios, tal y como se dirá al hablar de este camino. No obstante, entendiéndose acreditado que parte del Camí Nou se construye sobre el Camí Antic, también podría decirse que en este sentido el Camí Antic sí aparece en el registro. En cualquier caso, no se describe su trazado. En cuanto al catastro, se aportan numerosas reproducciones de los planos del catastro, ampliadas en distintos tamaños, en el informe pericial del sr. Carpintero (documento nº 3 de la contestación de Partero) y en ellos se observa, respecto del Camí Antic de Planícia que lo que aparece grafiado en el catastro es el Camí Nou desde la carretera Ma-10 hasta las casas de Planícia, lo que supone grafiar el Camí Antic en aquellos tramos en que se ha superpuesto al mismo. Respecto del Camí des Rafal/Sa Costa se observa grafiado sólo una parte del mismo, en parte reflejando el camino que se reconoce privado para conectar con el camí de Planícia. Sin embargo, resulta determinante que se observa que el catastro, por un lado, ni siquiera refleja el Camí des Correu (camino real, público, no controvertido) y por otro lado tampoco refleja un importante tramo del Camí des Rafal/Sa Costa en la parte que Partero defiende que sería público (antes de llegar a la barrera des Rafal) lo que debe llevar a concluir, sin más, que la documentación catastral no puede en el presente procedimiento tener relevancia probatoria al menos en cuanto a inexistencia de lo que en el catastro no aparece grafiado.

Sin embargo, los dos caminos sí aparecen en la cartografía más antigua, la mayor parte de la cual se cita en el documento nº 3 de la demanda. Así, aparecen tanto en el mapa del Cardenal Despuig del año 1.784 como en el “Mapa de las Villas de Andraig, Calviá, Puigpuñent y Marratxí” incluido en el libro de Joan Baptista Ensenyat Pujol del año 1922. Estos dos documentos constan aportados como documentos nº 3 y 4 del documento nº 3 de la demanda (folios 192 y 194) y en ellos se observa nítidamente la grafía de los caminos ahora reivindicados, debiendo recordar, no obstante, que los dos mapas carecen de precisión cartográfica en cuanto a la ubicación y mediciones exactas y que tienen que ser valorados conforme a los medios de la época. En cualquier caso, tanto en uno como en otro mapa, lo relevante es que, respecto del Camí Antic de Planícia en los dos mapas se observa la continuación hasta enlazar con el camino a Puigpunyent por el Coll d’Estellencs y respecto del Camí des Rafal/Sa Costa que también en los dos mapas se grafían las dos alternativas para ir de Banyalbufar a Estellencs (el camí Vell más cercano al mar y el camino ahora controvertido por el interior).

Por lo que se refiere a la nomenclatura, no se observa confusión u oscuridad en la identificación de los caminos por los nombres empleados en la demanda, más bien al contrario. Esta nomenclatura ha sido ratificada por todos los testigos que han depuesto, pues todos ellos han podido identificar cada uno de los caminos litigiosos. Refiere la entidad Partero que el Camí Nou de Planícia no sería el reclamado en la demanda sino el nuevo acceso a las casas de Planícia que la familia Balle hizo construir entre los años 1950 y 1955 desde la carretera de Estellencs-Banyalbufar de manera que el camino de acceso a la finca desde la otra carretera (Esporles-Banyalbufar) habría pasado a ser conocido desde ese momento como “Camí Vell” y el camino de Planícia será único y no dos como se pretende en la demanda. Sin embargo, nada se ha encontrado que apoye esta interpretación en el sentido que pretende la parte demandada. Efectivamente, al construirse el nuevo acceso a Planícia, ya asfaltado, a mediados del siglo XX es posible que la gente del lugar empezara a llamar el camino anterior como camino antiguo al no haber conocido el precedente y cambiar su perspectiva histórica respecto de los caminos. Sin embargo, el expediente del año 1851, que se analizará con detalle al valorar la concurrencia de título, da a entender sin lugar a dudas que si su objeto era construir un nuevo camino es porque había un camino antiguo y éste fue utilizado sólo en parte para la nueva construcción, lo que dio lugar a dos caminos que sólo en algunos tramos se superponían. En el mapa del Cardenal Despuig aparece el camino controvertido por lo que no puede ser de nueva planta del año 1.868. Parece lógico entender que la toponimia de los caminos va evolucionando con el paso del tiempo, sobre todo cuando no existe un nombre oficial. El perito sr. Cateura en el acto del juicio ha reconocido que no existe documentación de la Edad Media que refleje nombres oficiales de los caminos de la época y que es posible que hayan ido variando con el tiempo, sin que haya llegado a concretar en qué fecha se fija la nomenclatura oficial. Ha de tenerse en cuenta que en el caso que nos ocupa los caminos no fueron incluidos en ningún inventario oficial hasta que se elabora el

catálogo ahora impugnado por lo que la toponimia viene determinada por las citas de archivos varios y por el saber popular y esta identificación popular va variando con el tiempo debido a la influencia de nuevas construcciones, parcelación de los predios, cambios de usos, etc. Así sucede, por ejemplo, con el Camí des Correu, nombre con el que se conoce a este camino en la actualidad debido a su función pero que históricamente ha tenido otros nombres como “Camí de Sant Pere” (pues en uno de sus extremos está la iglesia de Sant Pere en Esporles), “Camí que va a ciutat” o “Camí Real” (folios 149 y 150). En el expediente de 1.851 se identifica este camino de forma expresa como “camino viejo que sirve para ir de Plenisia a Palma”. También en la documentación referida al pleito que se siguió para el correcto deslinde de las fincas segregadas de Son Senutges y que terminó en la SAT de 1948 se menciona el camino distinguiendo a la perfección el ‘camí nou’ y el ‘camí antic’ de Planícia (folios 169-171), resultando que en esta fecha no se había construido todavía la carretera de acceso a Planícia desde Estellencs por parte de la familia Balle ni ésta discurre por la zona objeto del pleito por lo que sólo podían referirse a los caminos de autos.

Por lo que se refiere al Camí des Rafal/Sa Costa, ha sido identificado sin lugar a dudas por los testigos que han depuesto, incluso por los propuestos por Partero, en especial por D. Luis de Padura de España, sobrino del marqués de Campofranco, quien sólo discrepa de la calificación jurídica de los caminos. En cuanto a su identificación histórica, se recoge en los planos citados aunque éstos no usen un nombre concreto. Aparece identificado como camino del Rafal en las citas archivísticas de finales del sr. XIX y principios del s XX que recoge en sr. Reynés en su informe. En otros documentos aparece citado como “camino de Sa Costa”, siendo coincidentes en el tiempo, incluso en alguno más antiguo como “camino de las costas que dirige al predio Planisia”, debiendo recordar que en esas fechas las fincas Rafal y Planicia eran una sola y se identificaba con el nombre de Planícia.

Por todo lo anterior, ha de entenderse que los inmuebles objeto de reivindicación han quedado suficientemente acreditados y concurre el primer requisito de la acción reivindicatoria.

Décimo-primer: El título de propiedad. El segundo requisito para el éxito de la acción reivindicatoria es el título de propiedad a favor de quien ejercita la acción. Como señala la STSJ de Navarra de 30 de junio de 2010, “es presupuesto jurídico de la acción meramente declarativa de propiedad (así como de la reivindicatoria) la acreditación del título de dominio del actor, que no se identifica con la constancia documental del hecho generador, sino que equivale a prueba o justificación de la propiedad de la cosa en virtud de una causa idónea para su adquisición, se halle o no provista de un acto instrumental escrito (ss. 6 julio 1982 y 30 julio 1999, del Tribunal Supremo, por todas). Como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1977, no es pues imprescindible que dicho título conste en un instrumento público o documento privado, porque el derecho del actor puede

justificarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos por nuestra legislación e incluso a través de la posesión continuada durante el plazo y con las condiciones establecidas para la prescripción adquisitiva extraordinaria.” En relación al título de propiedad pública, la SAP de Asturias de 5 de julio de 2004 señala que “el carácter de dominio público por naturaleza, a la que alude el art. 339.1º, en directa relación con los arts. 343 y 344, párrafo 1º, del Código Civil, se deduce, según la Jurisprudencia (Sts. 5-1 y 3-7-61, 28-1-71 , 3-10-88 y 23-4 y 1-7-99), además del examen del historial registral del bien en concreto, de la propia naturaleza de su construcción, de su uso inmemorial por la generalidad de los vecinos, de la finalidad de unir o comunicar pueblos entre sí o con otras vías públicas, de aparecer recogidos en el catálogo o inventario oficial de bienes municipales y de las propias labores de conservación y policía competencia (en este caso) del Ente municipal. Por otro lado, la propia Ley (art. 339.1º citado) contiene un elemento decisivo para calificar y mantener el concepto de bien de dominio público por naturaleza, cual el que esté ‘destinado al uso público.’” Como declaró la S.T.S. 11-7-1989, con cita de las de 11-12-1963 y 10.2.1981, la determinación de si un lugar litigioso es vía de uso público o privado, es una cuestión de hecho, determinable por el uso inmemorial del mismo, por la afectación a un servicio público, a por su inclusión en un inventario, doctrina que es obligado poner en relación con las disposiciones de la Ley de Régimen local y su Reglamento de Bienes, en los que se enumeran esta clase de bienes, presumiéndose como públicas las calles y los caminos siempre que las primeras formen parte del suelo urbano, y respecto a los segundos conste su uso inmemorial , aunque no están sujetos a una reglamentación especial (recoge en este punto STS. 7-11-1987, 5-1-1971 y 3.7.1961). La STSJ Navarra 30 de junio de 2010 recoge también la presunción de demanialidad en caso de que se acredite un uso público inmemorial. La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo ha venido manteniendo con reiteración, en relación con la propiedad de calles y caminos, la presunción iuris tantum de su pertenencia al dominio público municipal siempre que las primeras formen parte del suelo urbano y conste de los segundos su uso inmemorial (ss. 11 julio 1989, 10 junio 1993 y 27 marzo 1995, del Tribunal Supremo). También la SAP Asturias 8 de Marzo de 2010 considera elemento decisivo para la calificación de un camino como de dominio público su uso inmemorial por la generalidad de los vecinos.

Conforme a la STS de 5 de marzo de 1993, la inmemorialidad es un hecho positivo cuya prueba incumbe a quien la alega, en este caso a la parte actora. Por otra parte, la STS de 22 de febrero de 1994, en relación con la posesión inmemorial , establece que es la que se pierde en la memoria de los mayores y alcanza, al menos, más de cuarenta años, resaltando la de 11 de julio de 1989 que el uso inmemorial ha de ser continuado. La prueba del uso inmemorial determina, pues, la inversión de la carga probatoria en cuanto al título, es decir, tal uso inmemorial, una vez probado, constituye una presunción iuris tantum de titularidad pública que resulta de los artículos 3 y 71 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, susceptible de prueba en contrario.

Por tanto, aceptado en el presente caso que no existe ningún documento que atribuya al Ajuntament la propiedad de los caminos en el sentido de título de propiedad, deberá la parte actora acreditar la concurrencia de los siguientes elementos: 1) el uso inmemorial de los caminos por la generalidad de los vecinos, 2) que ese uso estaba destinado a una finalidad pública o de interés público de comunicación de pueblos entre sí o con otras vías públicas, 3) la realización de actos de conservación, 4) si se acredita lo anterior, se produce la inversión de la carga de la prueba y corresponderá a los demandados desvirtuar la presunción iuris tantum de propiedad pública que deriva de ese uso público inmemorial.

Antes de entrar a valorar la concurrencia de estos requisitos respecto a cada uno de los caminos, es necesario hacer una serie de consideraciones previas comunes a ambos.

Posible efecto de cosa juzgada de sentencias judiciales anteriores. Dos son las resoluciones judiciales que han precedido al presente procedimiento que directa o indirectamente han tratado la propiedad de los caminos litigiosos ahora controvertidos. Empezando por la más reciente de las referidas en las contestaciones a la demanda, la STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 8 de noviembre de 2006 (texto completo en los folios 1.221-1.228), no puede producir efectos de cosa juzgada, debiendo ser puesta en contexto. Las sentencias dictadas en el marco jurisdiccional especializado de lo contencioso-administrativo no producen efecto de cosa juzgada formal en el de la ordinaria común, criterio que igualmente se infiere de la S.T.S. 30-10-1993 que, tras recoger los requisitos de estimación de aquella, a saber, la identidad entre ambos procesos en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir, de suerte que es necesario que entre el pleito pendiente y el promovido después exista perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal, siendo ineficaz la defensa en otro caso, como sucederá cuando sean diversas las cosas litigiosas o distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación jurídica, precisa que la finalidad de evitar que sobre un punto sometido con anterioridad a la decisión de otro Tribunal se produzcan, al ser examinadas en el litigio posterior en que la pretensión se actúa, resoluciones contradictorias comporta que sólo quepa proponerla cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de idéntica cuestión y en los propios términos que la planteada en el pleito en que aquélla se deduce. En el presente caso, además de no darse la identidad de orden jurisdiccional, la Sentencia dictada por la Ilma. Sala de lo Contencioso-administrativo lo fue en relación a un recurso interpuesto por la entidad Partero contra la resolución del Ajuntament de Banyalbufar de recuperar la posesión pública del camino en ejercicio de la vía privilegiada que le concede la regulación administrativa, concluyendo la Sala que no cabe el ejercicio de esta vía privilegiada “cuando la posesión pública no aparezca como inequívoca e indudable o su dilucidación exija complicados juicios de valor o de ponderación, dado que lo único

posible en el ámbito de este excepcional procedimiento es la defensa de la posesión de indiscutible uso o servicio público” (como si de una acción interdictal civil se tratara) y en el caso se concluye que no consta este carácter público indubitado. Precisamente por dicho motivo se inicia el procedimiento civil que ahora nos ocupa con la finalidad de dilucidar, esta vez de forma definitiva, la propiedad sobre los caminos controvertidos. Por las mismas razones, tampoco producen efectos de cosa juzgada los autos y sentencias más recientes dictadas por la misma Sala en los procedimientos en curso sobre impugnación del catálogo municipal de caminos y de suspensión de medidas ordenando la apertura de las barreras por parte del Ajuntament de Banyalbufar (folios 2.562-2.578) en las que la Sala refiere expresamente que la determinación de la titularidad de los caminos corresponde a la jurisdicción común y, por ese motivo, avala la suspensión de los procedimientos administrativos en trámite hasta que se dicte resolución firme en el presente procedimiento. La impugnación judicial del catálogo, no obstante, producirá el efecto de desvirtuar la presunción de corrección del mismo pero sin que permita ir más allá.

La segunda resolución judicial que ha de ser analizada es la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de 8 de junio de 1948 (texto completo a los folios 1.257 y siguientes, entre otros). Pues bien, tampoco concurren en el presente caso los requisitos para apreciar la concurrencia de cosa juzgada formal positiva o negativa pues, por un lado, no se da la identidad subjetiva al no haber sido el Ajuntament de Banyalbufar parte en dicho procedimiento y, por otro lado, no concurre tampoco la identidad de objeto y de causa de pedir. Dicha resolución se dicta en un juicio promovido por D^a María Bauzá Quijada, propietaria de una parte del predio Son Senutges, frente a los hermanos Monjo-Bauzá, propietarios de otra parte del predio Son Senutges y tenía por objeto, como acción principal, el deslinde entre los dos predios en que fue dividido el antiguo de Son Senutges por escritura pública de 23 de julio de 1.857, cada uno propiedad de una de las partes litigantes, y como cuestión secundaria la relativa al “camino nuevo de Planici” (cita textual de la sentencia) con la doble finalidad de que no se le concediera significación delimitadora de los dos predios y que se declare el dominio particular de la sra. Bauzá Quijada en cuanto a una acción negatoria de servidumbre. Pues bien, respecto a esta última cuestión, en la sentencia se deja muy claro que se refiere al camino que fue construido en el año 1.868, lo que sería ya suficiente para descartar cualquier eficacia de cosa juzgada respecto del Camí Antic (cuya existencia reconoce la sentencia) y del Camí des Rafal. Pero es más, lo que se considera probado es que la actora forma parte de la comunidad de propietarios del camino pero no los demandados al haberse negado su causante a contribuir a su construcción pero se dice expresamente que “no pasamos adelante, como pretende la demanda, a determinar quienes la constituyen (la comunidad de propietarios) aparte de la actora y con ella, ni que otros predios son los dominantes con el de la sra. Bauzá porque estas personas y esos bienes están fuera del pleito” y a continuación declara que el camino controvertido está dentro del predio propiedad y posesión de la actora. Realiza la sentencia otras consideraciones sobre otros

caminos públicos que podrán ser valoradas dentro del efecto positivo material de dicha sentencia pero no se aprecia un efecto de cosa juzgada formal en los pronunciamientos de la misma. Las partes de dicho pleito son partes demandadas en el que ahora nos ocupa, habiendo optado por permanecer en situación de rebeldía procesal.

Décimo-segundo: La valoración de la prueba pericial y la eficacia probatoria de la documentación catastral y registral. Por lo que respecta a los criterios sobre la prueba pericial, se da por reproducido lo indicado en el FJ séptimo.

Por lo que se refiere a la inclusión de los caminos controvertidos en registros públicos, reconoce la parte actora que ninguno de ellos ha sido incluido a lo largo de la historia en ningún registro o catálogo de bienes municipales. No puede hablarse precisamente de una conducta diligente por parte del Ajuntament de Banyalbufar sino más bien de dejadez respecto de su obligación de inventariar los bienes públicos al haber permanecido inactivo hasta que se produce el cierre de los caminos a partir del año 2001. El catálogo de caminos, cuya fecha no consta fehacientemente en autos, se reconoce muy posterior y está impugnado en vía administrativa por lo que carece de la presunción de veracidad que le es propia. Sin embargo, a pesar de las obligaciones administrativas recogidas en la Ley de Bases de Régimen Local y en el Reglamento correspondiente, el incumplimiento de las mismas no determina necesariamente que la propiedad sea privada, pues es reiterada la jurisprudencia que señala que el Inventario Municipal es un mero registro administrativo que, por sí solo, ni prueba, ni crea, ni constituye derecho alguno a favor de la Corporación, teniendo ésta la obligación legal de inscribir sus bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad (Ss. T.S. de 9-6-1978 y 3-10-1988). En especial, la STS de 27 de marzo de 1995 recoge que la inscripción o registro en él, aun siendo obligatoria, no tiene naturaleza constitutiva, del mismo modo que su inclusión en el inventario no prueba, ni constituye o crea derecho alguno en favor de la entidad local (s. 3 octubre 1988, del Tribunal Supremo, Sala 1^a), su omisión en él tampoco es impedimento para la declaración judicial de su pertenencia al dominio, ni siquiera para el ejercicio de una acción de recuperación de la posesión (ss. 11 febrero 1997 y 13 febrero 2006, del Tribunal Supremo, Sala 3^a). Será, por tanto, un mero indicio a valorar conjuntamente con el resto de la prueba. En este mismo sentido, la SAP de Asturias de 8 de marzo de 2010 señala: “cuando el art. 17,1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales establece que las mismas están obligadas a formar inventario de todos sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza o forma de adquisición, es evidente que los bienes han de ser de las entidades locales previamente a su inclusión en los inventarios, de donde cabe inferir que puede haber bienes pertenecientes a las corporaciones que no estén inventariados. El valor del inventario de bienes de las Corporaciones Locales no alcanza a la declaración de dominio, que está reservada a la jurisdicción civil, tal y como resulta del art. 55.1 de la citada norma y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es claro ejemplo, la doctrina contenida en su sentencia de fecha

30 de septiembre de 1.994 tiene declarado que 'la inclusión de un mueble o de un inmueble en un Catastro o Amillaramiento o Registro Fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto descrito puede pertenecer a quien figura como titular de él, en dicho Registro, y lo mismo los recibos de pago de los correspondientes impuestos; y tal indicio unido a otras pruebas, puede llevar al ánimo del Juzgador el convencimiento de que, efectivamente la propiedad pertenece a dicho titular; pero no puede por sí sola constituir un justificante del dominio ya que tal tesis conduciría a convertir los órganos administrativos encargados de ese registro en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de justicia, cuya misión es precisamente la de declarar los derechos controvertidos'".

Lo mismo sucede con el catastro. Abundando en lo arriba expuesto, como tiene declarado con reiteración el Tribunal Supremo, entre otras Sentencias de 19-10-54, 23-2-56, 4-11-61, 21-11-62, 29-9-66, 2-12-98 y 26-5-2000 , la inclusión en el catastro no es prueba suficiente para acreditar el dominio u otro derecho real. Señala la ya citada STSJ de Navarra de 30 de junio de 2010 en este punto lo siguiente: "la naturaleza meramente contributiva, fiscal, del catastro puede explicar la no inclusión en él de un bien de uso y dominio público; porque la información catastral no prueba por sí sola la propiedad, ni la posesión a título de dueño (ss. 16 diciembre 1988 y 26 mayo 2000, del Tribunal Supremo) de las parcelas catastrales, ni menos su extensión a toda la superficie catastrada, y porque la ostensible evidencia del camino y la notoriedad de su uso público para acceso al cementerio le ha dotado de una publicidad muy superior a la que podría derivarse de su constancia en los registros públicos, haciendo de él -como con acierto expresa la sentencia recurrida- una realidad incontestable e incontestada." También la SAP Álava de 24 de enero de 2007 señala: "el inventario Municipal es un mero registro administrativo que, por sí solo, ni prueba, ni crea, ni constituye derecho alguno a favor de la Corporación (SSTS 3-10-1988 y 9-6-1978), lo que reitera la STS 26-5-2000 al afirmar que carece de fuerza probatoria acerca del dominio la inclusión del bien litigioso en el Inventario de Bienes del Ayuntamiento, ya que, como dice la sentencia de 4-11-1961 , es a los Tribunales de Justicia a quienes corresponde declarar el dominio controvertido; resolución que también alude a la falta de fuerza probatoria de las certificaciones catastrales, las cuales no pasan de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular de él en dicho Registro, el cual unido a otras pruebas puede llevar al ánimo del juzgador al convencimiento de que, efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular, pero no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio (SSTS 2-12-1998, 2-3-1996 y 16-11-1988)". En el presente caso, la documentación catastral refleja sólo parte del Camí des Rafal y parte del Camí Nou de Planícia hasta las casas de este nombre y no los describe como bienes de dominio público. Sin embargo, el catastro no recoge tampoco otros caminos públicos como son el Camí des Correu o el Camí Vell d'Estellencs o una parte del Camí des Rafal/Sa Costa antes de la llegada a la barrera des Rafal que Partero defiende es un camino público para el acceso a su finca. Es más, parece que lo que pudo motivar la inclusión en el catastro del Camí Nou de Planícia puso

ser el convenio realizado por los propietarios al constar éste inscrito en el Registro de la Propiedad desde el año 1.915. En cualquier caso, la evidencia material de la realidad del lugar que se ha declarado probada a la vista del reconocimiento judicial contradice la descripción catastral. Por tanto, el catastro no tiene ninguna fiabilidad a la hora de reflejar los caminos de la zona, ni siquiera los que se pretenden privados, por lo que no puede deducirse conclusión probatoria alguna de la falta de inclusión de los caminos en este archivo público.

Por lo que se refiere al Registro de la Propiedad, sólo aparece inscrito el convenio de los propietarios que se analizará con detalle al hablar del Camí Nou pero no se describe el trazado exacto. Ha señalado la jurisprudencia que la fuerza de presunción de exactitud de la realidad registral no se extiende a los datos registrales que sean de mero hecho como las circunstancias físicas de las fincas, según afirman los preceptos de la Ley Hipotecaria, básicos de la materia, (párrafo 1º del art. 38, art. 97 y párrafo 3º del art. 1º). Por tanto, la omisión de camino alguno en la descripción registral de las fincas no implica como consecuencia necesaria la inexistencia del mismo, pues lo lógico es que se describa sólo si determina el linde de la finca o si supone una carga o gravamen real a favor de otro predio como puede ser una servidumbre de paso.

Décimo-tercero: Entrando ya en la valoración concreta de la prueba, la valoración del uso inmemorial y del destino público del mismo ha de realizarse de manera conjunta para los dos caminos objeto de reivindicación. Se trata, sin duda, de dos caminos distintos, perfectamente individualizados, en la forma que han sido descritos en los FJ octavo y noveno. Sin embargo, el uso de los mismos está entrelazado y también su utilidad pública pues ésta no se explica si no es por la conexión entre los dos caminos, que se ha declarado probada en la zona del 'magatzem' dentro de la finca Es Rafal. La tesis de la demanda plantea las siguientes comunicaciones a través de los dos caminos litigiosos: 1) desde Banyalbufar a Estellencs, recorriendo los primeros 300 metros del Camí Vell d'Estellencs, el Camí des Rafal/Sa Costa en su totalidad hasta enlazar de nuevo con el Camí Vell d'Estellencs; 2) desde Esporles hasta Estellencs, siguiendo un primer tramo del Camí des Correu hasta la intersección con el Camí Antic de Planícia, se seguía éste cruzando Son Sanutges y S'Arbossar hasta el interior del Rafal y en el 'magatzem' se conectaba con el Camí des Rafal/Sa Costa en dirección a Estellencs, cruzando Planícia y enlazando con el Camí Vell d'Estellencs hasta llegar a este municipio; 3) desde Banyalbufar a Puigpunyent, se recorrían 300 metros del Camí Vell d'Estellencs, el Camí des Rafal/Sa Costa hasta el 'magatzem' y una vez aquí se desviaban al Camí Antic de Planícia en sentido sur cruzando la finca Planícia por delante de las casas y el 'bosc gran' hasta alcanzar la finca Es Salt y desde allí hasta Puigpunyent. No es posible, por tanto, valorar el uso público inmemorial de un camino desvinculado del otro. Dicha valoración ha de realizarse teniendo en cuenta, en especial en relación a la citas históricas antiguas, que Es Rafal y Planícia formaban parte de una misma finca,

Planícia, hasta que en el año 1.938 el Marqués de Campofranco segrega lo que actualmente es Planícia con las casas del mismo nombre y lo vende a la familia Balle reservando para sí la propiedad de Es Rafal (con las casas de este nombre). Ha de tenerse en cuenta además que de la lectura de la bibliografía citada por el sr. Rullan se desprende que las casas del Rafal fueron construidas mucho antes que las casas de Planícia, siendo las primeras las que podrían llamarse señoriales.

El uso público inmemorial. Prueba testifical. La valoración conjunta de la prueba testifical practicada lleva a entender acreditado el uso inmemorial de los caminos litigiosos con una finalidad de interés público más allá de la explotación de las fincas. Los testigos aportados por la actora han sido prácticamente coincidentes en este punto, a excepción de D. Luis Sánchez Herranz cuyas manifestaciones confusas impiden atribuirle valor alguno. Las respuestas que tales testigos han ofrecido a las generales de la Ley no desvirtúan la credibilidad de su testimonio pues ninguno de ellos va a obtener ningún beneficio particular de la declaración de titularidad pública más allá de beneficio que este carácter público puede tener para todos los ciudadanos. Los testigos propuestos por Partero S.L. han sido también coincidentes y, en realidad, no han incurrido en contradicción con lo referido por los testigos de la parte actora pues, como se dirá, todos ellos hacen referencia a un período de tiempo muy posterior centrado a finales de los años 90. Nada aporta el testigo D. Francisco Mir Coll al haber sido muy confuso en sus manifestaciones. Respecto al testigo D. Raimundo Zaforteza Fortuny, propuesto por Partero S.L., fue objeto de tacha por la parte actora y el motivo de la misma quedó totalmente acreditado en el acto del juicio. El sr. Zaforteza, aun cuando inicialmente negó haber participado en la dirección letrada de este pleito que es llevado desde su propio despacho, después manifestó expresamente haber sido el letrado del sr. Benson (administrador de Partero S.L.) en el procedimiento contencioso-administrativo que ha precedido a éste, procedimiento en el que, aun cuando sea bajo una forma procesal distinta por el orden jurisdiccional en el que se dilucidaba la contienda, se defendía la propiedad privada de los caminos litigiosos y, por tanto, exactamente la misma posición jurídica que se defiende en este pleito. Por ello, ha de entenderse acreditada la concurrencia de la tacha prevista en el nº 2 del art. 377 LEC en cuanto a estar ligado con esta parte demandada y con su abogado por una relación de interés. Por otro lado, el testigo fue propuesto por Partero con base en sus conocimientos sobre la finca Planícia y los caminos que por la misma discurren; pues bien, del interrogatorio del testigo se desprende, sin duda alguna, que no tiene conocimiento directo de hechos por haber intervenido en ellos sino que simplemente tiene una opinión jurídica formada sobre la titularidad de los caminos a la vista del estudio de la documentación con ocasión de haber actuado como letrado del sr. Balle, anterior propietario de Planícia, opinión jurídica que excede y es ajena al contenido de una prueba testifical. No puede, por tanto, otorgarse valor alguno a este testigo. Es más, en su manifestación identificó a Gabriel Alemany como persona mayor concedora

de los hechos que conserva plena capacidad mental y esta persona, sorprendentemente, no ha sido propuesta en calidad de testigo.

Aporta el actor con el documento nº 4 de la demanda un soporte videográfico en el que se recogen manifestaciones de vecinos de la zona, algunos de ellos ya fallecidos y otros comparecidos a juicio en calidad de testigos. Respecto de los primeros, puesto que no se observa manipulación alguna en el soporte videográfico ni éste ha sido impugnado en tal sentido por ninguno de los demandados, al tiempo que se recogió a presencia de la Secretaria del Ajuntament de Banyalbufar (como ha expuesto el perito sr. Vives, autor de las preguntas que se recogen en la grabación) debe reconocerse valor probatorio aunque sea a modo de prueba documental, máxime cuando sus manifestaciones se han visto ratificadas por el resto de prueba testifical practicada en juicio. Respecto a los segundos, se valorarán sus manifestaciones en el acto del plenario al ser éstas las sometidas a inmediación y contradicción. Tratándose el principal hecho controvertido del uso inmemorial de los caminos adquiere especial relevancia el conocimiento y la memoria de las personas más antiguas del lugar y, habiendo fallecido algunas de ellas, debe valorarse el soporte videográfico en el que se recogen sus manifestaciones. La espontaneidad en las manifestaciones y expresiones de las personas que aparecen en la grabación permite descartar cualquier manipulación y acerca mucho esta prueba a una testifical. La codemandada Partero S.L. aporta como documento nº 15 de su contestación la copia simple de dos actas notariales de manifestaciones (folios 1.650 y siguientes) otorgadas por D^a Margarita Florit Canals y D. José Pinya Florit en fecha 28 de octubre de 2005 quienes refieren ser hija y nieto de quien fue el 'amo' des Rafal entre los años 1.967 y 1.983. Tales manifestaciones, sin embargo, no pueden tener el mismo valor que las recogidas en el soporte videográfico, pues el encorsetamiento propio de la manifestación notarial excluye toda espontaneidad y naturalidad, pudiendo, incluso, haber sido preparadas por un tercero (llama la atención que la declaración de ambos sea milimétricamente idéntica). La ausencia de soporte videográfico impide al juzgador valorar la forma en que fue prestada la declaración. No consta en autos si D^a Margarita Florit y su hijo han fallecido a fecha de juicio, desconociendo las razones por las cuales la entidad demandada no ha propuesto su testifical.

D. Sebastià Ferrà Palmer, nacido en el año 1.933, en su declaración recogida en el soporte videográfico pero especialmente en el acto del juicio, relata que a los doce años (lo que nos sitúa en el año 1.945) era monaguillo del cura que vivía en Son Creus (finca situada entre Son Sanutges y la carretera Ma-10), que con el cura se dirigían a decir misa a las parroquias de Estellencs y de Banyalbufar y que para ello utilizaban el camí de Planícia hasta es Rafal y desde allí enlazaban con el Camí des Rafal ya sea hacia el norte o hacia el sur según se dirigieran a uno u otro municipio; describe con detalle los dos caminos tal y como han sido declarados probados;

refiere que era muy habitual encontrarse con gente por el camino, no sólo trabajadores de las fincas sino también con gente que usaba el camino para cruzar desde Estellencs a Esporles o viceversa (según oía decir a los que hablaban con el cura) puesto que en esa época todavía mucha gente iba andando y para ello era más rápido el camino que la nueva carretera. En el soporte videográfico se refiere al Camí des Rafal como Camí d'Estellencs si bien no se confunde en ningún momento con el camino que discurre por la costa ya que describe con detalle las zonas de las fincas de interior por las que pasaban. Respecto a la continuación del Camí Antic hacia Puigpunyent refiere no haber hecho nunca el trayecto andando desde Banyalbufar pero haberlo hecho su padre, que era natural de Puigpunyent, que desconoce el punto exacto por el que cruzaba la montaña pero que sí sabe que no era por el valle de Superna sino por las fincas de Rafal y Planícia.

Los hermanos Perelló-Palmer, nacidos en 1.947 y 1.948, han relatado con detalle, tanto en el acto del juicio como en el soporte videográfico, sin incurrir en contradicción, que ya desde muy pequeños (principios de los años 50) pasaban largas temporadas con sus tíos en las casas del Rafal (sus tíos, padres de la testigo Antonia Palmer era 'els amos' des Rafal en esas fechas) y que para ir desde Estellencs al Rafal y a Banyalbufar utilizaban el Camí des Rafal que describen con todo detalle especificando que pasaba justo por debajo de 'sa miranda' de las casas; ambos refieren que el camino era usado sin restricción alguna por la gente de la zona para ir de un pueblo a otro y no sólo para ir de visita a las casas del Rafal. Refieren ambos en la grabación y con detalle el sr. Palmer en el acto del juicio, que ya su abuela les contaba que antes de construirse la carretera de Estellencs, es decir, a finales del siglo XIX, utilizaban este camino para ir desde Estellencs a Banyalbufar y, aun cuando el sr. Perelló en el acto del juicio pareció referirse al otro camino (la alternativa de la costa) al llamarlo "camí real" o "camí d'Estellencs", ha descrito con todo detalle a preguntas de esta juzgadora que era el camino que iba por el interior, el camino que cruza las fincas de Planícia y Es Rafal, en ningún caso por las fincas Des Verger (lindantes con el mar y por las que discurre el Camí Vell nº 6 del catálogo), por lo que no cabe duda que el camino que usaban ya las abuelas de los testigos era el litigioso. Ambos hermanos refieren que el camino siguió usándose aun después de construirse la carretera a principios del s. XX ya que para ir andando de un pueblo a otro era mucho más recto y era el que la gente del lugar acostumbraba a usar. También refieren haber tenido mucho contacto con los marqueses de Campofranco y que éstos nunca impidieron paso alguno, así como que las únicas barreras que vieron colocadas en los caminos eran las destinadas a controlar el paso de los animales. Respecto a la mención que hace el sr. Perelló al camino para ir a Puigpunyent, ha de precisarse que no aporta nada a favor o en contra del uso de los caminos litigiosos pues en el trayecto desde Estellencs a Puigpunyent, que es el que él relata que hacía su abuela (y no desde Banyalbufar), siempre se ha seguido el "camí de Puigpunyent" que cruza por la finca Son Fortuny, el cual discurre totalmente dentro del término municipal de Estellencs, catalogado dentro de este municipio y no litigioso. Ambos hermanos, naturales de Estellencs, se

refieren al Camí des Rafal como 'camí de Banyalbufar'. Respecto al camí de Planícia, la sra. Palmer relata que cree que su abuelo lo usaba para ir desde Estellencs a Esporles (Sa Granja) y que no le suena nada un trayecto por el valle de Superna. Su testimonio es totalmente creíble.

Especialmente relevante es el testimonio de D. Jaume Munar Fontirroig, fallecido con anterioridad a la celebración del juicio y recogido en soporte videográfico de diciembre de 2009. El sr. Munar fue el majoral o 'amo' de Planícia desde el año 1960 hasta el año 1998 (según ha confirmado su hijo en su declaración testifical en el acto del juicio). El sr. Munar confirma la existencia de los dos caminos y su uso habitual por la generalidad de personas que iban desde un municipio a otro, si bien cada vez menos debido al incremento en el uso de los coches. Confirma que el camino de Planícia se utilizaba para ir a y desde Puigpunyent "per adressar i no fer voltera per sa carretera" y refiere datos concretos que reflejan el uso de los caminos por una generalidad de personas y con una utilidad pública más allá de la explotación de las fincas como por ejemplo que siempre oyó decir que los caminos eran utilizados para llevar el pescado desde Estellencs hasta Esporles (primer tramo del camí des Rafal y después el camí de Planícia). Refiere haber colocado una barrera en el linde de Planícia para evitar el paso de ganado, a pesar de que no concreta con detalle su ubicación en cuanto a si estaba en Es Salt o en Son Fortuny, pero con ello confirma la existencia de un paso/portillo. Por último, refiere que nunca hubo impedimento alguno para transitar por estos caminos más que las barreras para regular el paso de los animales. En cuanto al mantenimiento de los caminos, confirma que era realizado por los propietarios de cada finca en su respectivo tramo, si bien refiere saber, porque siempre lo oyó decir, que antiguamente (antes de la segregación de Planícia respecto a Es Rafal) el Ajuntament sí que contribuía al mantenimiento de los caminos. Sus manifestaciones han sido confirmadas en el acto del juicio por su hijo, Jaume Munar Ballester, quien refiere haber habitado las casas de Planícia hasta el año 1998. Describe con precisión los dos caminos que cruzan la finca, su uso peatonal para enlazar un municipio y otro y que el paso por los mismos siempre fue libre, siendo las únicas barreras las colocadas para impedir el paso de animales; confirma que nunca se dejó de usar del Camí de Planícia a pesar de la construcción de la nueva carretera hacia la carretera de Estellencs; confirma la existencia de un paso en la finca Planícia en dirección a Puigpunyent aunque no su ubicación exacta aunque parece que lo ubica más próximo al linde con Son Fortuny. La edad del sr. Munar explica que en su época el recorrido entre pueblos se hiciera de forma más generalizada en coche por las nuevas carreteras, pero eso no desvirtúa el uso público inmemorial de los caminos que, con todo, confirma siguieron usándose.

También reviste especial valor probatorio, por su conocimiento directo de los hechos, la testifical de las hermanas Palmer Riera, hijas del 'amo des Rafal' que habitaron la finca desde los 2 y 3 años hasta que tuvieron entre 24 y 25 años, es decir, desde el año 1.935 hasta aproximadamente el año 1.957. La primera, Margarita, fallecida con anterioridad al acto del juicio, realizó una serie de manifestaciones recogidas en el

soporte videográfico de las que debe destacarse la plena identificación de los dos caminos y el uso de éstos para ir de un municipio a otro, indicando que iban a Palma con 'un carretó' por el Camí de Planícia cruzando S´Arbossar y Son Sanutges, que no había impedimentos de paso más que las barreras para controlar el paso de los animales y que para los marqueses era muy normal ver y aceptar el paso de las personas del lugar por el camino que pasaba por debajo de la casa. Cuenta una anécdota relativa al interés de la Infanta D^a Pilar, hermana del Rey Juan Carlos I, por la compra del Rafal; no es posible confirmar este dato pero, fuere cierto el hecho o no, el relato de la testigo es totalmente creíble, por las referencias históricas que indica D^a Margarita debe situarse en el tiempo antes de que el testigo Luis de Padura de España (sobrino del marqués de Campofranco), mucho más joven, empezara a encargarse de la finca y de su venta por encargo de su tío (lo que sitúa en los años 90) y lo relevante es que refleja una conciencia del último marqués de Campofranco sobre la titularidad o al menos uso público general del camino y que ello podría dificultar la venta de la finca a personas conocidas que desearan preservar su privacidad (preocupación inexistente en el siglo XIX y principios del XX). D^a Antonia Palmer Riera, hermana de la anterior, en su comparecencia como testigo al acto del juicio, también ha descrito con detalle los dos caminos, ha confirmado el uso de los mismos como modo de comunicar municipios y la forma en que se ha expresado indica que pasaba todo tipo de gente, no necesariamente conocida de los marqueses ni trabajadores de la zona; refiere, por ejemplo, recordar el paso de trabajadores en dirección a la finca Son Bunyola, que se encuentra en otro de los tres valles que conforman el término municipal de Banyalbufar, lo que refleja el uso del camino para fines más generales que el acceso a las fincas enclavadas en este valle; confirma también la comunicación entre Banyalbufar y Estellencs. La testigo es totalmente creíble, sin observar ánimo espurio alguno, pues admite también sin género de dudas que el mantenimiento de los caminos era llevado a cabo exclusivamente por la propiedad (afirmación que, a priori, no beneficia a la parte actora).

D. Gaspar Palmer Riera, ya fallecido, refiere en el testimonio videográfico haber trabajado en Son Fortuny y después en la finca S´Arbossar durante diez años y haber usando siempre los caminos litigiosos sin impedimento alguno, haber visto cómo la gente los usaba con normalidad (aunque evidentemente el tránsito de gente no era el mismo que ahora) y haber ido desde Estellencs a Banyalbufar a 'festetjar' usando el camino que cruza Planícia i Es Rafal. También recordar que de pequeño con el maestro hicieron en alguna ocasión el mismo camino en dirección a Banyalbufar; añade que ya en la época de su padre se usaba el mismo camino y que conoce mucha gente de Estellencs que trabajaba en S´Arbossar (por tanto, fuera del Rafal/Planícia) y usaba el mismo camino; por último, confirma que los caminos se usaron hasta fecha muy reciente sin impedimento alguno, confirmando haber realizado el trayecto desde Estellencs hasta Esporles en el año 2000 con un grupo de personas y en esta fecha ya con fines lúdicos.

D^a Francisca Verger Calafat, cuyo estado de salud ha impedido que pudiera ser oída en el acto del juicio, refiere en la grabación ser la hija de la cocinera y del chofer de la finca Es Rafal y haber vivido en ella desde el año 1.947 o 1.948 hasta que se casó y después haberla visitado frecuentemente. Confirma el uso general tanto del Camí des Rafal como el Camí de Planícia (que ella identifica como 'es camí de d'alt'), concretando que el primero era sólo de paso peatonal y el segundo de carro (lo que coincide con el tramo en que se superpone el Camí Nou), así como recordar perfectamente que los marqueses solían ver desde 'sa miranda' el paso de gente y nunca mostraron objeción alguna sino todo lo contrario.

El testigo D. Jaume Tomás Font, alcalde de Banyalbufar desde los años 1.979 a 1.995, ha descrito también los caminos y ha confirmado el uso de éstos sin impedimento alguno. Respecto al Camí des Rafal, confirma que había dos caminos para ir de Banyalbufar a Estellencs, el camino que va por la costa y el de interior y que se usaban ambos. Por otro lado, confirma también que siendo alcalde nunca realizó el Ajuntament mantenimiento de estos caminos.

Por lo que se refiere a los testigos propuestos por Partero, la valoración conjunta de sus manifestaciones permite concluir que los caminos nunca estuvieron cerrados al paso de peatones y fueron utilizados hasta fechas muy recientes. Cuando los testigos Luis de Padura, sobrino del marqués de Campofranco, Carlos Pons Bergas (empleado del sr. Balle para cuidar la finca Planícia desde el año 1998) y José Jerónimo García, empleado de San Bartomeu (S'Arbossar) refieren haber echado a gente de las fincas o tener orden de hacerlo hacen referencia a que la gente, habiendo caído las fincas ya en cierto abandono, recorría el interior de la finca y no sólo el camino, incluso las casas o causando daños. Por tanto, de lo anterior no se desprende la prohibición de paso por el camino sino la legítima defensa de la propiedad de la finca frente a los abusos y extralimitaciones en perjuicio de la propiedad que en modo alguno pueden confundirse con el mero uso o paso por un camino. En realidad, lo que confirman estos testigos es el paso peatonal sin problemas hasta fechas muy recientes y la ausencia de prohibición expresa de paso por el camino. El sr. de Padura de España, sobrino del marqués de Campofranco, ha referido haber pasado todos los veranos en el Rafal hasta el año 1.980 y que había varias barreras cerradas, pero reconoce que eran barreras para el paso de animales, confirmando que nunca colocaron ningún candado; refiere que había varios letreros indicando 'propiedad privada' pero esto no es incompatible con el carácter público del camino, pues es evidente que la propiedad de la finca es privada y se advierte en este sentido. No ha de confundirse el paso por un camino público con la libre circulación por el interior de una finca privada. Refiere el testigo que el camino servía para unir la finca de Es Rafal con la finca de Planícia que anteriormente formaban una unidad; sin embargo, la realidad física del camino no abona esta interpretación, pues los caminos se prolongan hasta llegar al linde de las dos fincas con las colindantes por el otro lado, lo que hace pensar en vías de comunicación más allá de las propias fincas. Confirma, por último, que él mismo utilizaba el camino

de Sa Costa/Es Rafal para 'bajar' a Banyalbufar cuando vivía con sus tíos. El testigo sr. Pons refiere las instrucciones que recibió del sr. Balle indicando que se debían a la gran avalancha de gente que había que pasaba por toda la finca y lo sitúa en el año 1998. Este testigo refiere la existencia de un paso entre Planícia y Son Fortuny pero no con la finca Es Salt; sin embargo, conoce la finca sólo desde el año 1998 por lo que nada aporta sobre lo que pudiera haber existido con anterioridad. En el mismo sentido el testigo Francisco Mir Coll, que empieza a cuidar la finca después de la jubilación de D. Jaume Munar. Por último, el testigo D. José Jerónimo García ha relatado haber trabajado para la entidad San Bartomeu, propietaria del predio S'Arbossar, arreglando el camino en los años 1993-1994, siempre por cuenta de esta entidad, pero refiere recordar la instalación pública de una tubería desde la finca Ses Mosqueres pasando por debajo del camino y que la propiedad de S'Arbossar no puso objeción alguna, recordando que se quejó sólo el dueño de Son Creus (tal y como consta documentado en autos).

Por último, el testigo D. Pedro Alemany Palmer, nacido en el año 1.961, hijo de uno de los actuales propietarios de Son Fortuny y encargado directo de la finca (al igual que ya su abuelo y su padre), ha confirmado la existencia de un paso entre Planícia y Son Fortuny para la extracción del carbón. En cuanto al paso entre Planícia y la finca Es Salt, refiere no haberlo conocido nunca. Confirma, en lo que aquí interesa, que hay un camino público que cruza la finca Son Fortuny y que va de Estellencs a Puigpunyent o viceversa, siendo ello relevante porque según refieren los peritos aportados por la actora y también el perito judicial, tal y como se observa en los planos, el Camí Antic de Planícia, tras su paso por Es Salt, enlazaría con este camino, para poder dirigirse a Puigpunyent. La declaración de este testigo debe ponerse en todo caso en el contexto de su edad, habiendo nacido en el año 1.961, no habiendo aportado la parte demandada testigos que conocieran los hechos desde tiempo inmemorial, como podría ser el padre del sr. Alemany, los propietarios de las fincas Es Salt, etc.

En definitiva, la valoración conjunta de lo anterior lleva a concluir que la gran mayoría de los testigos y, especialmente, los de mayor edad y mayor vinculación con la zona con conocimiento directo de la misma, confirman el uso de los caminos litigiosos desde tiempo inmemorial para fines propios de las fincas y para fines que van mucho más allá del interés particular de las fincas y que deben ser calificados como de destino público o de uso público que se extendía a la generalidad de los vecinos de los municipios de la zona, Banyalbufar, Estellencs, Puigpunyent o Esporles. Los testigos más relevantes han de ser los que refieren hechos más antiguos pues es evidente que el avance en las comunicaciones y en la técnica hará que los caminos vecinales no asfaltados y, en especial, los caminos de herradura vayan decayendo en su uso originario para ser sustituidos por carreteras más cómodas e incluso transformando su uso para fines de tipo lúdico o actualmente

excursionista. Es evidente que el número de personas y la frecuencia de paso durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX no puede ser valorada y comparada en términos actuales, pues la precariedad de las comunicaciones y el tiempo invertido en ellas hacía que la gente se desplazara sólo para los fines de necesidad; por otro lado, el uso cada vez más frecuente de los coches a partir de la segunda mitad del siglo XX por las carreteras ya construidas provoca, necesariamente, un menor uso de los caminos a pie. Este uso se ha mantenido, en realidad, hasta la actualidad, pues el día del reconocimiento judicial se comprobó que las únicas barreras cerradas con candado son las de acceso a la finca Es Rafal (que se reconocen colocadas a partir del año 2001) y que los carteles que en otras fincas como S´Arbossar indican propiedad privada y prohibición de paso se refieren exclusivamente al paso rodado, no habiendo ningún cartel que prohíba el paso de peatones.

Décimo-cuarto: El uso inmemorial para un destino público derivado de la prueba documental y pericial. Se valorará en este punto si los caminos litigiosos eran o no la ruta más lógica entre las poblaciones vecinas, las citas históricas que reflejan la existencia de los caminos y la finalidad de éstos y la interpretación finalista del nombre por el que son conocidos estos caminos.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es decir, si los caminos son un itinerario lógico para unir las poblaciones vecinas, la valoración de la prueba practicada lleva a una conclusión afirmativa. La valoración de la prueba ha de realizarse partiendo del hecho incontestable de que todas las comunicaciones entre los cuatro municipios de la zona estudiada vienen siempre condicionadas por la orografía y la presencia de la imponente Mola de Planícia (940 metros de altitud) y otros accidentes geográficos de importante desnivel que la circundan (Es Coll des Pi de 455 metros, Es Puntals de Son Balaguer de 835 metros, Es Puntals de 867 metros y es Coll d´Estellencs de 650 metros) que obligan a unas vías de comunicación que permitan bordear estos importantes desniveles. Esta orografía se observa con claridad en los planos ortofotográficos incorporados a los informes del sr. Vives, del sr. Rullan y también del sr. Carpintero, planos que reflejan que las rutas estudiadas eran totalmente lógicas (por ejemplo, al folio 2.498-27 para la ruta a Puigpunyent). Por lo que se refiere al trayecto entre Banyalbufar y Estellencs, tal y como se describe en el informe del sr. Vives y del sr. Rullán (documento nº 4 de la demanda), históricamente han existido dos alternativas: a) la que sigue el Camí Vell d´Estellencs (nº 6 del catálogo), prácticamente bordeando la costa y atravesando la finca Es Verger; b) la que, iniciada en el camino anterior, se desvía por el interior de la finca Es Rafal para cruzar ésta y Planícia y conectar de nuevo con el Camí Vell d´Estellencs en un punto entre 'l'hort de Planícia' y Son Serralta (nº 10 del catálogo, camino controvertido). La existencia de las dos alternativas queda acreditada por las citas históricas que después se analizarán. Como señala el sr. Vives en su informe, desde un punto de vista técnico y de pendiente del terreno, las dos alternativas eran los caminos más lógicos y más cortos para realizar este trayecto (folio 377) siendo el esfuerzo en

tiempo y carga equivalentes en una y otra. Esta misma conclusión se alcanza por el perito sr. Rullan (folios 2.529-22 y 2.529-23) y por el sr. Reynés (folio 150), conclusiones que se comparten, observando una equivalencia en tiempo, esfuerzo, pendiente y distancia que hace que la preferencia entre una y otra alternativa no deriva como factor decisivo de la ruta en sí. Refiere el sr. Carpintero en su informe que los datos recogidos en el informe del sr. Rullan no pueden ser tenidos en cuenta porque no van referidos a la pendiente total acumulada sino a la pendiente media, lo que no permite medir el esfuerzo real. Pues bien, efectivamente se ha comprobado que la comparación realizada por el sr. Rullan hace referencia a la pendiente media. Sin embargo, lo cierto es que la discusión planteada por Partero sobre la pendiente como impedimento para el uso del camino es baladí. Una vez que se ha recorrido la totalidad del Camí des Rafal en la prueba de reconocimiento judicial puede afirmarse sin ninguna duda que el camino es perfectamente practicable, transitable y nada llamativo respecto de otros caminos que pueden encontrarse en la Sierra de Tramuntana ya que vienen condicionados por la orografía del terreno (piénsese, por ejemplo, en el camino de Caimari a Lluç). Es más, el nombre del camino viene determinado por una de las fincas que cruza, Sa Costa (cuya traducción será 'la cuesta' y no 'la costa'), cuyo nombre, a su vez, viene determinado por la gran pendiente del terreno donde se encuentra. En todo caso, si se compara con la alternativa cercana al mar, en ésta el desnivel no se da al principio pero sí se da en la segunda mitad del camino, siendo en muchos tramos estrecho e incómodo (folio 2.528-23 vuelto). La opción por el camino del interior que cruza Es Rafal que justificaría la doble alternativa viene determinada por dos razones históricas en las que han coincidido geógrafos e historiadores: a) razones socio-económicas, pues el camino de la costa sólo unía los dos municipios y no cruzaba zonas de actividad económica (Es Verger se parcela ya desde el siglo XVII, según citas del sr. Villalonga, pero no constan construcciones hasta el siglo XIX y la documentación no refleja esta zona como núcleo de actividad económica sino más bien como pequeñas unidades de explotación) mientras que el camino de interior permitía, por un lado, pasar por los dos núcleos de actividad más importantes de la zona, las casas de Es Rafal y Planícia, siendo muy habitual que los caminos medievales hasta el siglo XIX buscaran precisamente pasar por las posesiones que eran los centros de toda la actividad económica (así lo refiere el sr. Rullan al folio 2.529-24 y también el sr. Cateura en su informe al folio 2.499-1), al tiempo que en este caso concreto permitía también conectar con el Camí de Planícia y desviarse hacia Puigpunyent, o hacia Esporles o en dirección al camí des Correu para conectar con Palma; b) razones de defensa, siendo mucho más seguro el camino de interior que el que sigue la costa debido a los peligros de agresiones o ataques procedentes del mar que se mantienen hasta el siglo XIX, tal y como indica el sr. Rullan en su informe y se menciona en la bibliografía citada por éste (así, por ejemplo, otras construcciones como la iglesia de Banyalbufar, inicialmente en la costa, fueron después desplazadas al interior por razones de protección frente a los peligros procedentes del mar). Explica también el sr. Rullan en su dictamen escrito así como en el acto del juicio que la existencia de dos caminos como alternativa entre costa e

interior es muy frecuente, tanto por razones funcionales como por razones de defensa, existiendo otros ejemplos en la isla como en el Port des Canonge. El perito sr. Reynés ha coincidido en estas afirmaciones, añadiendo que entre Sóller y Deià existen hasta tres alternativas, una por la costa, otra a media cota y otra en una cota más alta.

Por lo que se refiere a la comunicación entre Estellencs y Esporles, el itinerario se inicia en Esporles en el Camí des Correu hasta Son Sanutges, donde enlaza con el Camí Antic de Planícia hasta el interior de la finca Es Rafal donde se conectaría con el Camí des Rafal hasta unirse al Camí d'Estellencs. Como señala el sr. Vives en su informe, ésta era la ruta más corta y más lógica, pues las otras dos alternativas, ya sea siguiendo a Banyalbufar para desde allí coger el Camí Vell completo ya sea cruzando a través de Puigpunyent son mucho más largas y presentan un desnivel excesivo que hace que no deban ser consideradas. La misma conclusión alcanza el perito sr. Rullan en su informe (folio 2.529-24 vuelto) y el perito sr. Reynés (folio 152). Basta observar el trazado en un mapa para defender la lógica de este trayecto, siendo absurdo y más en un contexto del siglo XIX de desplazamientos a pie o en burro, descender hasta Banyalbufar para luego volver a subir cuando existe un camino que cruza la finca y ahorra la mitad de la distancia y de la pendiente.

Por lo que se refiere a la comunicación entre Banyalbufar y Puigpunyent, el itinerario se inicia en el Camí des Rafal/Sa Costa hasta la zona de 'es magatzem' dentro des Rafal donde se enlazaría con el camí antic de Planícia en dirección a las casas de este nombre hasta alcanzar el linde con la finca Es Salt y, rebasado éste, dentro del término de Estellencs, continuar hasta enlazar con el camino real Estellencs-Puigpunyent. Así lo defienden tanto el sr. Vives como el sr. Reynés. Las otras alternativas para este trayecto supondrían tener que pasar bien por el municipio de Estellencs bien por el municipio de Esporles, por lo que no pueden ser equivalentes ni viables en términos de espacio y tiempo. El perito sr. Rullan ha analizado la opción de rodear la Mola de Planícia por la vertiente norte, es decir, por el tramo del camino que cruza S'Arbossar y Son Sanutges hasta el Camí des Correu para llegar a Sa Granja y desde allí a Puigpunyent por el valle de Superna, lo que supone un recorrido mayor en más de un kilómetro y medio y un mayor esfuerzo inútil que hace que esta ruta, defendida por Partero, no pueda ser considerada como alternativa. La conexión con el Camí real Estellencs-Puigpunyent a través de la finca Es Salt debería estar incluida dentro del catálogo de Estellencs que no ha sido aportado a los autos. En el informe ampliatorio del sr. Carpintero se aporta, al folio 2.498-30 un breve plano del catálogo de Estellencs en el que se observa que desde la finca Es Salt sale un camino en dirección a Estellencs que está identificado con el nº 14. No se observa, al menos en la hoja que se aporta, catalogado el camino que seguiría el Camí Antic de Planícia hasta el Camí real (nº 4 del catálogo de Estellencs), desconociendo si puede obedecer a un error del catálogo derivado precisamente de la opción de fraccionar los caminos por municipios. En cualquier caso, lo relevante es que en la prueba de reconocimiento judicial se observó que desde el mirador de

la finca Es Salt salían dos caminos, el de la derecha u oeste que sería el catalogado como nº 14 directo a Estellencs y otro a la izquierda o Este que todo apunta es la continuación del Camí de Planícia, camino que no se recorrió al no haberlo solicitado ninguna de las partes. Se observó al inicio de esta bifurcación un portillo con una valla, elemento indicativo de la existencia de un camino.

Por lo tanto, los caminos litigiosos formaban las rutas de comunicación más lógicas entre los cuatro municipios mencionados al menos hasta la construcción de las modernas nuevas carreteras y, sobre todo, la generalización del uso de los vehículos a motor a mediados del siglo XX pues hasta esa fecha, a pesar de la existencia del vehículo, su propiedad y uso no era generalizada para la gente de campo sin poder adquisitivo que seguía usando los caminos andando, en bicicleta o con carro. La existencia de dos caminos públicos no controvertidos, el Camí des Correu y el Camí Vell d'Estellencs (nº 9 y nº 6 del catálogo respectivamente) no resta utilidad pública a los caminos ahora en litigio pues los dos primeros, caminos reales, no enlazaban entre sí ni tampoco permitían aprovechar el trayecto para pasar por los principales núcleos económicos que era lo más habitual en la época.

Décimo-quinto: Las citas históricas. Resolver sobre el uso inmemorial de los caminos y, sobre todo, su destino a un uso público o general se hace especialmente dificultoso cuando su origen se remonta más allá del siglo XIX, al no disponer de testimonios vivos anteriores a la primera mitad del siglo XX ni tampoco de un inventario de bienes municipales no controvertido. Ante esta tesitura, adquiere especial relevancia probatoria la prueba documental relativa a las citas históricas o documentos gráficos en que estos caminos puedan aparecer, citas que deberán ser interpretadas a la luz del contexto histórico del momento haciendo uso para ello de los conocimientos y razonamientos ofrecidos por los peritos conocedores de esta materia, no siendo la historia una ciencia exacta. La valoración conjunta de las citas históricas, en sí no controvertidas (muchas de las cuales son recogidas por todos los peritos), lleva a la conclusión de que los caminos existen desde tiempo inmemorial y que cumplían una finalidad de carácter público, de aprovechamiento general, no limitada a las finalidades de explotación de las fincas.

Siguiendo un orden histórico, empezando por el Camí des Rafal/Sa Costa, el documento más antiguo que citan los peritos y que acredita la existencia de un camino vinculado a un uso público de defensa es una mención a la 'atalaia des Rafal' en un documento del año 1.400 que el perito sr.Rullan identifica con la atalaia situada en la finca Es Rafal para deducir la existencia del camino que da acceso a la misma con funciones defensivas del municipio (incluso de otros municipios, según puede leerse en el libro de Rosselló y Albertí "Història de Banyalbufar Segles XIII-XVI") y, por tanto, públicas. La parte demandada sostiene que la cita está mal ubicada y que esta mención histórica no se refiere al camino de autos. Pues bien, la confusión introducida por la parte demandada sobre este punto en el acto del juicio se disipa con dos hechos históricos que hacen imposible la versión del letrado de

Partero y ratifican la lógica de la interpretación del perito: el documento que se cita es del año 1.400 ,fecha en que no se había construido la Torre des Verger o Torre de ses Animes (construida en el año 1.579 según citan Margalida y Aina Albertí en el libro “Banyalbufar i la seva historia”, así como Rosselló y Albertí en su libro “Història de Banyalbufar segles XIII-XIV”) por lo que difícilmente podría la cita ir referida a este punto, al tiempo que los conceptos de ‘torre’ y ‘atalaia’ no son coincidentes en su tipología constructiva, tal y como también se explica en las dos publicaciones citadas; en la fecha del documento histórico, Planícia integraba lo que actualmente es Es Rafal y Planícia y seguramente también S´Arbossar y otras fincas (‘la gran Planícia’, en palabras del sr. Villalonga), resultando que las casas eran las que actualmente conocemos como Casas des Rafal, las más antiguas en la construcción, y no las que actualmente son las de Planícia, las cuales se construyeron a finales del s. XVIII con ocasión de la construcción de la ‘tafona’ e inicialmente destinadas a los ‘amos’ y no a los ‘senyors’, tal y como consta también en la bibliografía citada y en el libro “Sa Mola de Planícia” de Tomás Vibot, por lo que la referencia geográfica de la cita histórica coincide exactamente con lo que se observó el día del reconocimiento judicial. A lo anterior se suma que los argumentos ofrecidos por el sr. Rullan para concluir que la cita hace referencia a la atalaia des Rafal son totalmente lógicos y coincidentes con las explicaciones históricas que constan en el libro “Història de Banyalbufar segles XIII-XIV” (al distinguir entre ‘talaiers’ y ‘escoltes’), añadiendo el perito que no hay otra atalaia en esa zona. Esta Atalaia des Rafal aparece citada por el Archiduque Luis Salvador de Austria y grafiada en el mapa de Mallorca del Cardenal Despuig. El Camí des Rafal, como se observó el día del reconocimiento judicial, bordea la atalaia, a la que se accede por un pequeño ramal desde el camino, y se encuentra a escasos cientos de metros de las casas del Rafal que se divisan desde la atalaia y desde ‘s´era’.

El Camí des Rafal/Sa Costa aparece grafiado en el mapa del Cardenal Despuig que data del año 1.785, siendo esto un elemento decisivo para resolver la controversia que nos ocupa. Se comparten totalmente los argumentos expuestos por el sr. Rullan en su informe sobre el valor que tiene la inclusión del camino en este mapa y de ello cabe deducir el uso público y de interés general de los caminos. Los argumentos son lógicos y totalmente coincidentes con los recogidos en las citas bibliográficas que menciona, citas que se han verificado íntegramente. Es cierto y así reconocen todos los peritos y todos los autores consultados que el mapa del Cardenal Despuig no contiene calificación o distinción entre caminos públicos y privados y que sólo distingue entre caminos de herradura y de carro, aceptando también los autores que no se ha llegado a un consenso en cuanto a titularidad de los caminos que recogió el Cardenal. Ahora bien, la contextualización del mapa en su momento histórico y su finalidad lleva a concluir que los caminos recogidos en el mapa son sólo los más importantes de la época y, por tanto, los de uso o finalidad pública. La elaboración del mapa, según resulta de la bibliografía citada por el sr. Rullan en su informe y de las menciones realizadas por el sr. Villalonga y el sr. Cateura, se enmarca en el contexto de las inquietudes de la Ilustración y algunas sociedades civiles como era la

Societat d'Amics del País de la que era miembro el Cardenal Despuig y que, fundada en el año 1778, reunía ilustrados mallorquines y fomentaba el progreso de la agricultura y la industria e impulsaba la creación de escuelas de dibujo y matemáticas; dos de las iniciativas de la sociedad eran recoger información de carácter estadístico y medir los caminos de la isla, considerados hasta la fecha como casi intransitables, con la finalidad de conocer también su trazado y otros aspectos del territorio. Algunos autores se refieren a los caminos de la época en Mallorca como "los más de los horrorosos caminos de España" (Vargas Ponce) lo que explica la preocupación de los ilustrados. Así lo indica también el perito sr. Cateura en su dictamen escrito (folio 2.499-1) al señalar que la documentación histórica no cesa de repetir que las comunicaciones de Mallorca estaban subordinadas a las 'posesiones' o predios, recogiendo después una serie de citas históricas que reflejan el desorden en la red de caminos que se mantendría hasta bien entrado el siglo XX y que desde la administración se trató de paliar. Como señala el sr. Rullan, el mapa del Cardenal ha sido considerado como uno de los mejores documentos cartográficos por su perfección geográfica, si bien ha de tenerse en cuenta que es una obra de finales del siglo XVIII y, por tanto, no tiene la precisión cartográfica actual. Algunos autores han destacado que lo más importante del mapa es que ha conservado su vigencia práctica durante más de un siglo e incluso que la red de caminos no ha sufrido muchas modificaciones respecto de la actual. El mapa tiene unas dimensiones de poco más de un metro cuadrado, lo que da a entender que se escogieron sólo los caminos más relevantes de la época, señalando algunos autores que lo que más preocupaba a la Ilustración eran los caminos y las posesiones más importantes para poder valorar la riqueza agrícola del país, siendo muchas veces coincidentes los caminos que pasaban por las posesiones y los públicos por estas razones económicas. Así, señala el sr. Rullan en su informe en una interpretación que, por corresponderse con los textos consultados y ser totalmente lógica, se comparte, que los caminos que refleja el mapa unen preferentemente núcleos de población y, sólo secundariamente, casas de posesión cuando éstas no son el final del trayecto. Así sucede en la zona de Banyalbufar en la que se encuentran los caminos litigiosos en la que el mapa refleja más posesiones que caminos y ello porque los caminos de uso exclusivo de las posesiones, como era el caso de Son Bauzá, Son Bujoseta, La Teulera, Son Creus, Son Coll y Son Bujosa, no se reflejaban porque se accedía a las mismas desde ramales de los caminos públicos. La voluntad de permanencia del mapa era clara por lo que es lógico que no se recogieran caminos privados o de explotación que podrían ser modificados en cualquier momento por el propietario del predio y hubieran dejado caduco el mapa del Cardenal. El valor del mapa radica en lo que en él aparece y no tanto en la corrección cartográfica exacta, imposible con los instrumentos de la época. Pues bien, el Camí des Rafal/Sa Costa aparece perfectamente grafiado en el mapa del Cardenal Despuig (como puede observarse tanto en el trozo extractado por el sr. Rullán al folio 2.529-34 como en las copias incorporadas como documental de la demanda y dentro de la pericial del sr. Carpintero), apareciendo también perfectamente grafiada la alternativa por la costa o Camí Vell d'Estellencs, lo que

lleva a concluir que ya en el siglo XVIII se usaban de forma habitual y con fines importantes las dos vías de comunicación. Las circunstancias expuestas en cuanto a la elaboración del mapa llevan a entender que si el Camí des Rafal hubiera sido un mero camino de explotación no se hubiera incluido dentro del mapa del Cardenal, máxime cuando ya existía un camino por la costa, de modo que si se incluyó sólo pudo ser porque respondía a usos de comunicación de núcleos de población y usos de importancia general más allá del mero acceso a la 'possessió'. El camino aparece también recogido en el "Mapa de las villas de Andraig, Calvia, Puigpuñent y Marratxí" incluido en el libro de Joan Baptista Ensenyat Pujol titulado 'Historia de la baronia de los Obispos de Barcelona o del Pariage de Mallorca' (1.922), aportado como documento nº 4 dentro del informe del sr. Reynés (folio 195) y en el 'Mapa General de Mallorca' de J. Mascaró del año 1.958 aportado como documento nº 5 del mismo informe (folio 196), si bien todos ellos sin precisión cartográfica y debiendo ser valorados sólo en cuanto a la existencia e importancia del camino.

En el acto del juicio Partero ha planteado una posible contradicción en la interpretación de la cita que contiene el informe del sr. Reynés en relación al ilustrado Gerónimo de Berard señalando que la cita va referida al Camí Vell d'Estellencs o alternativa de la costa. Pues bien, debe tratarse de una confusión de la parte porque ni en el informe del sr. Reynés, ni en el catálogo ni tampoco en el informe del sr. Villalonga se recoge la cita de Gerónimo de Berard como referida al Camí des Rafal simplemente porque ésta no es la cita estudiada por los peritos, quienes se han referido a la cita del camino de los Salts a Banyalbufar. La lectura completa del documento nº 9 del informe del sr. Reynés permite comprobar que Gerónimo de Berard, en unos párrafos anteriores a la cita recogida por el perito, señala, refiriéndose a los lindes del municipio de Estellencs: "los de Bañalbufar por el nordeste a igual distancia y proporción de camino con mil precipicios hacia el mar por el pendiente del terreno, sombrío por sus altos montes y vista del norte, sus bajadas y subidas aunque pobladísimas de arboleda hasta el mar llena de malezas y aguas que corren en abundancia". Ninguna duda cabe que la cita va referida al Camí Vell d'Estellencs o alternativa de la costa (nº 6 del catálogo) pues es el único que se corresponde con esta descripción. Probablemente por este motivo no se recoge en las citas del Camí des Rafal. En todo caso, no excluye la existencia de una alternativa por el interior que es lógico que no describiera el ilustrado porque la bifurcación se produce ya dentro del término de Banyalbufar. Al tiempo, resulta una cita muy interesante para valorar lo dificultoso de este camino de la costa (tal y como expuso el sr. Rullan en su dictamen escrito) y abonar el uso de la alternativa de interior por las fincas del Rafal y Planícia, de recorrido mucho más fácil y sin peligro de precipicio al mar.

El sr. Reynés en su informe recoge varias citas de inventarios de bienes de vecinos del municipio de los años 1.784, 1.847 y 1.876 en los que se cita el Camino del Rafal, mencionando también el camino que va a Estellencs lo que permite situar estas fincas o trozos de tierra entre los dos caminos una vez que se han bifurcado

en la finca Sa Costa y probablemente antes de entrar en la finca Es Rafal (pues el camino discurre por el interior de ésta y no define su linde). Así se desprende del dictamen inicial del sr. Villalonga a los folios 1.322 y 1.323 donde se explican las parcelaciones de la finca Sa Costa. En su informe ampliatorio el sr. Villalonga recoge citas relativas a cabrevaciones de fincas situadas en la costa y, sobre todo, por la parcelación de la finca Es Verger (situada entre el mar y la finca Rafal/Planícia). En ambos informes concluye el sr. Villalonga que estas citas reflejan que el Camí des Rafal lo era sólo de acceso a esta finca. No se comparte, sin embargo, esta interpretación que, en realidad, está basada exclusivamente en una interpretación toponímica y de falta de citas en las cabrevaciones. Las citas recogidas por el sr. Villalonga permiten ubicar las tierras bien entre el Camí Vell d'Estellencs y el mar o bien entre el Camí Vell y la finca Planícia/Es Rafal en el caso del informe ampliatorio (cabrevaciones) o en la finca Sa Costa en el caso del informe inicial (sucesivas parcelaciones) y sólo permiten deducir que acreditan la existencia de un camino real desde Banyalbufar a Estellencs que es el actualmente catalogado como nº 6 así como la existencia de otro camino por es Rafal. No es posible deducir, sin embargo, que el camino des Rafal, sin duda existente, fuera un camino de mero acceso a la finca pues la ausencia de citas históricas como las del camino real se explicarían por el simple hecho de que el Camí des Rafal discurre por el interior de la finca Rafal/Planícia, no constituye su linde y ésta, además, no fue objeto de segregaciones o parcelaciones (salvo la que tuvo lugar en el año 1.938 al segregar Planícia para venderla a la familia Balle como reconoce expresamente el sr. Villalonga) a diferencia de la finca Es Verger a la que se refieren muchas de las citas, de ahí que no se encuentren ni escrituras ni cabrevaciones que mencionen como linde el Camí des Rafal. Como ha expuesto el sr. Reynés en el acto del juicio, las cabrevaciones eran declaraciones que se recogían periódicamente para preservar los derechos señoriales, a modo de censos, y solían describir al propietario, sus derechos y sus límites, con una finalidad meramente recaudatoria, de manera que si el camino no constituía el linde no solía mencionarse. La Gran Enciclopedia Catalana define el 'capbreu' como: *escriptura pública on consta el reconeixement que fa l'emfiteuta dels drets del seu senyor directe sobre els immobles que el primer té en domini útil, com a resultat d'un procés judicial anomenat causa de capbreu; el capbreu conté, després de l'exposició de la causa, la relació dels béns afectats, de llur situació, llur superfície i llurs afrontacions, i dels drets dominicals: prestacions en moneda o en espècie, pagament de lluïsmes, reconeixement de deutes, règim d'amortització, etc. Sovint els capbreus es feien generals dels diversos emfiteutes d'un mateix senyor directe*. Por tanto, nada extraña que no se cite el Camí des Rafal en las cabrevaciones recogidas por el sr. Villalonga.

Tanto en el catálogo como el sr. Villalonga en su informe recogen una cita del Archiduque Luis Salvador de Austria a finales del siglo XIX que describe el camí des Rafal como: 'un camí costerut parcialment dividit en escalons ens durà al proper rafal de Planícia', continuando después la descripción. Esta cita es un indicio más del carácter público o de destino de interés general que siempre tuvo este camino.

En el expediente relativo a la construcción del Camí Nou de Planícia el ingeniero del Estado dibujó el camino des Rafal al menos hasta las casas de la finca, lo que acredita su existencia.

El sr.Reynés en su informe recoge otras citas históricas de interés como un acta del Ajuntament de Banyalbufar del año 1885 en la que se decide “declarar vecinal el camino antiguo de Palma y rurales los caminos denominados del Rafal, el de la pedra de Sase, el de los amaradors, el de la Galera y el de las Teulas, quedando a cuenta del Ayuntamiento la reparación y conservación de dichos caminos en cuanto lo permitan los recursos de los fondos municipales”. Refiere el sr. Reynés en su informe que todos los caminos que se mencionan en este acta como rurales son actualmente considerados caminos públicos. La lectura del documento así lo indica pues de otro modo, puesto que parece que ese tema era el objeto principal del acta, se hubiera calificado el camino expresamente como privado o de acceso a una finca y no se explicaría la voluntad del Ayuntamiento de contribuir a su conservación. Este acta encaja perfectamente con la explicación ofrecida por los sres. Rullan y Reynés y, en realidad, confirmada por el sr. Cateura en su informe en cuanto a la escasez de medios de los ayuntamientos del siglo XIX para mantener los caminos públicos y en cuanto a que los propietarios de los grandes predios eran quienes tenían mayor capacidad económica. Las citas que el sr. Reynés recoge referidas a la reconstrucción de un portillo en el año 1890 por el Ayuntamiento y a la autorización para una tegea en el camino del Rafal en el año 1.905 (condicionada expresamente a que se deje expedito el camino y no se interrumpa el tránsito) revelan, de nuevo, el carácter público del camino pues de otro modo carecerían de sentido (folios 156 y 157). El sr. Villalonga en su informe no ofrece ninguna interpretación de estas citas que lleve a entender los caminos como privados.

Se recogen también tres citas de acuerdos del Ajuntament de Banyalbufar en los años 1.913, 1.914 y 1.915 que, de nuevo, reflejan que se trata de un camino público pues de no ser así el ayuntamiento nada tendría que pagar en cuanto a su mantenimiento ni mucho menos nada que decir en cuanto al punto donde puede conectarse un ramal solicitado por un vecino. Refiere la parte demandada que todas estas citas, así como las que después veremos en cuanto al mantenimiento de los caminos, van referidas al tramo previo a la entrada a la finca Es Rafal. Pues bien, de la documentación histórica no puede desprenderse esta conclusión pues no es posible ubicar el punto del camino reparado pero incluso en el caso de que fuera así, es decir, que todas las intervenciones sean anteriores a la entrada a la finca Es Rafal no tendría sentido alguno la existencia de un camino público para acceso a una finca privada, Es Rafal, que además fuera mantenido por el propio ayuntamiento. Esto sólo se explica por el uso público y destino público de la totalidad del camino. Por último, en algunas de las citas referidas a la reparación del camino, la documentación pública se refiere al mismo como ‘camino vecinal del Rafal’ lo que refleja su naturaleza pública (citas de los años 1.924 y 1.939, al folio 158 y 159).

En otras ocasiones el camino aparece citado bajo el nombre de Camí de sa Costa o camino de la cuesta, tal y como se recoge en el informe del sr. Reynés a los folios 160 a 165 de la causa. Estas citas, comprendidas en los años 1.862 a 1.956, por el nombre que se utiliza, sí parecen ir referidas al tramo del camino antes de la entrada a la finca Es Rafal pues el nombre de Sa Costa hace referencia a un predio allí ubicado que fue objeto también de algunas divisiones (explicadas con detalle en el dictamen del sr. Villalonga, folio 1.322) y que, a su vez, toma su nombre de la importante cuesta o pendiente para acceder al mismo. Todas las citas reflejan que se trata de un camino público. De hecho, ni siquiera los demandados niegan la condición pública de este tramo del camino. De nuevo, nos encontramos con la paradoja, según la versión de los demandados, de un camino público para dar acceso a una finca privada que es contrario a toda lógica, máxime si el camino no termina en la finca o en las casas de esta finca sino que se prolonga sin solución de continuidad para enlazar dos municipios.

Durante la comparecencia del perito sr. Rullan la parte codemandada Partero S.L. ha puesto en duda la corrección de las citas que el perito hace del libro “Història de Banyalbufar Segles XIII-XVI” de Rosselló y Albertí imputándole haber silenciado que en este importante libro sólo se recoge el Camí Vell d’Estellencs. Pues bien, la lectura completa del libro permite verificar que en ningún momento afirman los autores que el Camí Vell d’Estellencs fuera el único camino de enlace entre los municipios de Banyalbufar y Estellencs y que el relato llega sólo hasta el siglo XVI. El libro debe contextualizarse, consistiendo en un compendio de documentación relevante del municipio de Banyalbufar sólo referida al período indicado, completado con una interesante interpretación conjunta de los autores. El libro no se centra especialmente en los caminos ni en la finca de Planícia, a diferencia de otros citados; cita en sólo dos ocasiones el Camí d’Estellencs pero los autores no interpretan que fuera la única vía de comunicación, más bien nada dicen al respecto, recogiendo incluso una cita que hace dudar que así fuera. Se recoge como documento nº 155 un documento de 29 de agosto de 1.385 del que se extrae: “Pere Lloreda, habitador de Banyalbufar, i Guillem Fexes, d’Andratx, venen a Domingo Andreu, ciutadà, 7 morabetins censals sobre una vinya i possessió confrontant amb el camí que va a Estellencs, camí del Verger i litoral marítim. Preu 35 lliures”, mención separada que parece dar a entender que se trata de tres puntos distintos. El libro nada refleja sobre los siglos XVII a XIX, tan relevantes para resolver la controversia. Por tanto, nada ha ocultado ni tergiversado el perito y el libro no avala la interpretación de Partero S.L.

Por lo que se refiere al Camí Antic de Planícia, se ha descrito dentro de las funciones de comunicar el Camí des Correu con Estellencs (si se usa la conexión con el Camí des Rafal) así como de comunicar Banyalbufar con Puigpunyent (si se usa el Camí des Rafal en el primer tramo y el Camí Antic en el segundo tramo). La

documentación histórica acredita no sólo su existencia inmemorial sino su destino e interés público. También este camino aparece recogido en el mapa del Cardenal Despuig, dando por reproducido aquí lo que se ha dicho al tratar del Camí des Rafal en cuanto a la importancia de este mapa para valorar el camino como público. Aun sin precisión cartográfica, el trazado del camino aparece íntegramente grafiado (folio 192). Es evidente, por la fecha del mapa, año 1.785, que no puede ir referido al Camí Nou de Planícia, construido en el año 1868, como se dirá. No obstante, la comparación de este mapa con el que resulta después de la construcción del año 1868 permite concluir, sin duda alguna, que parte del camino nuevo se construyó superponiéndose al Camí Antic. Debe destacarse de este mapa, además, que el enlace del Camí Antic a través de Planícia por el Bosc gran con el camino real Estellencs-Puigpunyent se produce a través de la finca Es Salt, tal y como se describe en el catálogo. Por tanto, el camino debió existir con un paso en este punto siendo evidente la conexión con el camino real en dirección a Puigpunyent. De nuevo aparece también grafiado de este modo en los mapas de Ensenyat y de Mascaró antes citados (folio 195).

A este camino con función de comunicación entre Banyalbufar y Puigpunyent se refiere también Gerónimo de Berard en su libro “Viaje a las villas de Mallorca” del año 1.789, cita que ha sido controvertida pues la parte demandada niega que con ella se haga referencia al camino litigioso. Gerónimo de Berard era un ilustrado contemporáneo al Cardenal Despuig y vinculado también a la Societat d’Amics del País. Se recoge en el informe del sr. Reynés la siguiente cita, tomada de un libro publicado por el Ayuntamiento de Palma, atribuida al libro antes citado y cuyo extracto se aporta como documento nº 9 del informe (folio 201): “finalmente es tan montuoso y áspero este terreno que el camino de su villa también es de herradura y con mucha subida y este mismo es el que conduce a Palma de donde dista tres leguas, tres cuartos y 87 destres y media de 1400 de legua, siguiendo éste la carretera de ruedas hasta Son Bru de Puigpuñent y siguiendo después la Riera hasta casi su origen se deja el camino de la ermita a la derecha que va a Esporles, el de los Salts que va a Banyalbufar y se toma el que sigue a la derecha dejando el de la izquierda que va a Ses Fonts de Son Fortuny y a Andrache”. Contextualizada la cita, se sitúa dentro de la descripción que el autor hace del término de Estellencs y al final de la misma, una vez que ha descrito el resto de los lindes y caminos del municipio; como señala el sr. Villalonga, el ilustrado describe el camino viejo de Estellencs desde el pueblo de Puigpunyent y sitúa el cruce de caminos a la altura de la ermita de Son Forteza. Pues bien, de la cita se desprende con total claridad que el camino de los Salts va referido a Puigpunyent como origen y Banyalbufar como destino, por lo que la cita se refiere necesariamente al Camí Antic de Planícia con su paso por la finca Es Salt sin que se cite paso alguno por la finca Son Fortuny (tal y como se refleja también en el mapa del Cardenal). No se comparte la interpretación que en este punto realiza el sr. Villalonga que sostiene que cuando el ilustrado refiere que el camino de los Salts continuaba hasta el camino de Banyalbufar ha de entenderse como tal el camino viejo de Estellencs a Banyalbufar y no el camí Antic

de Planícia y ello porque esta interpretación no se explica desde el punto de vista geográfico ni documental: el camino viejo de Estellencs-Banyalbufar (nº 6 del catálogo) no pasa por la finca Es Salt ni consta que el camino de la finca Es Salt conecte con éste en ninguna de sus dos alternativas; la única interpretación que coincide con el plano del Cardenal Despuig, recordemos que coetáneo en el tiempo, es la que identifica el paso por Es Salt con el Camí Antic de Planícia.

El perito sr.Villalonga recoge una cita del Archiduque Luis Salvador de Austria que ratifica la existencia de este camino hasta el término de Estellencs cuando dice, refiriéndose a Planícia: “per sota la casa condueix a Puigpunyent un carrerany, que llavors s´ajunta amb el camí que va d´Estellencs a Puigpunyent a través del bosc de Son Fortuny”. No se entienden las razones por las que el sr. Villalonga afirma que esta descripción no corresponde al Camí Antic, pues coincide exactamente con el camino que se recorrió durante la prueba de reconocimiento judicial (perfectamente delimitado como ya se ha dicho) y con el grafiado en los planos de fecha anterior que confirman que a través de la finca Es Salt el camino se unía con el camino real que iba de Estellencs a Puigpunyent (y que, efectivamente, cruza la finca Son Fortuny tal y como explicó el testigo sr. Alemany), tal y como se sostiene en todo momento en la demanda y en el catálogo. Parece que el sr. Villalonga se basa en el uso de la palabra ‘carrerany’ que va referida a un camino muy estrecho; sin embargo, este argumento no tiene solidez suficiente para desvirtuar por sí solo la existencia de un camino que se describe por el archiduque y que se ha comprobado sobre el terreno más de un siglo después de la cita documental.

Respecto de este enlace con Puigpunyent, el perito sr. Villalonga sostiene, con la demandada, que se realizaba a través del valle de Superna y, para ello, recoge una cita referida a la construcción de un camino vecinal que “pone en comunicación las villas de Esporles y Puigpunyent y una parte del distrito de la de Banyalbufar” (folio 2.497-61). No obstante, no se comparte esta interpretación pues esta vía de comunicación no excluye la que pudiera existir a través de Planícia. Como ha expuesto el sr. Rullan en el acto del juicio la parte que se conoce como Superna conecta con la finca de Sa Granja en Esporlas y ésta es colindante con la finca “Ses Mosqueres”, ya en el término de Banyalbufar, por lo que cualquier comunicación por lo que hoy es el valle de Superna supone un acercamiento a esta parte de Banyalbufar; esta parte, no obstante, está muy alejada del núcleo poblacional y, de hecho, es muy significativo que la propia cita histórica refiera expresamente ‘una parte del distrito’.

La existencia del camino y su uso público resultan también del expediente iniciado en el año 1.851 en el ayuntamiento que debe ser valorado en dos aspectos, por un lado, el reconocimiento de la existencia de un camino antiguo por contraposición al nuevo cuya construcción se plantea en el expediente y, por otro lado, la valoración jurídica que ha de otorgarse a la calificación del camino como de ‘interés particular’ que se recoge en el citado expediente.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, tal y como señalan tanto el perito sr. Reynés como el perito sr. Villalonga, la primera fuente documental del Ajuntament de Banyalbufar que hace referencia expresa al camino antiguo de Planícia es el acta de la sesión del ayuntamiento de 23 de septiembre de 1.851. Tal y como se expone, ello se enmarca en la circunstancia de que en esa fecha se había construido la actual carretera de Esporles a Banyalbufar y se planteaba la necesidad de enlazar el camino de las fincas con la nueva carretera ya que con la nueva construcción se habían quedado sin salida hacia Palma si no debían seguir usando el camino real, al tiempo que se planteaba la posibilidad de ceder el camino antiguo a los propietarios que han cedido terreno para la construcción del nuevo. Así se plantea el inicio del expediente en agosto de 1851 a petición del ayuntamiento. El expediente íntegro consta incorporado a los folios 2951 a 3000 de los autos, testimoniado del Arxiu del Regne de Mallorca. La lectura del mismo permite comprobar que, en los términos en que el ayuntamiento planteó la cuestión ante la Diputación provincial, el camino que se proponía revertir a favor de los propietarios era el Camí des Correu o Camí real con la finalidad de que, habiendo cedido los propietarios los terrenos gratuitamente para la construcción de la nueva carretera, no se vieran perjudicados por tener dos caminos públicos que cruzaran sus predios, especialmente el propietario de Son Valentí. En cuanto a la necesidad de construir un acceso desde la nueva carretera al Camí de Planícia, la diputación exhorta al alcalde a reunir a los propietarios para llegar a un acuerdo, reunión que se documenta en el acta de 28 de septiembre de 1.851, asistiendo todos los propietarios de las fincas, reflejando que no se llega a ningún acuerdo ni en cuanto al trazado del nuevo ramal ni en cuanto a la reversión de la propiedad del Camino Real (a lo que se opone especialmente el Marqués de Campofranco), por lo que así se remite a la Diputación quien encarga un dictamen pericial al ingeniero del Estado Antonio López. El ingeniero estudia dos propuestas y propone una alternativa que se recoge en el croquis del expediente al folio 2.975 (también en color en el dictamen del sr. Carpintero) y que tiene como ventaja principal la posibilidad de revertir a favor del predio Son Valentí el trozo del camí des Correu que debería caer en desuso por la construcción de la nueva carretera y el nuevo ramal de acceso a la misma. El gobernador da orden al ayuntamiento de costear la obra de construcción del nuevo ramal para poder revertir a favor del predio Son Valentí el trozo del Camino Real que el ayuntamiento se comprometió a entregar a cambio de la cesión gratuita de los terrenos para la construcción de la nueva carretera y ello porque en tanto este nuevo ramal no se construya los propietarios de los predios pueden seguir exigiendo el uso del antiguo camino Real para ir a Palma. Finalmente la obra no llega a ser costeada por el ayuntamiento, que alega reiteradamente una situación de penuria económica derivada de la situación calamitosa de la viña. El expediente termina a mediados del año 1.853 exhortando el Gobernador de la provincia al ayuntamiento para que los propietarios subvencionen la construcción del ramal por ser ésa su obligación como principales contribuyentes y porque son los principales beneficiados con este nuevo ramal. No existe documentación posterior y todos los peritos coinciden en señalar que no llegó a

revertirse la propiedad del tramo del camí des Correu. Por tanto, a lo que aquí interesa, del expediente no resulta en ningún momento el planteamiento de la reversión del Camí Antic sino sólo del Camino Real pero sí resulta clara la existencia del Camí Antic hasta la confluencia con el Camino Real, la importancia de este camino para dar acceso a todas las fincas de la zona hasta Palma pasando por Esporles y que los propietarios contribuían también al Camino Real pues en algunos documentos el propio Maqués de Campofranco así lo indica como fundamento de su oposición a ceder el Camino Real. En los dibujos realizados por el ingeniero López que constan incorporados al expediente se grafía con precisión todo el trazado del Camí Antic de Planícia hasta las casas de este nombre y en él se identifica perfectamente que su trazado hasta la entrada a la finca Es Rafal coincide exactamente con el trazado que el catálogo atribuye al Camí Antic y que se ha declarado probado en el fundamento jurídico correspondiente, observando que este trazado discurre por el sur de las casas de Son Sanutges y a bastante distancia de éstas (tal y como se observó en el tramo de este camino en la prueba de reconocimiento judicial) y no por el linde posterior (que las partes atribuyen sin controversia al Camí Nou y que también se observó en la prueba de reconocimiento judicial) lo que permite concluir, sin duda alguna, que el Camí Nou no se superpuso al Camí Antic en el tramo hasta la entrada a la finca S'Arbossar. Es cierto que no aparece reflejada la última parte del Camí Antic (desde las casas de Planícia hasta el linde con Estellencs) pero probablemente se debe a que esa parte nada tenía que ver con el objeto del expediente. Se observa grafiada una bifurcación en forma de 'Y' en lo que parece se corresponde con la entrada a la finca Es Rafal (en la época todavía Planícia) con un trazado coincidente con el observado el día del reconocimiento judicial que lleva a pensar que el tramo del Camí Nou que va desde la entrada a Es Rafal hasta las casas de Planícia podría haber sido construido con anterioridad a la fecha del expediente, aunque ello nada influya en la resolución de la controversia al no reclamarse la propiedad de este tramo. En cualquier caso, el plano no es exhaustivo más que en lo referente a la prolongación del Camí Antic, pues no aparece dibujado el camino que une Es Rafal y Planícia y, sin duda, existía en esa fecha.

Por otro lado, resulta del expediente que el Camí Antic y la prolongación o empalme del mismo hasta la nueva carretera son calificados continuamente como 'camino de interés particular', planteándose si ello debe entenderse como sinónimo de 'titularidad privada'. La valoración conjunta de la prueba practicada lleva a entender que no son conceptos equivalentes aceptando por razonadas y concordes con la documentación histórica la interpretación ofrecida por los sres. Reynés y Rullan, no desvirtuada tampoco por el sr. Cateura que no trata el tema. Del expediente se desprende que éste se enmarca dentro del contexto del Real Decreto de 7 de abril de 1848 y su reglamento en virtud del cual se había dictado el 6 de mayo del mismo año una circular que ordenaba la ejecución de las obras necesarias para la mejora de los caminos vecinales y, en consecuencia, las Diputaciones Provinciales encargaron a los ayuntamientos remitir un listado de los caminos de primer y de

segundo orden con la finalidad de clasificar los caminos vecinales y recoger como de primer orden los que presentaban más interés general. De lo que se trataba, en definitiva, era de ordenar las comunicaciones y realizar las obras necesarias para modernizarlas lo que, en la zona de la Sierra de Tramuntana implicaría tener que ampliar los caminos de herradura a una anchura de carro y, para ello, obras de importante coste económico. Según refiere el sr.Reynés en su dictamen, en la instrucción se indicaba que la clasificación “no debe ser ni muy limitada ni muy amplia” y ello obedecía a la necesidad de encontrar un equilibrio entre que el pueblo no viera reducidas sus comunicaciones más importantes y que pudieran sostener económicamente estos caminos. Por ello, entienden los sres. Reynés y Rullan, los municipios remitían como caminos de primer orden un número muy reducido pues atendían especialmente a su capacidad económica y ésta era muy limitada. El resto de caminos eran identificados como de interés particular en el sentido de que su interés era menor o secundario a la hora de tener que sufragar su coste. En definitiva, se trataba de priorizar. Si lo anterior se pone en relación con la caótica red de comunicaciones existentes en Mallorca que reflejan las publicaciones citadas en la bibliografía y la subordinación de las mismas a las ‘possessiones’ la explicación ofrecida resulta muy plausible. El propio perito sr. Cateura en la comparecencia a juicio ha ratificado que el interés de los municipios era disponer de pocos caminos por el coste de la conservación que ello suponía ya que los municipios recaudaban muy poco y no se podían permitir muchos caminos, los cuales eran conservados sobre todo por los dueños. Del expediente de 1.851 resulta que Banyalbufar comunicó un solo camino de primer orden, el Camino Real o Camí des Correu. Explica el sr. Reynés que la mayoría de municipios comunicó los menos caminos posibles debido al coste que suponía tener que mantenerlos en las nuevas condiciones normativas, calificando de interés particular otros caminos reconocidos como públicos, como sucedió por ejemplo en Sóller con el camino de Tuent, el camino Caimari-Lluc y, en el caso concreto que nos ocupa, ni siquiera se calificó como camino de primer orden el Camí Vell d’Estellencs, reconocido como público. El sr. Villalonga en el acto del juicio afirmó que a partir del Real Decreto de 1.848 todos los caminos no incluidos en el inventario como de primer orden pasaban a convertirse en caminos privados. No puede compartirse esta interpretación pues no parece acorde a las circunstancias históricas que se han expuesto y a la realidad de los hechos (la no inclusión de caminos notoriamente públicos de modo que ello supondría afirmar que desde el año 1.848 Banyalbufar no tenía ningún camino público que comunicara el pueblo con el vecino de Estellencs y esto es contrario a la historia y a la lógica) y no es defendible jurídicamente pues ni resulta esa consecuencia de la norma ni se apoya en la jurisprudencia (antes expuesta con detalle) que es unánime al afirmar que la inclusión o no de un camino en un inventario no determina su titularidad. Por tanto, la calificación en dicho expediente como ‘de interés particular’ no puede ser considerado sinónimo de ‘propiedad privada’ sino que más bien era una calificación por descarte, es decir, todos los que no eran de primer orden (la mayoría) serían de interés particular para poder ser mantenidos por otras vías.

En el pleito seguido por el predio Son Sanutges que dio lugar a la sentencia de la Audiencia Territorial del año 1.948 se menciona de forma reiterada el camino antiguo de Planícia. La sentencia trata especialmente el Camí Nou, como luego se dirá, declarando probada la existencia de una comunidad sobre el mismo. Sin embargo, en lo que aquí interesa, refiere también la presunción de titularidad pública de otro camino existente en la finca Son Sanutges en la medida en que era un ramal del Camí Real y este camino parece corresponderse con el tramo primero del Camí Antic a su paso por esta finca (folio 750 de las autos, además de otras copias aportadas).

A partir de la construcción del Camí Nou todas las citas de archivo referidas al camino de Planícia se hacen sin distinción entre uno y otro trazado.

Tomás Vibot en su libro “La Mola de Planícia” describe el uso del Camí Antic de Planícia como parte del itinerario que se seguía para ir de Esporles a Estellencs “i que permetia a les persones que venien des d’Esporles no baixar fins el poble”, aun cuando lo identifique con el confuso nombre de “Camí D’Estellencs”.

El mismo autor y respecto al último tramo del Camí Antic lo recoge bajo la denominación de “camí des Bosc Gran” y “camí del coll d’Estellencs” y lo describe como un camino que permitía comunicar Planícia con el Coll d’Estellencs, así como con Son Fortuny mediante otra desviación. El mismo autor describe como existente el Pas del Salt como un portillo en el linde entre Planícia y Es Salt, portillo que se describe como punto final del Camí Antic dentro del término de Banyalbufar en el camino que seguiría en dirección a Puigpunyent.

Por último, la lectura íntegra del expediente del año 1.851 a 1.853 que antes se ha citado permite formar un convencimiento favorable al uso público o por la generalidad de los vecinos del Camí Antic de Planícia a pesar de que se mencione en algunas ocasiones como ‘camino de los predios’ seguramente para distinguirlo del Camino Real. De no haberse dado este uso público o general no se explicaría la insistencia del Gobernador de la provincia en que el ayuntamiento pagara el ramal necesario para prolongar el acceso del Camí de Planícia hasta la nueva carretera y dejar de usar el tramo del camino real que discurría por Son Valentí pues, siendo este Camino Real de carácter público, podía el ayuntamiento revertirlo en cualquier momento o permutarlo con el propietario de Son Valentí, siendo la falta de salida de las fincas a la nueva carretera una cuestión exclusivamente privada si de un camino privado se hubiera tratado. Lo que se observa es que en la época había una confusión en la contribución económica y que ésta no puede ser tomada como hecho determinante pues en muchas ocasiones eran los propietarios de los predios los que contribuían a la construcción y conservación de los caminos vecinales.

Décimo-sexto: La contribución a los gastos de conservación de los caminos. Éste es uno de los indicios que recoge la jurisprudencia en orden a determinar la titularidad de los caminos.

En relación a los dos caminos controvertidos, las citas de archivo del catálogo, del informe del sr. Reynés y del informe del sr. Villalonga reflejan que hasta mediados del siglo XIX apenas hay documentación referida a estos gastos de mantenimiento o conservación (y ello en incluso en cuanto a los Caminos Reales). En cuanto a la documentación posterior, se recogen numerosas citas en los mismos documentos indicados, sosteniendo la parte demandada que todas las referidas al Camí des Rafal/Sa Costa van referidas a puntos del camino fuera del predio Es Rafal y que en el caso del Camí de Planícia van referidas exclusivamente al tramo construido a partir del año 1.868. Pues bien, en cuanto al Camí des Rafal/Sa Costa, son numerosas las citas que contiene el catálogo y si bien las relativas a autorizaciones de obras a distintos propietarios pueden ubicarse fuera del linde de la finca Es Rafal (pues están vinculadas a la parcelación de la finca Sa Costa y colindantes), las subvenciones o pagos de jornales por reparación del camino que reiteradamente se cita como vecinal no pueden ubicarse, desconociendo las razones por las que el sr. Villalonga y el sr. Carpintero lo sitúan fuera del Rafal. No obstante, dicha ubicación parece secundaria pues todos los testigos que han vivido en la finca Es Rafal han referido recordar que siempre fue la propiedad la que mantuvo los caminos dentro de su finca.

Respecto al Camí Antic de Planícia, son muchas las citas relativas a pagos de jornales y subvenciones del ayuntamiento a los propietarios que, sin embargo, se citan en el catálogo y en los informes periciales dentro de las referencias al Camí Nou pues desde el año 1.868 y, como se dirá al estudiar este camino, el trazado de ambos se superpone en muchos puntos. Las citas del catálogo son numerosas y no hay razón alguna para situarlas exclusivamente dentro del tramo que discurre entre el Camí des Correu y la carretera (construido en el año 1.868) pues en al menos tres de ellas se menciona expresamente trabajos en la finca S´Arbossar y en el resto no se precisa. También en este caso todos los testigos han referido que la reparación y mantenimiento del camino corría a cargo de los propietarios, probablemente conforme a su convenio privado al que nos referiremos al hablar del Camí Nou. Ahora bien, la existencia de subvenciones a favor de los propietarios está perfectamente documentada, tratándose de una contribución pública al mantenimiento de los caminos, por una de las posibles vías previstas en la Ley, subvención que sólo se explica y justifica cuando responde a una finalidad o utilidad pública. Por otro lado, aun cuando derivaran del convenio suscrito por los propietarios del Camí Nou en el año 1.915, como sostiene el sr. Villalonga, no van referidas sólo al tramo del camino entre la carretera y el Camí des Correu pues el convenio va referido al Camí Nou en su totalidad y, por tanto, también a los tramos en que se superpone al Antic y a todo su trazado hasta las casas de Planícia. Estas subvenciones se explican por la razón histórica de superposición del camino nuevo

al viejo en muchos tramos (que fueron ampliados para paso de carro) porque este último era un camino público de interés general y no sólo por un uso tolerado del tramo de nueva construcción lindante con la carretera.

El propio sr. Villalonga en su informe ampliatorio aporta un documento muy ilustrativo de esta realidad (folio 2.497-61): se publica en una revista de la época (año 1.848) que “se ha procedido a dar inicio a los trabajos del camino vecinal que pone en comunicación las villas de Esporles y Puigpunyent y una parte del distrito de Banyalbufar y que de un mal camino de herradura pasará a ser una cómoda carretera, en una distancia de muy cerca de una legua, a los señores D. Juan Palou de Comasema, D. Jorge Fortuñy y D. Juan Bautista Billón se debe esta interesante mejora, no sólo por haberla promovido sí que también por ser ellos los que la costean con sus recursos propios, atendido el beneficio que de ella han de reportar como dueños de las haciendas inmediatas a dichos caminos”, reiterando, a continuación, numerosos elogios a la contribución de los propietarios a obras de interés general. En el acto del juicio el sr. Villalonga ha referido expresamente que ha visto en muchas ocasiones en la documentación histórica que los ayuntamientos no solían tener solvencia para mantener todos los caminos de su municipio especialmente cuando se dispone de dos caminos para la misma comunicación. El sr. Marqués de Campofranco en el expediente del año 1.851 antes citado refiere en varias ocasiones ser uno de los principales contribuyentes para justificar su oposición a la cesión del tramo del Camí des Correu o Camino Real.

Por tanto, la escasa contribución del ayuntamiento al mantenimiento de los caminos litigiosos no puede ser considerada como determinante del carácter privado de éstos pues, como se ha expuesto, eran los grandes propietarios de las fincas los que concentraban la riqueza económica, mucho más potente que las arcas públicas de los ayuntamientos y los que contribuían al mantenimiento también de elementos públicos sobre todo si existía más de una alternativa para una misma comunicación.

Décimo-séptimo: La toponimia. Refiere la parte demandada que el nombre con el que se conocen los caminos pone de manifiesto que son caminos de acceso a las fincas y nunca vías de comunicación entre municipios. Pues bien, no se comparte esta argumentación.

Ninguno de los informes periciales avala la conclusión de la parte demandada. El perito sr. Cateura en su informe (folio 2.499-2) refiere que desde los inicios de la conquista cristiana en el siglo XIII la documentación fijó claramente que el nombre del camino era el topónimo de su destino final, normalmente un núcleo poblado, castillo o pueblo y en el caso de los caminos privados el nombre del predio o ‘possessió’ que era su punto final. Pues bien, precisamente esto no se da en el caso de autos porque en ninguno de los dos caminos estudiados las casas de la finca son el punto final del camino. En el caso del Camí des Rafal el camino no sólo no se detiene en las casas sino que bordea éstas y continua sin interrupción alguna hacia

la atalaia y hacia la Font de S'Obi pasando por el punto de unión con el camino de Planícia. En el caso del Camí Antic, en su trazado originario que es el reivindicado, el camino ni siquiera llevaba de modo directo a las casas del Rafal, las más antiguas cuando la finca era un todo, sino que lleva a una bifurcación donde a la izquierda sigue hasta las casas de Planícia y a la derecha enlaza con el Camí des Rafal hasta las casas de este este nombre. Debemos recordar que el camino es más antiguo que las actuales casas de Planícia (construidas a finales del siglo XVIII) por lo que difícilmente podía servir sólo de comunicación con éstas. Ambos caminos cruzan totalmente las dos fincas hasta su linde por lo que no pueden ser meros caminos de acceso a estas fincas. Preguntado el sr. Cateura en el acto del juicio para que aclarara la afirmación genérica de su informe, ha ofrecido respuestas evasivas y nada referidas al caso concreto.

Por lo que se refiere al perito sr. Villalonga, de forma más difusa a lo largo de su informe y más concreta en el acto del juicio, identifica el nombre del camino por el lugar de destino. Refiere que así resulta de las cabrevaciones. Sin embargo, lo que se extrae de las cabrevaciones que cita en su informe es el reconocimiento claro de que había dos caminos, el de Estellencs y el llamado de Planícia o del Rafal y esto puesto en relación con los mapas de la época (y con la prueba testifical posterior) demuestra que eran dos caminos con mismo origen y destino y que se separaban en su parte central. Por tanto, parece lógico pensar que debía al menos uno de ellos recibir un nombre distinto y éste debía ser el que pasaba por la finca que representaba el principal núcleo de actividad económica de la zona, Planícia.

Como explican los peritos sres. Reynés y sr. Rullan, el nombre de los caminos puede venir determinado bien por el lugar de destino, bien por un lugar por el que pasan (ya sea una finca o un accidente geográfico, especialmente si hay dos caminos posibles para el mismo destino), bien por su función (Camí des Correu) o bien por su antigüedad. La lógica indica que es así, máxime cuando nos estamos moviendo en la nomenclatura popular y no en términos de identificación actual de carreteras por siglas y número. Tal y como se documenta en el informe del sr. Reynés, el que en el catálogo se llama "Camí des Correu" aparece identificado históricamente con otros nombres como "camí real de Banyalbufar" o "Camí de Sant Pere" (por la ermita de este nombre en Esporles) o "Camí de la Font de la Vila" (por el nombre de la fuente dentro del término de Banyalbufar, nombre que aparece en documentos de mediados del siglo XX citados en el catálogo), siendo el nombre por el que hoy se le conoce seguramente el más reciente en el tiempo. Esta variación de nombres y la identificación por el lugar de paso cuando hay más de una posibilidad para ir a un destino se observa en algunos ejemplos citados por el sr. Reynés en el acto del juicio (el caso del camí de Lluc o el camí des barranc de Biniarix, entre otros) y se mantiene hoy en día y así, por ejemplo, la carretera que va desde Sa Pobla a la Playa de Alcudia se conoce como "carretera de s'Albufera" para distinguirla, por el lugar que cruza, de la carretera general; también es muy frecuente referirse a la carretera de Inca cuando no hay ninguna carretera que vaya a Inca

como destino final sino que tanto la actual como la anterior pasan por Inca y continúan hacia los municipios del norte de la isla.

En el caso que nos ocupa, la finca Planícia era uno de los principales centros económicos de la zona y el principal de este valle del municipio por lo que, existiendo un Camino Real que llevaba directamente de Esporles a Banyalbufar y un Camino Real que llevaba directamente de este municipio a Estellencs, es lógico que las alternativas de paso por el interior de la finca que permitían, además, una comunicación más cómoda y eficaz entre otros municipios (Esporles-Estellencs y Banyalbufar-Puigpunyent), mediante dos caminos que se cruzaban entre sí, fueran conocidos por el nombre de la finca como modo de distinguirlo de los dos caminos reales. Por otro lado, parece que en épocas más recientes el camino des Rafal habría sido conocido como 'camí de Banyalbufar' pues con este nombre han referido conocerlo los testigos hermanos Perelló, tanto por ellos mismos como por sus abuelos, que naturales de Estellencs lo usaban con ese destino.

Por último, ha planteado la parte demandada que de aceptar que los caminos litigiosos son públicos nos encontraríamos ante un número excesivo de caminos públicos que no se explicaría para una población tan reducida como la de Banyalbufar. Pues bien, no puede compartirse esta afirmación. La valoración conjunta de la prueba practicada lleva a sostener que el término municipal contaría con cuatro grandes caminos públicos, los dos caminos reales, que no se comunican entre sí y que bordean la gran mola de Planícia comunicando cada uno de ellos por separado un municipio y dejando enclavadas las fincas más importantes de la zona; el Camí des Rafal y el Camí de Planícia que cruzándose dentro de lo que actualmente es Es Rafal, no sólo permiten el acceso a las fincas enclavadas sino, a través de éstas, el acceso más rápido y cómodo a otras dos poblaciones, Puigpunyent y Estellencs-Esporles sin pasar por Banyalbufar ahorrando mucho tiempo y esfuerzo, caminos que permiten conjugar los núcleos de población con los centros de actividad económica anteriores a mediados del siglo XX y, con ello, las dos finalidades más importantes de una vía de comunicación. Por otro lado, no es un número elevado si se compara con otros municipios de la Sierra de Tramuntana y con el entramado de caminos de la isla que describen los historiadores. Si lo anterior se pone en relación con la historia del municipio recogida en los libros que se citan en el informe del sr. Rullan no se observa ninguna desproporción sino más bien todo lo contrario, pues durante la Edad Moderna Banyalbufar mantiene mucha actividad agrícola con excedentes de producción que se comercializaba y durante el siglo XVIII debido a la viña (en su máximo esplendor) y a principios del siglo XX con el tomate en la zona de regadío (que llegó a exportarse a Barcelona) y la aceituna en la zona de secano y forestal, el municipio concentraba una animada y próspera actividad económica (el censo poblacional más elevado corresponde al año 1.930 con 913 habitantes), siendo posible afirmar que su decadencia se sitúa en la segunda mitad del s. XX hasta época muy reciente en que remonta por el turismo. Todo ello explica que, con casi la misma población que la actual, la actividad

económica que concentraba requiriera de diferentes vías de comunicación, todas ellas condicionadas por el terreno.

Décimo-Octavo: Por todo lo anterior, ha de concluirse que ha quedado totalmente acreditada la concurrencia de los requisitos de identificación del bien reivindicado y uso inmemorial del mismo con finalidad pública y de aprovechamiento general que constituyen el núcleo de la acción reivindicatoria ejercitada.

Acreditado el uso inmemorial con destino público, la jurisprudencia establece una presunción de titularidad pública que no se ha visto desvirtuada por ninguna de las pruebas practicadas por la parte demandada. Los demandados no han aportado documento alguno del que resulte la titularidad privada de los caminos. Así, respecto del Camí des Rafal, la finca está enclavada y sin acceso directo a una carretera si no es a través de alguno de los dos caminos litigiosos, el Camí des Rafal/Sa Costa meramente peatonal y el Camí de Planícia actualmente de acceso rodado en los tramos en que se superpone con el nuevo. Pues bien, respecto del primero el tramo del Camí de Sa Costa tampoco consta inscrito en ningún inventario de bienes; se usa el camino para definir el linde en algunas de las sucesivas parcelaciones lo que supone un indicio de titularidad pública y nada indica que no se hubiera hecho lo mismo si se hubiera parcelado la finca Es Rafal (lo que nunca ocurrió); tampoco consta inscrita una servidumbre que grave los predios por los que atraviesa el camino a favor de la finca Es Rafal como predio dominante a pesar de que este demandado sostiene tener un derecho de paso por ese camino; no consta que las fincas Sa Costa y es Rafal pertenecieran alguna vez al mismo propietario para deducir la existencia de una servidumbre de padre de familia. De tratarse de un camino sólo de acceso a la finca no tendría interés público documentado, pues el acceso a una finca enclavada, si es de uso exclusivo de su propietario, es ajeno al interés público y al interés del ayuntamiento lo que no encaja con el reiterado y manifiesto interés que las citas de archivo reflejan que tenía el ayuntamiento para mantener libre y expedito el camino incluso a principios del siglo XX. El camino no termina en las casas ni en ellas nos encontramos ante una encrucijada entre diferentes caminos de explotación sino que continúa sin interrupción hasta la Font de S'Obi (previo cruce con el de Planícia) y hasta enlazar de nuevo con el Camí Vell d'Estellencs. Carece de sentido y explicación histórica alguna un camino público para dar acceso a una finca privada pues esta situación puede encontrarse en casos de acceso a un lugar que en algún momento fue público (como sucede con los castillos, algunos de los cuales viven después un proceso de desafectación) pero en el presente caso la documentación histórica refleja que la finca Es Rafal/Planícia fue de propiedad privada al menos desde la Edad Media. La ausencia de signo alguno de servidumbre en un camino cuyo uso público inmemorial ha quedado acreditado hace que no pueda entenderse desvirtuada la presunción de titularidad pública del camino.

Lo mismo sucede con el Camí de Planícia que, a pesar de dar acceso a la finca desde el Camino Real, no consta inscrito como privado ni consta convenio alguno hasta la inscripción del convenio del año 1.915 que hace referencia ya al Camí Nou. Incluso la SAT de 1.948 recoge la presunción de titularidad pública de los ramales del Camino Real aun cuando lo haga a mayor abundamiento. Al segregarse Planícia de la finca Es Rafal en el año 1.938 tampoco se hizo constar servidumbre alguna de un predio a favor de otro en ninguno de los dos caminos a pesar de que la prueba testifical ha acreditado que siguieron usándose, siendo la única inscripción la referida al convenio sobre el Camí Nou. Es más, cuando se segrega Planícia en el año 1.938 por la compra de la familia Balle el único acceso a las casas era el Camí de Planícia, pues la carretera que las enlaza con Estellencs se construye por los nuevos propietarios en los años 1.950-1955. Tratándose de una finca enclavada, siguiendo la hipótesis de los demandados según la cual los caminos eran privados o de mera explotación, resultaría que Planícia habría quedado sin acceso directo al pueblo de Banyalbufar (para lo cual tendría que seguir todo el camino de Planícia hasta la carretera y de allí al municipio o bien seguir el último tramo del Camí des Rafal hasta la carretera de Estellencs y desde allí al municipio, alternativas que no son lógicas al ser mucho más largas) pues ningún derecho tendría sobre la finca Es Rafal fuera del camino del convenio al no constar ninguna servidumbre. Lo mismo le sucedería a los propietarios del Rafal, se habrían quedado sin derecho alguno de paso por los caminos en los tramos que discurren por el interior de Planícia. No tiene sentido y es contrario a lo acreditado por la prueba testifical. El convenio del año 1.868 y sus sucesivos no puede ser entendido título de propiedad sobre el Camí Antic aun cuando se inscribiera después en el Registro y ello por cuanto, por un lado, sólo va referido al camino de nueva construcción por lo que no sirve en modo alguno de título sobre los tramos en que el nuevo y el antiguo no se superponen; por otro lado, porque en dicho convenio no intervino el ayuntamiento, siendo inicialmente motivado por el hecho de haberse visto los propietarios obligados a sufragar la construcción del nuevo ramal de enlace con la carretera por lo que parece que su voluntad se centraba especialmente en este ramal y en cuanto al tramo que se construye sobre el Camí Antic carecían de título para adquirir unilateralmente su propiedad al no reconocer el ayuntamiento como parte del convenio y no haber comprado o permutado, por tanto, el terreno de un camino de uso público inmemorial y, por ello, imprescriptible y de imposible usucapión si no es por una desafectación que nunca ha tenido lugar.

El último requisito de la acción reivindicatoria hace referencia a la existencia de actos de perturbación y éstos no son controvertidos. Es necesario, sin embargo, realizar una serie de precisiones en cuanto a la continuación del uso peatonal hasta la actualidad y en cuanto a los tramos del Camí Antic que han caído en desuso.

Por lo que se refiere a la continuación del uso peatonal, éste ha quedado acreditado desde tiempo inmemorial y hasta la actualidad, resultando de la prueba practicada

que el uso sólo fue impedido a las personas con el cierre de los accesos a la finca Es Rafal a partir del año 2001 coincidiendo con la compraventa de la finca. Éste es, en realidad, el único acto de perturbación física de la propiedad, siendo los actos de perturbación llevados a cabo por los demás demandados meramente jurídicos (impugnación de catálogos, adhesión a las pretensiones de Partero, oposición a la presente demanda, etc.). Durante la prueba de reconocimiento judicial se pudo comprobar (y se recogió en el soporte videográfico) que ninguno de los carteles colocados en la entrada de las fincas Son Sanutges, S´Arbossar y Planícia prohíben el paso de personas sino que son carteles que indican que se trata de una propiedad privada (cosa totalmente cierta en cuanto a la finca) y que se prohíbe el acceso rodado. Como se dirá al tratar el Camí Nou, los sucesivos convenios suscritos por los propietarios que lo construyen refieren siempre la prohibición de paso rodado sin su consentimiento no conteniendo mención alguna a la prohibición de paso de personas. Parece evidente que, puesto que se realizaron varios convenios sobre el camino, si la voluntad de los propietarios era impedir totalmente el paso así lo hubieran hecho constar refiriéndose tanto a personas como a vehículos por lo que si las primeras no fueron mencionadas en ninguno de los tres convenios y sí expresamente los segundos sólo puede ser porque no tenían objeción alguna a este paso peatonal y el origen histórico de esta falta de oposición debe encontrarse en el carácter público del Camí Antic sobre el que se construyó, en parte, el Camí Nou. Los testigos aportados por Partero, como ya se ha indicado, han ratificado que hasta la venta de las dos grandes fincas a los actuales propietarios nunca se impidió el paso a personas ni se colocaron barreras con candado, refiriendo todos ellos problemas sólo respecto a las personas que, fuera del camino, se adentraban en la finca o en las casas en esas fechas ya deshabitadas. A fecha de hoy la barrera colocada en el linde entre S´Arbossar y Son Sanutges tiene un pestillo sin candado que puede ser abierto y cerrado por cualquier persona.

Lo que sí ha sucedido es que el tipo de uso ha ido evolucionando históricamente en consonancia con la modernización social. Así, si inicialmente el uso de los caminos fue de comunicación entre pueblos y con las fincas por razones económicas y de necesidad, conforme avanza el siglo XX la generalización del uso de vehículos a motor y el hecho de que parte de estos caminos sean sólo de herradura hace que cada vez más personas usen el vehículo para desplazarse de un pueblo a otro por la carretera y no por las fincas. La prueba revela que el uso peatonal a partir de entonces se convierte cada vez en menos frecuente, limitado a quienes todavía no disponían de medios para un vehículo propio. Con la generalización de los vehículos, los caminos fueron cada vez menos frecuentados para desplazamientos de necesidad y más para funciones de ocio como revelan los testigos (que mencionan a los primeros turistas en los años 60 o el uso del camino por la gente de la zona en fechas más recientes para ir de excursión) y la documentación citada en el informe del sr. Rullan. Es evidente que en los últimos 40 años la práctica totalidad de los vecinos realizan los desplazamientos por necesidad en coche. Es una transformación del uso o destino público derivado de la propia transformación social.

El uso para fines lúdicos es también un uso de interés público y general siempre y cuando se respete el concepto “interés público” como sinónimo de interés de la ciudadanía en general y que se ofrece muy alejado de la masificación o la sobreexplotación que destruye la idiosincrasia propia de una zona así como de comportamientos de abuso que no pueden ser amparados por la Ley. Esta finalidad pública debe, al mismo tiempo, respetar la propiedad privada que linda con el camino a lo largo de todo el recorrido y ser gestionada de manera que no se cause perjuicio alguno a dicha propiedad.

Cuestión distinta de la transformación o evolución en el tipo de uso es que de la prueba de reconocimiento judicial resulta, sin duda, que dos de los tramos que integran el Camí Antic han caído en desuso. Así sucede, como ya se ha descrito en el apartado referido a la identificación de los caminos, en el caso del Camí Antic con el primer tramo desde el Camí des Correu hasta la barrera de entrada a la finca S´Arbossar y con el tramo que va desde la zona identificada como ‘magatzem’ en la finca del Rafal hasta uno 300 metros antes de las casas de Planícia dentro del cual se ubica la zona del Olivar de Na Maiola que ha sido labrado. Ninguna de las partes demandadas ha planteado una posible desafectación; sin embargo, es necesario realizar una serie de consideraciones toda vez que esta falta de uso reciente ha quedado totalmente acreditada. Los bienes de dominio público, tal y como antes se ha expuesto, son imprescriptibles y, como tales, no es posible su adquisición por usucapión salvo que se haya producido la desafectación de los mismos. En el caso que nos ocupa, no existe ningún acto del Ajuntament de Banyalbufar del que resulte la desafectación de tales bienes (pues, de hecho, nada había realizado el ayuntamiento hasta que se inician los actos de perturbación) por lo que la única posibilidad sería una desafectación tácita. La carga de la prueba de la desafectación tácita corresponde a quien la alega y, como digo, en el presente procedimiento ni siquiera se alega por los demandados. El Tribunal Supremo ha fijado el criterio en esta materia en su sentencia de 29 de enero de 1998 al señalar que el plazo para la desafectación tácita “sólo hubiera podido empezar a correr a partir del año 1955, año en que entró en vigor el antiguo Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1955 que estableció una posibilidad de desafectación de bienes de dominio público transcurrido el plazo de veinticinco años, y es entonces cuando hubiera empezado a contar el plazo de la prescripción adquisitiva para el recurrente.” La jurisprudencia menor ha recogido este criterio, es decir, para hablar de desafectación tácita es necesario que ésta se inicie a partir de la norma citada, año 1955, que transcurra el plazo de desafectación de 25 años y este momento es el que puede tomarse como dies a quo para el cómputo de una prescripción adquisitiva (en este sentido, SSAP Segovia 14 de marzo de 2005 y Toledo de 13 de febrero de 2012 que insiste en que, además, la prueba de esta desafectación tácita ha de ser contundente y además la posesión ha de ser pacífica y en concepto de dueño privado).

Pues bien, en el presente caso, respecto del primer tramo que hoy está en desuso, no es posible situar éste en la fecha de construcción del nuevo camino sobre todo si

se tiene en cuenta que los propietarios de una parte de Son Sanutges no quisieron participar de la nueva construcción del camino lo que llevó a que ellos siguieron usando el antiguo y, por tanto, también todas las personas que quisieron conforme había ocurrido hasta la fecha (tal y como se desprende de la sentencia de 1.948). Por otro lado, en la prueba de reconocimiento judicial se observó la presencia de un elemento constructivo llamado 'saltador' que refleja, por un lado, el uso del camino incluso después de haberse tapiado el portillo y, por otro lado, que era un uso expresamente aceptado por la propiedad ya que el elemento constructivo requiere un trabajo de colocación y es manifiestamente visible. La antigüedad de los árboles más altos que se observaron en el primer tramo de este camino, totalmente invadido por la vegetación, es de entre 50 y 60 años según señaló el sr. Carpintero en la prueba de reconocimiento judicial al referirse al pino más antiguo que había crecido sobre una de las paredes del camino. El resto de vegetación es vegetación baja más difícil de fechar. Por tanto, puede hablarse de falta de uso de este tramo durante los últimos 30-40 años, pues ha de entenderse que el pino no impide el paso durante los primeros años de crecimiento, lo que sitúa el inicio de la desafectación aproximadamente en el año 1.970 y el inicio de la posibilidad de prescripción en el año 1.995. En el caso de que se admitiera como posible esta desafectación tácita, que reitero no se ha invocado, la prescripción adquisitiva requiere actos del poseedor inequívocos de manifestación exterior en el tráfico, actos que solo el propietario pueda realizar y por los que se exteriorice como efectivo propietario con aprovechamiento exclusivo y excluyente. En el presente caso, no se observa acto alguno de apropiación del camino por los dueños de los fundos vecinos, ni desde un punto de vista físico (el camino carece de barreras que impidan el paso, no se observa cuidado sino totalmente abandonado, no hay explotación agrícola o forestal, no se han derribado los muelles) ni desde un punto de vista jurídico (pues de los dueños de Son Sanutges D. Juan Bergas se ha allanado a la demanda y el resto han optado por permanecer en rebeldía procesal y no consta su intervención en las reclamaciones que han precedido a este pleito). Respecto al segundo tramo abandonado, no se encuentra invadido por vegetación más que en los últimos cien metros por lo que no es posible afirmar de forma tan clara que no haya sido usado en los últimos años; tampoco se observan actos realizados a título de dueño sobre dicho camino más allá de las barreras que impiden el acceso al mismo en el tramo que discurre dentro de la finca Es Rafal y que se inician en el año 2001. Respecto al trozo de camino que discurre por Na Maiola, se observa que ha sido labrado recientemente y en todo caso por los actuales propietarios, no pudiendo conocer cuál era su estado antes de la compra de la finca por los actuales propietarios.

Por tanto, no puede hablarse de una desafectación y la falta de uso de algunos tramos del camino de dominio público no afecta a la declaración de titularidad del mismo.

Por todo lo anterior, ha de concluirse que ha quedado totalmente acreditada la concurrencia de los tres requisitos necesarios para la estimación de la acción

reivindicatoria ejercitada por el Ajuntament y, en consecuencia, procede declarar que el Camí des Rafal/Sa Costa y el Camí Antic de Planícia, tal y como han quedado descritos en los FJ octavo y noveno, son bienes de dominio público cuya titularidad corresponde al municipio de Banyalbufar con uso propio de camino de herradura en todo su trazado. El catálogo de caminos y resto de documentación que refleje estos caminos deberá ser rectificado para recoger el trazado exacto que se ha declarado probado, corrigiendo para ello el tramo seis del Camí Antic de Planícia en la forma indicada en el FJ octavo y excluyendo el tramo siete del Camí des Rafal en la forma indicada en el FJ noveno. Procede, en consecuencia, condenar a todos los demandados a estar y pasar por esta declaración, a retirar cualquier cierre o barrera con candado que impida el paso por dichos caminos y a retirar cualquier cartel que refiera la propiedad privada del camino. La condena no debe extenderse a la retirada de los carteles que indican la propiedad privada de las fincas pues ello no supone un acto obstativo a la titularidad pública del camino. Corresponderá, al Ayuntamiento de Banyalbufar, en correlación lógica con el ejercicio de su derecho, la responsabilidad de velar porque el uso de los caminos sea conforme al interés público actualmente determinado por la idiosincrasia de la zona y disponer todo lo necesario para evitar cualquier extralimitación así como cualquier perjuicio a la propiedad privada con la que limitan estos caminos.

Décimo-noveno: La acción en reclamación de un derecho de uso sobre el Camí Nou de Planícia (nº 23 del catálogo) con el uso propio de un camino de carro.

Ejercita la parte actora en la demanda esta acción con fundamento en un pretendido uso libre del camino sin alegación de fundamentación jurídica referida a esta concreta acción. En trámite de conclusiones limita su petición y refiere que suplica se reconozca el uso de carro sólo hasta la intersección con el Camí des Correu y desde este punto hasta Planícia se reconozca el uso peatonal al entender que sólo éste reviste interés público. De los hechos expuestos en la demanda se desprende que la pretensión del Ajuntament se basa en reconocer que el camino fue construido por los propietarios de las fincas en el año 1.868 (a excepción del causante de los hermanos Bauzá-Monjo como se declara probado en la sentencia de 1.948), que la contribución del ayuntamiento a dicho camino consistió en permitir su construcción sobre parte del Camí Antic que se amplió hasta las casas de Planícia para paso de carro (a modo de cesión del terreno), que aunque el ayuntamiento no formó parte formalmente de la comunidad que se constituye en el año 1.868 ni en los convenios posteriores sí forma parte de facto de la comunidad de propietarios del camino pues cedió terreno para su construcción y a lo largo de los años ha realizado actos de conservación y policía que aparecen documentados en el informe pericial del sr. Reynés, en los convenios y en la sentencia de 1948. Por tanto, la acción que ejercita el ayuntamiento se enmarca, en realidad, en un derecho de uso derivado de formar parte de la comunidad de propietarios del camino.

Los demandados, por su parte, niegan que el ayuntamiento forme parte de la comunidad de propietarios del camino alegando que éste no sólo fue construido sino

que ha sido siempre conservado por los propietarios sin participación del ayuntamiento sin perjuicio del paso de vecinos como algo meramente tolerado por los propietarios.

Respecto a esta acción, una vez descartada la confusión de nombres con la carretera construida en los años cincuenta (introducida por Partero S.L. en su contestación y en el informe del sr. Carpintero), no es controvertida la identidad de la cosa, siendo indubitado que el trazado del Camí Nou de Planícia se corresponde con el plano aportado como documento 111 del informe del sr. Reynés (folio 364) que se tomará como referencia. Es necesario, sin embargo, realizar una serie de precisiones respecto del tramo del Camí Nou en su paso por la finca Son Sanutges a la vista de las manifestaciones realizadas por el sr. Carpintero en su informe. Se sostiene en dicho informe que el trazado actual del Camí Nou que se recoge en el documento 3-111 de la demanda y que se recorrió en la prueba de reconocimiento judicial es resultado del acuerdo alcanzado por los propietarios en el año 1.948 después de la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial. Sin embargo, la valoración conjunta de la prueba documental no permite entender probada esta afirmación y apunta a lo contrario. Siguiendo un orden cronológico que facilita la comprensión, debemos partir del plano o dibujo levantado por el ingeniero del Estado sr. López en el año 1.852 con la finalidad de valorar el mejor trazado para la construcción del ramal que debía enlazar el Camí Antic de Planícia desde el Camí des Correu hasta la nueva carretera del Estado. En este plano (unido al folio 1.036 dentro del informe del sr. Carpintero y al folio 2.975 dentro del testimonio solicitado) el ingeniero refleja, por un lado, el camí des Correu o Camí Real, la nueva carretera Ma-10 y el Camí Antic de Planícia hasta su confluencia con el Camino Real y, por otro lado, las dos alternativas propuestas por los propietarios y la que él mismo propone para el ramal. Todas estas alternativas parten del Camino Real y no se observa modificación alguna en el trazado del Camí Antic, que se dibuja de forma correspondiente al trazado que tiene todavía en la actualidad el Camí Antic. La lectura íntegra del expediente aportado puesta en relación con el convenio alcanzado por los propietarios en el año 1.868 (folios 1.238 y 1.239) permite entender que, vista la férrea oposición del ayuntamiento a sufragar la construcción del camino, ésta fue asumida directamente por los propietarios y que éstos optaron por un trazado del que sólo sabemos que enlazaba con el kilómetro 19 de la carretera (pues así se indica en el convenio de 1.915 cuando se modifica este punto de conexión) y parece muy próximo a la propuesta que realizaba el ingeniero del Estado. En el expediente no se preveía modificar el trazado del Camí Antic. Sin embargo, lo que sí se observa es que en el acta de la reunión celebrada en el ayuntamiento de Banyalbufar el día 28 de septiembre de 1.851 (folio 2.957) D. Bartolomé Bauza, propietario del en ese momento único predio de Son Sanutges, protesta ante la modificación propuesta y solicita mantener el uso del camino viejo (el Camí des Correu en su enlace con el Camí de Planícia dentro de su finca). Sorprendentemente ninguna de las partes ha aportado la nota registral de las dos fincas en las que se dividió el predio Son Sanutges pero lo que sí sabemos por la

sentencia de 1.948 (cuyo objeto era, de forma principal, fijar el linde resultante de esta división) es que mediante escritura pública de 23 de julio de 1.857 (tampoco aportada a los autos pues todos los propietarios actuales del predio constan en rebeldía procesal menos D. Juan Mas que se ha allanado) Son Sanutges se dividió en dos partes en división y adjudicación de la herencia del causante común, D. Juan Bauzá Vallespir, correspondiendo una de las partes a Bartolomé Bauzá y la otra a cuatro herederos, sin que sea posible fijar ahora el linde exacto al no disponer del plano al que se refiere la sentencia; que de las dos propiedades resultantes fue sólo D. Bartolomé Bauzá quien formó parte de los convenios de los años 1.868 y 1.915; que el camino nuevo no constituye el linde de las dos fincas porque no existía cuando éstas fueron segregadas; que fue D. Bartolomé Bauzá quien cedió terreno para la construcción del nuevo camino y que éste se hizo variando el trazado del camino anterior, pues se dice en la sentencia de 1.948 que “autenticados por dictamen pericial facultativo de tres archiveros bibliotecarios acordes al folio 130 en contrato privado de quince de mayo del mismo sesenta y ocho entre D. Bartolomé Bauzá, dueño del predio, y el contratista Liñas para la construcción del camino, el *proyecto de variación dentro del predio* realizado por el perito agrimensor Porcel en trece de julio siguiente y los recibos y notas de contabilidad suscritas por los ejecutores de la obra y el depositario de los fondos el Marqués de Campo Franco, designado por los propietarios interesados en la comunicación a establecer, entre quienes no figura el cuasante de los demandados”. Resulta de la documentación catastral aportada que el camino nuevo, en su trazado actual, se encuentra dentro de la parcela 240, prácticamente en el linde de ésta, parcela que en el catastro consta a nombre de D^a María Bauzá Quijada, descendiente de D. Bartolomé Bauzá y demandante-vencedora del pleito que terminó en la sentencia del año 1.948. A lo anterior se añade que no consta documentado plano alguno del trazado real construido por los propietarios ni tampoco descrito en detalle en ninguno de los convenios documentados (salvo en el tramo que cruza son Valentí y en el punto de unión con la carretera), siendo el único plano el levantado por el ingeniero del Estado en el año 1.852 y el que recoge el trazado actual (no controvertidos); el resto de planos incorporados por el sr. Carpintero en su informe son de confección propia basados en su propia interpretación sin que explique las razones por las que a su entender la variación del trazado dentro de Son Sanutges tiene lugar en el año 1.948 y no antes. El Camí Nou ha de ponerse en contexto con las circunstancias que rodean su construcción en el año 1.868 y que no es otra que la finalidad de los propietarios de tener un acceso rodado a la nueva carretera (en el convenio del año 1.915 muestran especial preocupación por este acceso rodado). Las características geográficas tampoco avalan la interpretación del perito, pues las características constructivas de los tramos no controvertidos de este camino nuevo coinciden plenamente con las de este tramo que discurre por Son Sanutges; el ramal de nueva construcción conecta con el trazado actual del camino nuevo y no con el camino antiguo que no tiene continuación al otro lado del Camino Real; este trazado del camino antiguo era y sigue siendo de herradura sin signo alguno de que haya servido para paso de vehículos en ningún momento; la SAT de 1.948 menciona otro

camino, distinto del Camí Nou, como ramal del Camino Real y del que presume que es público. D. Juan Mulet Vallori, representante de los herederos de D^a María Bauzá Quijada, compareció en el juzgado con la finalidad de aclarar la propiedad de las parcelas que integran Son Sanutges y refirió entender que pertenece a su familia, siguiendo el plano que se une a su comparecencia, la parte inferior derecha de la parcela 106 del polígono 1, la mitad de la parcela 241 (las casas que fueron divididas entre los dos grupos de herederos), la parte derecha de la parcela 240, la parcela 242 y otra (folios 2.287 y 2.288) de lo que resulta que el trazado del Camí Nou discurriría por terrenos de la familia Bauzá-Quijada, al menos en la parte más próxima al Camí des Correu y que, por tanto, este tramo no fue construido en 1.948 sino mucho antes. Puesto todo ello en conjunto, es razonable concluir que este trazado nuevo se construyó ya en el año 1.868 o, en todo caso, no como consecuencia de la sentencia del año 1.948. La tesis del sr. Carpintero supondría aceptar que el Camí Antic fue usado para paso de carros y vehículos de todo tipo hasta el año 1.948 y esto es totalmente incompatible con las características que se observaron en el lugar. Por último, debe señalarse que este acuerdo entre los propietarios del año 1.948 (folio 1.274 de los autos) no consta aceptado por los hermanos Monjo –Bauzá quienes ni siquiera intervienen en el documento, no habiéndose practicado prueba alguna que permita entender acreditado que llegara a ejecutarse esta cesión de terreno que se menciona en este documento. Es posible que se variara el trazado en la pronunciada curva que se observa, pero ni consta acreditada la fecha y motivo, ni ello afectaría a la clara distinción entre el Camí Nou y el Camí Antic dentro de Son Sanutges pues no se produce en la parte que conecta con el Camí des Correu.

Sea como fuere, lo relevante para la acción ejercitada es que el trazado actual de este Camí Nou de Planícia no es controvertido entre las partes y se corresponde con el documento nº 3-111 de la demanda (folio 364).

Vigésimo: Volviendo a la acción ejercitada, no se ejercita una acción reivindicatoria sobre este camino sino que se reclama el reconocimiento de un derecho de uso con base en el convenio del que dice formar parte el ayuntamiento.

Nos encontramos ante una figura jurídica peculiar, la copropiedad de un camino, aceptada por todas las partes, que no está expresamente regulada ni en el Código Civil ni tampoco en el derecho foral balear, por lo que deberá acudir a las normas de la copropiedad o comunidad de bienes. La lectura de los convenios alcanzados por los propietarios recuerdan a la figura de la ‘serventía’, institución de origen consuetudinario expresamente reconocida por la jurisprudencia en el ámbito de la comunidad autónoma de Galicia (STS. 14 de mayo de 1993 y SSTSJG. 22 de julio de 1994, 28 de enero de 1995 y 24 de junio, 2 de diciembre de 1997, 21 de junio de 2005 y 24 de enero de 2006, entre otras), en el art. 30 de la Ley 4/1995, de 24 de

mayo, de Derecho Civil de Galicia, hoy en los arts. 76 y ss. de la Ley 2/06, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que supone la existencia de un camino o vía de acceso privado a dos o más fincas colindantes, constituidas, con independencia de lo que cada uno de los usuarios o causantes hubieran cedido para su establecimiento, sobre terreno de propiedad particular de éstos, para su uso, disfrute y goce en común, que aunque originariamente vinculado al agra o vilar no lo está necesariamente, y que se traduce en un tipo de comunidad germánica, sin cuotas, de naturaleza indivisible, en la que no es concebible el derecho individual a pedir su extinción (SSTSJG. 19 de diciembre de 1999 y 24 de enero de 2006). El art. 76 de la Ley 2/06 la define como "el paso o camino privado de titularidad común y sin asignación de cuotas, cualquiera que sea lo que cada uno de los usuarios o causantes hubiera cedido para su constitución, que se encuentra establecido sobre la propiedad no exclusiva de los colindantes y que tienen derecho a usar, disfrutar y poseer en común a efectos de paso y servicio de los predios".

No existe regulada ninguna figura similar ni en el Derecho Foral Balear ni en el Derecho Común. El punto de partida para resolver la pretensión ejercitada han de ser los convenios suscritos por los propietarios toda vez que la parte actora en todo momento reconoce la construcción privada del camino y lo que pretende, en realidad, es que se le reconozca una participación en dicha comunidad. La lectura de los convenios que han sido aportados entre la documental de la demanda y el informe del sr. Carpintero permite concluir que nos encontramos ante una comunidad germánica sin distinción de cuotas. Antes de entrar a valorar estos convenios merece la pena reproducir textualmente la parte más importante de cada uno de ellos, por orden cronológico, y extractar el resto de su contenido.

- 1) Convenio de 21 de marzo de 1.868 (íntegro al folio 1.238): "el sr. Marqués de Campo Franco, el sr. Julio O'Neill, D. Bartolomé Bauzá y D^a Francisca Aguiló, propietarios respectivamente de los los predios Planicia, Arbosar, Son Sanuchas y Son Creus, con el objeto de atender a la conservación del camino que mancomunadamente han construido desde la carretera de Banyalbufar hasta llegar a sus antedichas propiedades, han acordado establecer las bases siguientes". En estas bases se pacta que procederán a la conservación del camino y su reparación en la forma que se detalla, distinguiendo una conservación periódica, la que venga determinada por daños extraordinarios y la que resulte por falta de cuidado, y que en las que no sean culposas se costeará de la siguiente forma: "por partes iguales entre todos los propietarios el trabajo que se efectúe en el tramo de las fincas Son Valentí y Son Creus; por partes iguales entre los propietarios de Planicia, Arbosar y Son Sanuchas el trabajo que se efectúe en el tramo de Son Sanuchas; por partes iguales entre los propietarios de Planicia y Arbosar el trabajo que se efectúe en el trozo del Arbosar, y quedará a cargo del propietario de Planicia la conservación del trozo que comprende dicho predio". A continuación se añade que si cualquier otro propietario distinto de los mencionados quiere hacer uso

del camino en carruaje deberá obtener el permiso de los propietarios de los predios por los que deba pasar. De este convenio resulta, por tanto, que el ramal del camino de Planicia que tenía que empalmar desde el antiguo con la nueva carretera fue finalmente costado por los propietarios de los predios enclavados en dicho camino, principales interesados; que la conservación de este camino corre también a cargo de los propietarios; que la necesidad de pedir permiso se circunscribe exclusivamente al paso en carruaje; que el propietario de Son Valentí ni es parte del convenio ni asume gasto alguno, seguramente porque ya cedió los terrenos necesarios para la construcción del nuevo ramal; que el ayuntamiento tampoco fue parte en el convenio; por último, que no se describe el trazado que tiene el camino pero sí que llega sólo hasta las respectivas fincas y, por tanto, hasta la entrada a Planicia que en la fecha del convenio era la actual entrada a la finca Es Rafal. Este convenio no aparece inscrito en el Registro de la Propiedad.

- 2) Convenio de 21 de abril de 1.915 (texto completo al folio 1.243-1.255 y mediante copia simple notarial al folio 2.823). Intervienen en este convenio, celebrado ante notario, D. Pedro Gual y Gual (propietario de Son Valentí), D^a Teresa Aguiló Cortes (propietaria de Son Creus), D. Juan Bauzá Clar (propietario de Son Sanutges), D. Pedro Roten y Gual (propietario de S´Arbossar, que se había segregado de Planicia a favor de este hermano del propietario de la matriz en pago de su legítima en el año 1.898) y D. Antonio Roten y Gual Marqués de Campo Franco (propietario de Planicia, en esta fecha comprensiva de Planicia y Es Rafal). Tras la descripción de las fincas los otorgantes refieren ser propietarios de éstas y “propietarios en común, hasta los lindes de las respectivas fincas, del camino que las cruza y que empezando en el kilómetro diez y ocho de la carretera de Banyalbufar termina en el predio de Planicia”. A continuación se establece un régimen de conservación y reparación del camino que sigue siendo a cargo de los propietarios pero se modifica la proporción establecida en el convenio anterior pactando lo siguiente: “los gastos que ocasionen dichas reparaciones y cualquier otra que se hagan, se abonará por los citados propietarios, proporcionalmente a la contribución que satisfagan sus fincas, en el primero tramo del camino que comprende desde la carretera de bañalbufar hasta los lindes de Son Creus con Son Sanuchas, contribuirán todos los propietarios menos quien lo sea del predio Son Valentí; desde estos últimos linderos hasta los de Son Sanuchas con S´Arbosar (en este punto hay un salto en las copias y debe ser completada con la nota registral, folio 1.454 y el testimonio notarial al folio 2.823) los propietarios de estas dos fincas y el de Planicia, y desde S´Arbosar hasta Planicia contribuirán únicamente los propietarios de estas dos últimas fincas”. Se establece un régimen de reuniones anuales y acuerdos del que se desprende que el papel principal corresponde al Marqués de Campo Franco que, en cierto modo, representa a la comunidad de propietarios. Destacan en este convenio dos puntos a los efectos de este litigio: el pacto 8º según el cual “ninguno de dichos propietarios podrá

autorizar a tercera persona para utilizar dicho camino para la extracción de productos que no sean de sus respectivas fincas, para ello precisará autorizaciones firmadas por todos los propietarios del mismo”; el pacto 9º según el cual “cualquiera de dichos propietarios podrá subrogar sus derechos y obligaciones en todo o en parte del camino que le pertenece, al Ayuntamiento de Bañalbufar, o grupo de vecinos de dicho pueblo, siempre que la mayoría de dichos propietarios estén conforme en ello y se constituyan subsidiariamente responsables de las obligaciones que actualmente contraen”. Se recoge también una modificación implícita del trazado original, que se sobreentiende se ha realizado con anterioridad al convenio, pues en el pacto 11º se establece una servidumbre de paso a favor del dueño de Son Valentí por el nuevo trazado dentro de la finca de éste y en el pacto 12º se dice que “todos los demás conotorgantes (testimonio notarial al folio 2.823-9) renuncian al derecho de tránsito rodado y a que, por el camino que desde la carretera de Esporles a Bañalbufar pasado el kilómetro diez y nueve, atravesaba el olivar de Son Valentí y llegaba al nuevo camino quedando desde ahora suprimido el paso por dicha vía que pertenece al indicado predio Son Valentí”. En este convenio tampoco fue parte el Ayuntamiento pero este convenio se inscribe en todas las fincas registrales propiedad de los otorgantes.

- 3) Convenio de 1 de julio de 1926 (texto completo a los folios 469-472), otorgado por los propietarios y los colonos de las fincas Planicia, Rafal de Planicia, S´Arbosar, Son Senutges y Son Creus a modo de contrato de arrendamiento de obra que suscriben con Gabriel Comas Veny para el mantenimiento y conservación del camino. Se distingue en este convenio Planicia y Es Rafal no porque hubieran sido segregadas sino porque eran explotadas por dos colonos distintos. No es propiamente un convenio que afecte a la comunidad sino un contrato del que destaca que el precio será abonado por los propietarios de las fincas y también por los colonos y que expresamente se menciona “cincuenta pesetas más en equivalencia del subsidio con que contribuye el ayuntamiento de Bañalbufar por en compensación del libre tránsito que se permite a sus vecinos”.
- 4) Convenio de 10 de julio de 1948 (folio 473 y folio 1.427) suscrito entre S´Arbossar, Planisi, Son Valentí y Rafal en el que se ofrece a los hermanos Monjo la posibilidad de usar el camino desde su finca hasta la carretera “si se avienen a que sea construido, tomando de su terreno lo necesario, sin indemnización, el trozo de camino que corresponde al primitivo trazado desde Son Creus hasta el punto denominado barrera de S´Arbossar” con el trazado que se describe. También se ofrece a los “propietarios confluyentes con el camino real de Bañalbufar consentir el uso del camino de Planisi desde el cruce con el camino real hasta la carretera del Estado si se avienen a satisfacer entre todos y cada uno en proporción a la contribución que por su respectiva finca o fincas se verifiquen por los propietarios del camino a cuyas reuniones podrán asistir”. No consta, sin embargo, que los dos ofrecimientos

realizados en este documento se materializaran de algún modo, siendo llamativo que no participe en este ofrecimiento la propietaria de la otra parte de Son Sanutges, D^a María Bauzá, sobre cuya propiedad discurría el camino.

Pues bien, lo primero que puede concluirse de la documentación anterior es que el camino nuevo construido por los propietarios llega sólo hasta la entrada a la finca Planícia, pues así se indica en los dos primeros convenios sin que en ninguno se indique que el camino lleva a las casas sino hasta las respectivas fincas, siendo especialmente significativa la expresión usada en el convenio del año 1915 cuando dice que “termina en la finca Planícia”. En la fecha de los convenios no se había producido aun la segregación de la finca, lo que tendría lugar en el año 1.938, por lo que el camino termina en el linde de lo que actualmente es la finca Es Rafal. Ésta es, además, la interpretación más acorde con la finalidad de este camino que, recordemos, tiene su origen en la necesidad de comunicar el camino antiguo hasta la nueva carretera y que este acceso sea rodado y no sólo de herradura ya que las fincas enclavadas tenían interés en que los productos de explotación pudieran ser fácilmente extraídos y conducidos a Palma. De ahí la preocupación en los dos convenios y en el contrato del año 1.926 por el acceso rodado. La lectura de los documentos permite observar que la funcionalidad propia del camino era la extracción de la producción pues cada propietario colaboraba sólo en la conservación del tramo que llegaba desde la carretera hasta su predio pero no más, en el bien entendido que éste era el tramo del camino que habitualmente iba a utilizar, siendo mucho más esporádico y puntual la necesidad de acceder a las fincas situadas más hacia el interior.

La segunda cuestión que cabe deducir es que el camino nuevo se construye superponiéndose al antiguo en el tramo que discurre desde la barrera de entrada a la finca S'Arbossar hasta la barrera de entrada a lo que actualmente es Es Rafal (antes Planícia) tal y como resulta con total nitidez de la superposición de los planos y queda perfectamente reflejado en el documento nº 3-111 de la demanda. No consta acreditado, como se ha dicho, que en el tramo de Son Sanutges se construyera también sobre el camino antiguo. Esta ampliación de un tramo del Camí Antic, partiendo de la consideración de éste como bien de dominio público en los términos en que ha sido declarada probada, supone una importante contribución del ayuntamiento de Banyalbufar al camino nuevo. El hecho de que el ayuntamiento no fuera parte en el convenio del año 1.868 no desvirtúa esta contribución, pues también se observa que el dueño de Son Valentí, que había cedido parte del terreno para el ramal de empalme con la carretera, tampoco es parte en el convenio y tampoco contribuye a la conservación del camino. Ello no obstante, no se prohíbe al dueño de Son Valentí hacer uso del nuevo camino y en los convenios posteriores es considerado parte de la comunidad, seguramente porque su contribución es la cesión de terreno. La no inscripción en el registro de la propiedad del Ayuntamiento como parte de la comunidad sobre el camino no constituye prueba suficiente de su

exclusión, pues no consta que el Ayuntamiento interviniera o conociera el convenio y lo aceptara, tratándose la escritura pública que lo recoge de una declaración unilateral de los propietarios que no puede desvirtuar una propiedad pública demanial preexistente (la correspondiente al tramo del Camí Antic).

Vigésimo-primero: Sentados los dos presupuestos anteriores, la valoración conjunta de dicha prueba documental con la que ahora se dirá lleva a concluir que el Ayuntamiento forma parte de la comunidad en cuanto al uso del camino nuevo hasta la entrada a la finca Es Rafal y que este uso ha de reconocerse sólo peatonal en la totalidad de su trazado.

Empezando por los fundamentos de este derecho de uso, a la participación del ayuntamiento mediante la aportación del terreno correspondiente al camino antiguo se unen las citas históricas de contribuciones públicas a la conservación del camino que no se limitan al tramo comprendido entre el Camino Real y la nueva carretera. Tales citas se recogen en el catálogo y en el informe del sr. Reynés. El sr. Villalonga en su informe no niega la realidad de las citas sino que discrepa en su interpretación. Pues bien, la valoración conjunta de las mismas permite concluir que el ayuntamiento, aun cuando de forma minoritaria y espaciada en el tiempo, ha contribuido de forma directa e indirecta a la conservación del camino (especialmente en la primera mitad del siglo XX). Dentro de tales citas cabe destacar las siguientes: acuerdo del pleno del ayuntamiento del 1 de noviembre de 1.919 por el que “se acuerda conceder un crédito de cincuenta pesetas al Excmo. Sr. Marqués de Campo Franco como indemnización de los desperfectos que el tránsito de los carros ocasiona en el camino vecinal de Planisi”, acuerdo que, efectivamente, debe entenderse en el contexto del convenio del año 1.915 en cuanto a que el marqués actuaba en representación de la comunidad de propietarios del camino pero ello no desvirtúa que refleja tanto el uso general por los vecinos como la contribución del Ayuntamiento (folio 91); varios pagos de jornales entre los años 1.933 y 1.941, prácticamente anuales, referidos expresamente a la conservación del camino, dos de los cuales mencionan expresamente trabajos dentro de la finca S´Arbossar (folio 91); el día 3 de marzo de 1.950 el pleno acuerda “realizar obras de ampliación y reforma del camino llamado de S´Arbossar, consistentes en ensanchar las dos curvas existentes en dicho camino” (folio 92), acuerdo que se toma a iniciativa de la comisión de obras y no en virtud de una licencia privada que se hubiera solicitado; un acuerdo de reparación del año 1.958 en el que se dice textualmente “en atención al carácter de camino público de que goza el tramo denominado de los predios comprendido entre la confluencia con el municipal de la Fuente y la carretera del Estado, cuyo tramo se viene utilizando por los vecinos de esta villa, por lo que este ayuntamiento en muchas ocasiones ha contribuido a su conservación, si bien hace algunos años ha dejado de contribuir, y considerando que en este año se tiene proyectado por los propietarios interesados llevar a efecto una reparación del piso del expresado tramo, se acuerda por unanimidad que el Ayuntamiento contribuya con la cantidad de 500 pesetas a las obras de este año y que en lo sucesivo destine

200 pesetas anuales a la conservación del mismo”. Ha quedado también acreditado que, con posterioridad y hasta fechas recientes, el Ajuntament dejó de contribuir, tal y como han referido todos los testigos, incluso D. Jaume Tomás, alcalde de la localidad entre los años 1.979 y 1995, ha reconocido no haber mandado nunca brigadas municipales o haber abonado cantidad alguna para el mantenimiento del camino con cargo al ayuntamiento.

Estas contribuciones al mantenimiento del camino deben encuadrarse, además, dentro de los términos del convenio del año 1.915 en el que los propietarios acordaron poder subrogar al ayuntamiento en sus derechos y obligaciones, es decir, en el derecho de uso y en la obligación de conservación, por lo que, aun cuando no conste un documento recogiendo expresamente esta subrogación, la aceptación de las contribuciones públicas que se han citado deben ser interpretadas como un consentimiento tácito a dicha subrogación. Esta posibilidad de subrogación debe entenderse totalmente válida y surtir efecto dentro de la autonomía contractual de las partes conforme al art. 1.255 CC, no siendo contraria a la Ley ni al orden público sino más bien reflejo del uso histórico del camino. La inclusión misma de esta posibilidad en el convenio del año 1.915 refleja la conciencia de los propietarios de los predios en cuanto a la continuación del uso generalizado del camino, especialmente el uso peatonal, pues en el convenio inicial sólo se precisaba permiso de los propietarios para usar el camino en carruaje. Incluso el sr. Villalonga en su informe lo interpreta como una “cesión” del tránsito a los vecinos (folio 1313), expresión clara referida a un derecho de paso, a pesar de que en el acto del juicio a preguntas dirigidas del letrado de la parte demandada ha sustituido la palabra por “permitir” para dar a entender que se trataría sólo de un uso tolerado, cambio interpretativo que no ha justificado. En el contrato de mantenimiento del año 1.926 se reconoce expresamente esta contribución del ayuntamiento mediante un subsidio a los propietarios. Por tanto, aun cuando la totalidad de la documentación aportada por todos los propietarios demandados, especialmente Partero, refleja que el mayor coste del mantenimiento del camino era asumido por éstos, no cabe duda de la contribución del ayuntamiento aunque fuera por la vía indirecta pero igualmente contributiva de indemnizar a los propietarios.

Refiere el sr. Villalonga en su informe una cita de la sesión de actas del ayuntamiento de 21 de julio de 1.950 que refiere es citada por el catálogo sólo en relación al Camí des Correu cuando, en realidad, va referida también al Camí de Planícia. Dicha cita guardaría relación con el documento nº 9 del informe del sr. Villalonga (folio 1.428). Pues bien, la lectura del documento permite observar que los sres. Sureda y Balle, como propietarios de S´Arbossar y Planícia respectivamente, se dirigen al ayuntamiento planteando la necesidad de cambiar el trazado de un tramo del camino, la necesidad de ampliar otro tramo y de este modo conseguir un mejor acceso a la carretera y dejar en desuso y revertir en beneficio de los propietarios un tramo del Camí des Correu (también llamado Camino de la Fuente). No es posible ubicar en el mapa los tramos exactos a que se refiere la petición al no

resultar con claridad del documento y no haber explicado el perito nada al respecto. Ahora bien, lo relevante de este escrito es que los propietarios solicitan la implicación del ayuntamiento a pesar de que se ofrecen a costear ellos mismos la adquisición de los terrenos necesarios para la modificación del trazado y a pesar de que el camino propuesto discurriría por terrenos estrictamente privados, es decir, piden su implicación para algo para lo que no necesitarían al ayuntamiento si éste no formara parte de algún modo del convenio; por otro lado, la autorización del ayuntamiento podría justificarse por la que parece ser una propuesta de permuta con un tramo del camino real pero no para las peticiones de modificaciones dentro de la finca Son Sanutges que sólo se justifican por el reconocimiento de la participación del ayuntamiento en el camino y por el interés público. Por último, los solicitantes apelan al beneficio para la totalidad de los vecinos de la zona además de los predios interesados. En definitiva, este documento sirve para reflejar que los propietarios aceptaban al ayuntamiento como parte del camino al menos en cuanto a usuario del mismo o por la generalidad de los vecinos.

La contribución del ayuntamiento al mantenimiento del camino se reconoce expresamente en el convenio citado del año 1.948, aun cuando se reafirme la propiedad privada del camino, lo que sirve para entender acreditado, como reconocimiento unilateral de un hecho que perjudica a quien lo refiere, que tales contribuciones se producían, sin perjuicio de la interpretación jurídica que le dieran los propietarios de los predios. También la sentencia del año 1.948 declara probada dicha contribución al decir que “acreditado por las certificaciones auténticas de los folios 133 y 218 que el Ayuntamiento de Bañalbufar subvenciona por conservación del camino de Planici a sus propietarios”, debiendo precisar que la sentencia no declara probado que lo fuera en compensación de actos meramente tolerados sino que expresamente se niega a entrar a valorar quienes son la totalidad de miembros de la comunidad de propietarios del camino al no ser todos ellos parte en el pleito. En todo caso, cabe recordar que el concepto de uso meramente tolerado mal se compadece con el pago de algún tipo de compensación o contraprestación, pues de existir ésta no puede hablarse de mera tolerancia.

Por lo que se refiere al uso en sí, la prueba practicada permite entender acreditado que el uso se ha mantenido y que nunca los propietarios de los predios pusieron impedimentos al uso peatonal. Los convenios mismos van referidos siempre a la necesidad de autorización para el paso en carruaje y reflejan la preocupación de los propietarios por los daños o deterioro que pueda ocasionar el paso rodado para la extracción de productos u otras finalidades. A pesar de contar con dos convenios muy precisos y minuciosos en cuanto a su objeto de propiedad, conservación y contribución del camino, en ninguno de ellos se hace referencia al paso peatonal y, dada la forma precisa en que aparecen redactados estos documentos, esta omisión sólo puede entenderse deliberada, es decir, porque el paso peatonal fue siempre admitido y aceptado por todos los propietarios, seguramente porque el origen del camino era el camino antiguo. De los convenios resulta que el paso peatonal era

totalmente libre. Incluso en el convenio u ofrecimiento de participación del año 1.948, elaborado después del pleito entre los propietarios de Son Sanutges, se da a entender que la controversia versaba sobre el uso rodado del camino. A esta prueba documental se suma la testifical practicada, en este punto unánime, pues ningún testigo ha referido que el acceso peatonal al camino se hubiera visto limitado en algún momento. Por último, aun a fecha de hoy se observa, como se comprobó en la prueba de reconocimiento judicial, que no existe impedimento alguno para el paso por este camino hasta la barrera de entrada a la finca Es Rafal, que los carteles más antiguos colocados en la entrada de la finca S´Arbossar prohíben el paso de vehículos de forma específica (y, por tanto, con exclusión de otro tipo de paso) y que la única barrera existente en todo el trazado, sita en la entrada a la finca S´Arbossar (entendiendo por tal la matriz) no está ni ha estado nunca cerrada con candado, siendo practicable con un pasador. Queda totalmente acreditado que el camino se ha seguido usando de forma peatonal sin impedimento alguno en reconocimiento tácito de este derecho de uso.

Vigésimo-segundo: Por lo que se refiere a las dos limitaciones al derecho de uso que reclama la parte actora, no ha quedado acreditado un derecho de uso rodado del camino nuevo con interés público o general ni siquiera hasta la confluencia con el Camí des Correu. La contribución inicial del Ajuntament al aportar una parte del camino antiguo supone una aportación de un camino de herradura que fue ampliado por los propietarios para atender a las nuevas necesidades, siendo evidente que el uso originario del camino era peatonal o con animales de carga. La contribución que el ayuntamiento ha realizado a lo largo de los últimos cien años es muy inferior a la de los propietarios, lo que parece casa mejor con el hecho de que el uso general o público fuera meramente peatonal, uso que supone un riesgo mucho menor de deterioro del camino y explica una contribución muy inferior. Es cierto que en el convenio del año 1.915, al prever la posibilidad de subrogación del ayuntamiento, ha de entenderse referida al paso rodado ya que el peatonal no fue nunca limitado ni objeto de controversia. Sin embargo, aun cuando en los primeros años del siglo XX el paso en carro pudiera responder todavía a fines de interés general por ejemplo al conectar con el camino antiguo dentro del Rafal o con el camino del Rafal que les llevaría a Estellencs, la generalización del uso de los vehículos desde los años 50 permite sostener que el uso del camino nuevo se fue limitando sólo a responder a finalidades privativas de las fincas enclavadas y de acceso de los vecinos de las fincas colindantes a modo de atajo. Así lo refiere tanto la sentencia del año 1.948 como la propuesta de apertura hecha por los propietarios el mismo año. Este atajo para el acceso a determinadas fincas privadas desde la carretera general haciendo uso del camino nuevo de Planicia responde a un interés meramente privado de estas fincas que no tiene que ser sufragado con el mantenimiento público del camino. La parte actora no ha practicado prueba alguna que acredite el uso rodado mediante vehículo a motor con finalidad pública o de interés general de este camino nuevo, no habiendo ni siquiera propuesto en calidad de testigos a los propietarios de estas fincas de la zona, siendo evidente que la finalidad de comunicación entre municipios

mediante este camino no existe. La transformación de usos de finalidad pública e interés general de los caminos a partir de la segunda mitad del siglo XX que de una finalidad de comunicación entre municipios evoluciona hacia un uso lúdico o de disfrute de un bien de interés general como es la naturaleza lleva a entender que este interés general es sólo de carácter peatonal. El uso para acceder a otras fincas de la zona debe ser considerado un uso para fines privados que deberán ventilar los propietarios correspondientes judicial o extrajudicialmente.

La segunda limitación a la pretensión de la parte actora es la longitud del camino. La prueba practicada lleva a concluir que el camino nuevo termina en la entrada del predio Planícia, hoy Es Rafal. De la prueba documental resulta que la comunidad germánica que se constituye lo es de forma clara sólo hasta la entrada a Planícia, entrada que en la fecha de los dos primeros convenios y del contrato del año 1.926 era la entrada que hoy corresponde al linde entre Es Rafal y S´Arbossar. El camino que, sin duda, discurre con sección de paso de vehículo a motor desde la barrera de entrada a Es Rafal hasta las casas de Planícia no forma parte de esta comunidad germánica. Este tramo no consta mencionado en ninguno de los convenios ni consta que algún otro propietario distinto del predio contribuyera a su mantenimiento ni tampoco que lo usaran personas ajenas al trabajo en el predio. De la documentación examinada no se desprende contribución municipal que pueda ir referida a este tramo. Ninguno de los codemandados ha alegado nada sobre este particular (por ejemplo en el sentido de referir que ellos mismos o sus causantes hubieran usado el camino en el interior de Planícia y la finalidad de este uso), asumiendo la tesis de Partero de tratarse de un camino privado en la totalidad de su trazado pero sin precisar nada sobre la longitud del mismo por lo que habrá que entender que se aquietan a la tesis de Partero de estar ante un camino de explotación privado de la finca Planícia. Por tanto, la participación que en la comunidad se reconoce al Ajuntament no puede extenderse a este tramo que es ajeno a la comunidad.

Por otro lado, la documentación histórica refleja que este tramo no fue construido de forma simultánea al camino nuevo (año 1.867-1.868) sino que, sin que conste acreditada la fecha exacta, es bastante anterior en el tiempo. En el plano del ingeniero López levantado en el año 1.852 con ocasión de resolver el mejor ramal para empalmar el camino de Planícia con la nueva carretera se observa que este tramo ya existía, pues se aprecia perfectamente que en la entrada de Planícia el camino se bifurca en dos, exactamente como sucede en la actualidad y con el mismo trazado, aunque el ingeniero no refleja el trazado del Camí Antic desde Ses Dresseres ni tampoco el Camí des Rafal, probablemente porque nada tenían que ver con el objeto de su informe. La historia de la finca Planícia (“Sa Mola de Planícia” de Tomás Vibot y “Banyalbufar i la seva història” de varios autores) lleva a pensar que este camino debió ser construido en algún momento por el propietario del predio en la primera mitad del siglo XIX como consecuencia de las necesidades de explotación de éste derivadas de la construcción de la tahona y las casas de Planícia a finales del siglo XVIII. Estas construcciones debieron suponer un importante incremento de

la actividad económica y agrícola en esta parte del predio y, con ello, de las necesidades de extracción de productos desde este punto directamente hasta el Camino Real con destino a Palma sin pasar por las casas señoriales del Rafal, función para la cual el Camí Antic, sólo de herradura, pudo resultar insuficiente tanto por sus características constructivas como por la orografía de la zona y su trazado (bastante más largo). La prueba practicada lleva a entender que este tramo nunca cumplió una función pública de comunicación entre municipios, pues no tiene conexión alguna con el Camí des Rafal, con el que sólo conecta el Camí Antic (conexión entre los dos caminos que es la base de su función pública como vías de comunicación). El tramo rodado termina en las casas de Planícia y no sigue tampoco por es Bosc Gran en dirección al término municipal de Estellencs. Conecta de forma directa las casas de Planícia con el Camino Real. La valoración conjunta de esta prueba acredita que se trata de un camino de explotación construido con la finalidad de facilitar la extracción de la producción de la finca hacia el Camino Real sin que la parte actora haya aportado prueba alguna que acredite el uso de este camino con una finalidad de interés público o general.

Llama la atención que al segregarse la finca Es Rafal respecto de Planícia en el año 1.938 la familia Roten nada hiciera constar en la escritura pública de segregación respecto a este camino (folios 1.470 y siguientes) a pesar de que no cabe ninguna duda que Planícia siguió usando para fines propios de la finca el camino llamado nuevo hasta que la explotación agrícola cayó en desuso (así resulta de la testifical del sr. Munar y de su hijo). Debe recordarse que en la fecha de la segregación Planícia era una finca enclavada cuya única salida a una carretera pública era este camino nuevo, pues la carretera construida por la familia Balle hasta la carretera de Estellencs data de los años 1.950-1.955 según refieren todos los informes periciales. El convenio sobre el camino aparece inscrito tanto en la inscripción registral de la finca Es Rafal (nº 679) como en la de Planícia (nº 410, por ejemplo al folio 2.079), en ambos casos como carga si bien por mera referencia al convenio del año 1.915 y con indicación expresa de que el camino llega hasta la finca y de la obligación de contribuir. Ello da a entender que la inscripción se fue arrastrando por estar el convenio inscrito en la finca matriz, sin atender realmente a la significación de este convenio después de la segregación por el hecho de que su trazado cruza las dos fincas resultantes. Puesto que el camino llegaba a la entrada de Planícia, la carga representada por el convenio debe ser entendida como una obligación real de contribución al mantenimiento del mismo por quien resulte ser propietario de estas fincas y no tanto como una carga de permitir el paso por este camino en el interior de la finca Planícia a personas ajenas a este predio. El hecho de que la carga se arrastre a lo que actualmente es Planícia (y, por tanto, la obligación de contribuir que conlleva para su propietario), que la funcionalidad del camino fuera, sin duda alguna, la extracción de productos desde este centro agrícola que representaban las casas de Planícia hasta la carretera y que siguiera usándose con este fin incluso después de la segregación de las fincas lleva a entender que puede existir un derecho real de Planícia sobre es Rafal (bien como signo aparente de servidumbre bien con otra

forma jurídica) cuya efectividad se ve sin duda impedida por el cerramiento unilateral llevado a cabo por Partero en el linde de la finca Es Rafal tanto con Planícia como con S´Arbossar. Sin embargo, sorprendentemente, los propietarios actuales de Planícia (la Administración General del Estado y la Comunitat Autònoma de les Illes Balears) han optado por oponerse totalmente a la demanda en lugar de defender y exigir este derecho real que todo apunta existe a favor de esta finca hoy pública. Esta oposición impide que este derecho, privativo de la finca sin perjuicio de su titularidad pública actual, pueda ser reconocido en la presente resolución.

Es cierto que, como consta en el plano (documento 3-111 de la demanda) y se comprobó en la prueba de reconocimiento judicial, el último tramo del camino nuevo, unos doscientos metros antes de las casas de Planícia, se superpone al camino antiguo. Sin embargo, esto no puede ser interpretado como una aportación de terreno público por parte del ayuntamiento equivalente a la habida dentro de S´Arbossar sino más bien como una indebida apropiación del terreno por parte del propietario (probablemente porque la construcción de las casas es posterior en el tiempo al camino antiguo y la planeidad de este tramo permitía su aprovechamiento para el camino de carro). Este pequeño tramo deberá ser considerado como un bien de dominio público en cuanto a una sección de herradura para paso peatonal y propiedad privada su ampliación hasta sección de vehículo. No se aprecia, en todo caso, que pueda surgir un conflicto irresoluble de esta peculiar situación, ya que el camino de herradura propiedad del ayuntamiento sólo puede tener por objeto el uso propio de un camino de herradura, por lo que cada parte deberá actuar dentro de los límites propios del tipo de propiedad que ostenta. En todo caso, tratándose de dos propiedades concurrentes, lo más aconsejable sería consensuar cualquier actuación sobre este tramo.

Por todo lo anterior, debe estimarse sólo parcialmente la pretensión ejercitada por la actora sobre el llamado Camí Nou de Planícia y conforme a lo expuesto procede declarar que el trazado de este camino que corresponde a una comunidad de propietarios discurre desde el kilómetro 18 de la carretera del Estado hasta la barrera de entrada a la finca Es Rafal, que el Ajuntament de Banyalbufar participa de esta comunidad de propietarios con un derecho de uso público limitado a un uso peatonal y que, en consecuencia, deberá contribuir al mantenimiento de este camino de forma proporcional al uso que se le ha reconocido. Todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse entre propietarios privados que tengan interés en entrar en la comunidad de propietarios y sin perjuicio de las acciones reales que puedan corresponder a Planícia. Al finalizar el Camí Nou a la entrada de la finca Es Rafal el uso público podrá continuar sólo sobre el Camí Antic de Planícia, declarado demanial y cuyo trazado continúa dentro de la finca (FJ octavo).

Vigésimo-tercero: Breves consideraciones sobre el uso público o destinado al interés general. Resueltas las cuestiones jurídicas es necesario realizar una serie de consideraciones. Debe recordarse que el fundamento de la estimación de la acción reivindicatoria ejercitada sobre los dos primeros caminos se encuentra en su uso público o destinado a fines de interés general desde tiempo inmemorial y que el fundamento de la estimación de la acción sobre el uso del camino nuevo se encuentra en su uso derivado de este mismo interés. Nos encontramos ante bienes demaniales o de dominio público y un derecho de uso público y no ante bienes patrimoniales. Tanto de la propiedad como del uso derivan no sólo derechos sino también obligaciones, sobre todo de mantenimiento y de utilización adecuada a sus fines y sin causar perjuicios a terceros. Al mismo tiempo, ha de recordarse que siendo dicho bien un camino que discurre por fincas de titularidad privada se aprecia un claro conflicto de intereses que debe resolverse mediante la adecuada ponderación del interés público y de los legítimos intereses privativos en juego. Este conflicto sólo puede resolverse recordando qué debe entenderse por interés público y los límites de éste.

Por interés público ha de entenderse utilidad o destino públicos en beneficio de la generalidad de las personas, entendiendo por tales habitualmente las del lugar geográfico de referencia. El uso público no es sinónimo de uso ilimitado, sin control o sin cuidado alguno. Como recuerda el art. 132 de la Constitución, La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. Este régimen jurídico, además, debe estar inspirado por la necesidad de garantizar el superior interés general y la conservación del bien en el estado que le hace merecedor de ese interés público. Es decir, este derecho genera también obligaciones y responsabilidades.

En el caso que nos ocupa, el destino público o uso de interés general de los caminos controvertidos residía originariamente en su funcionalidad de comunicación entre municipios vecinos permitiendo simultanear esta función municipal con la de comunicación con los principales centros económicos de la comarca, función también de interés público (búsqueda de trabajo, intercambios comerciales, paso de carbón, ganado, etc). Como ya se ha adelantado, el paso del tiempo y la modernización de la sociedad y, con ella, la generalización del uso de vehículos a motor como principal medio de transporte particular fue otorgando preponderancia al uso de las carreteras como vías de comunicación con la consiguiente disminución de la finalidad pública de los caminos como vías de comunicación, finalidad de comunicación administrativa y económica que decae totalmente cuando los dos principales centros de producción agrícola, Es Rafal y Planícia, caen en estado de abandono durante los años 80 y 90 del siglo anterior. De forma simultánea a esta disminución del interés público como vía de comunicación fue apareciendo otra funcionalidad, la lúdica o de ocio, que también reviste interés público, primero de forma muy tímida con los viajeros ilustrados, después con los primeros turistas en

los años 60 y 70 y finalmente de forma casi exclusiva en los últimos veinte años. Esta parece ser la función pública que mantendrán estos bienes demaniales y el interés del ayuntamiento por el reconocimiento expreso de un derecho de uso público. El interés o uso público en términos del siglo XVIII y XIX era equivalente a vía de comunicación administrativa y económica; en términos del siglo XXI se entiende con un contenido limitado al ocio. La continuación no interrumpida a lo largo de los siglos de este uso con finalidad pública, aun cuando el contenido de la misma se haya ido transformando acorde con las necesidades de la sociedad, es lo que ha permitido estimar la acción reivindicatoria ejercitada. Corresponde al Ajuntament de Banyalbufar la correcta regulación del uso de estos bienes y derechos atendiendo, por un lado, a que la propiedad pública genera también todo un conjunto de obligaciones de mantenimiento y, por otro lado, a que el uso público de los bienes no deberá causar perjuicio alguno a los propietarios de las fincas ni tampoco al interés público en sí mismo considerado; le corresponderá, por tanto, adoptar las medidas necesarias dentro de sus competencias normativas para garantizar que ello sea así ejerciendo funciones de mantenimiento y de policía. Comportamientos dañosos como los que reflejan las muchas actas notariales acompañadas con la contestación de Partero no responden a un interés público y no pueden ser amparados por el derecho, debiendo el Ajuntament, en ejercicio de las funciones de policía sobre sus bienes demaniales, garantizar que no se produzcan.

En el siglo XXI el interés público de estos caminos, además del uso como comunicación por algunos vecinos naturales de la zona que no deseen hacer uso de un vehículo a motor, radica en la riqueza cultural, patrimonial y paisajística del lugar donde se encuentran y ésta deberá ser preservada para preservar el elemento que está en el sustrato de la declaración de demanialidad. Los caminos litigiosos se encuentran dentro de la Serra de Tramuntana, declarada patrimonio de la humanidad por la Unesco en el año 2011. En su declaración, la Unesco destacaba, como valores que fundamentaban su decisión, las construcciones de piedra en seco y las canalizaciones de agua, pero también la agricultura milenaria en un ambiente con escasos recursos de agua que ha transformado el terreno y muestra una red articulada de mecanismos de gestión del agua entre las distintas parcelas que es de origen feudal, resultado del intercambio cultural entre el conocimiento musulmán del manejo del agua y los conocimientos cristianos de la agricultura que han dado lugar al peculiar paisaje actual formado por cultivos en terraza y mecanismos de distribución del agua interconectados que incluyen molinos hidráulicos, así como construcciones de piedra sin argamasa y granjas. Además del aspecto paisajístico, reconoce especial valor a la consideración de esta zona como un testigo excepcional de la capacidad humana de adaptación a las dificultades del terreno y superación de las mismas para convertirlo en un espacio productivo de convivencia del hombre con la naturaleza. Sin embargo, se advierte expresamente por la Unesco que este patrimonio cultural es frágil y está amenazado por el notable incremento del turismo (refiriéndose con ello tanto a nuevas construcciones como a la masificación inherente a cualquier actividad turística) y por la presión urbanística y aconseja

expresamente el control de este riesgo. Un ejercicio responsable de los derechos que resultan de la declaración de demanialidad deberá llevar al Ajuntament a regular el uso de estos bienes demaniales de manera que este interés público que se reconoce y este patrimonio cultural queden garantizados, protegidos frente a los citados riesgos y en armonía con la propiedad privada con la que conviven, debiendo garantizar, además, que el uso público de los caminos no cause perjuicio alguno a las propiedades privadas las cuales, en cierto punto, tienen intereses concurrentes con los públicos, pues el patrimonio cultural que la Unesco ha protegido está integrado en más de un 80% por propiedad privada. La normativa administrativa ofrece numerosos y útiles instrumentos para garantizar esta salvaguarda del interés público, instrumentos que se han puesto en práctica en otras zonas de Mallorca, especialmente en la zona marítimo-terrestre.

Vigésimo-cuarto: Las costas procesales. Debe distinguirse dos situaciones. Por un lado, en cuanto al codemandado sr. Cummings, la acción dirigida contra el mismo ha sido totalmente desestimada y de la prueba documental practicada no resulta la legitimación pasiva del mismo, prueba de la que disponía ya el ayuntamiento actor al interponer la demanda, por lo que procede condenar a la parte actora a las costas ocasionadas a este codemandado.

Por lo que se refiere a los demás demandados, la acción dirigida contra ellos se ha estimado íntegramente en cuanto a la acción reivindicatoria de los dos caminos Es Rafal y Antic de Planícia y parcialmente en cuanto a la acción de uso del Camí Nou, desestimando la pretensión de uso de vehículos en el tramo hasta la confluencia con el Camí des Correu y la pretensión de prolongación dentro de las fincas Es Rafal y Planícia. Si se valora conjuntamente dentro del objeto de este pleito, aun cuando las pretensiones de la actora han sido satisfechas en su parte más importante, no es suficiente para entender que estamos ante una estimación sustancial de la demanda, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Debo ESTIMAR y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por Don Francisco Barceló Obrador, procurador de los Tribunales, en nombre y representación de AJUNTAMENT DE BANYALBUFAR frente a PARTERO S.L., COCODORY S.L., SANT BARTOMEU S.A., LOLA XIMENA ECHEVARRIA OBREGON, S'ARBOSSAR INVESTMENT S.L., WJ WALKER LIMITED, TALAIES HOLDING S.L.,

CONSTANTIN CHRISTIAN GRAF VON BERNSTORFF, PHILIPP DOMENIC GRAF VON BERSTORFF, ALEXANDRA MARIA GRAF VON BERSTORFF, HEREDEROS DESCONOCIDOS DE MARIA BAUZA QUIJADA, JUAN BERGAS MAS, RAFAEL BERGAS MAS, LORENZO SASTRE OLIVER, GALLIOT 2000 S.L., DESCONOCIDOS PROPIETARIOS DE LAS PARCELAS 237, 238, 239 y 241 del polígono 1 de Banyalbufar, ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, COMUNITAT AUTONOMA DE LES ILLES BALEARS, y, en consecuencia:

- 1) Declarar que el “Camí Antic de Planícia” (nº 18 del catálogo municipal), como camino de herradura, con el trazado que ha sido declarado probado en el fundamento jurídico Octavo de la presente resolución es un bien de dominio público cuya titularidad corresponde al Ajuntament de Banyalbufar con las responsabilidades inherentes a esta declaración, debiendo rectificar el catálogo de caminos de Banyalbufar y quedar grafiado desde ahora el camino en cualquier documento de manera que el tramo 6 del catálogo recoja el punto de intersección con el Camí des Rafal en la zona identificada como ‘magatzem’;
- 2) Declarar que el “Camí des Rafal/Sa Costa” (nº 10 del catálogo municipal), como camino de herradura, con el trazado que ha sido declarado probado en el fundamento jurídico Noveno de la presente resolución es un bien de dominio público cuya titularidad corresponde al Ajuntament de Banyalbufar con las responsabilidades inherentes a esta declaración, debiendo rectificar el catálogo de caminos de Banyalbufar y quedar grafiado desde ahora el camino en cualquier documento de manera que el tramo 7 del catálogo quede totalmente excluido del camino público y de manera que el punto de intersección con el Camí Antic de Planícia se haga constar en la zona identificada como ‘magatzem’;
- 3) Declarar que el “Camí Nou de Planícia” (nº 23 del catálogo) es de uso público limitado a uso propio de camino peatonal por ser de libre tránsito desde su inicio en el kilómetro 18 de la carretera Ma-10 hasta la entrada a la finca Es Rafal, debiendo el Ajuntament de Banyalbufar contribuir a su mantenimiento en proporción a este uso peatonal, desestimando el resto de pretensiones relativas a este camino;
- 4) Condenar a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a retirar cualquier cierre u obstáculo que impida o dificulte el uso público de tales caminos, dejando el paso por éstos libre y expedito, así como a retirar cualquier rótulo o señal que indique prohibición de paso, propiedad privada o cierre sobre los tres caminos, con apercibimiento de que, de no hacerlo voluntariamente, podrá instarse la ejecución judicial para ejecutarlo a su costa;
- 5) Condenar a los demandados a permitir el libre tránsito público peatonal por los tres caminos indicados en los tramos que discurren por sus respectivas fincas y a abstenerse de realizar en el futuro cualquier actuación

que suponga un impedimento u obstáculo para el uso público de estos caminos;

- 6) Absolver a los demandados del resto de pretensiones ejercitadas en su contra;
- 7) No se hace expresa imposición de costas.

DESESTIMAR la demanda interpuesta por Don Francisco Barceló Obrador, procurador de los Tribunales, en nombre y representación de AJUNTAMENT DE BANYALBUFAR frente a SIMON CUMMINGS ROOSEVELT y ABSOLVER al demandado de las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición de costas a la parte actora.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de apelación que deberá interponerse dentro de **VEINTE** días a contar desde la notificación de la misma, por escrito que habrá de presentarse en este Juzgado en el que se expondrán las alegaciones en las que se base la impugnación, previa consignación de la tasa y depósito correspondiente.

Así, por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firma, D^a Martina Mora Torrens, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de 1^a Instancia nº 5 de Palma de Mallorca.

Publicación: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Ilustre Juez que la dictó en el mismo día de su fecha. Doy Fe.