

Vías pecuarias irrealizables. La oportunidad de la potestad de modificación del trazado de la vía

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho Administrativo. Abogado
Universidad de Alicante

Lo normal en materia de vías pecuarias viene siendo el debate en torno a las potestades de deslinde y de clasificación.

Sin embargo, es oportuno plantear la discusión acerca de la posible potestad de modificación del trazado de la vía pecuaria en el marco de las soluciones efectivas o prácticas frente a los problemas jurídicos existentes en muchas zonas. En este sentido, la mejor forma de tutelar los intereses públicos puede no ser el mero ejercicio de la potestad de deslinde. En Derecho se imponen las soluciones efectivas, capaces de ser cumplidas o realizadas considerando los factores existentes, ya que de poco sirve una solución ideal si no consigue imponerse. Podrá ocurrir que, incluso si la Administración consigue hacer prevalecer con éxito (en vía administrativa o judicial) la existencia de la vía pecuaria (conforme al régimen jurídico protector que las ampara y las potestades administrativas de deslinde que puede ejercitar la Administración en su defensa), el pronunciamiento represente uno de esos típicos ejemplos de “pronunciamientos meramente declarativos” inservibles para proteger el interés jurídico de la parte que vence en la controversia considerando que el alto grado de consolidación urbana en la zona dejaría sin sentido la declaración administrativa o judicial en tal sentido.

Si realmente la Administración con potestades de tutela sobre las vías pecuarias quiere defender los intereses públicos que representa, la solución *puede no estar* en avanzar por esta línea, ya que la *fuerza de lo fáctico* termina imponiéndose sobre la declaración administrativa o judicial de imposible ejecución. Con ello, los intereses de la Administración quedan frustrados por completo. En estos casos, en que la fuerza de lo fáctico juega un papel relevante, acaso se impone el realismo necesario, sin poderse obviar la realidad y los factores de hecho existentes, a los efectos de conseguir una solución capaz de tutelar de la mejor forma posible los intereses de la propia Administración con competencia en materia de vías pecuarias. Cabría, dado el caso, rebajar las

exigencias de una solución jurídica que, por purista inicialmente, termine desvirtuando finalmente por completo los intereses administrativos, cuando más bien éstos pueden realizarse de otra forma en la parte al menos realizable.

En algunos casos extremos en que no sea posible ni proporcionado deslindar con todas sus consecuencias ejecutivas la vía, habrá que razonar de esta forma huyendo de los pronunciamientos declarativos inejecutables para plasmar, en cambio, soluciones realizables aunque sea a costa de rebajar el nivel de exigencias jurídicas, conforme a un planteamiento genuinamente jurídico. Similar es el caso de la potestad de informar (por la Administración autonómica competente) un Plan Parcial si dicha Administración pretende a toda costa informar a favor de una vía pecuaria histórica e irrealizable.

La solución puede no ser ni negar la realidad de la vía pecuaria por los particulares ni tampoco ignorar la consolidación urbanística de la vía pecuaria en suelo urbano. La solución puede moverse en un punto medio entre ambas opciones.

En realidad, junto a la potestad de deslinde, la Administración competente en materia de vías pecuarias tiene otra serie de potestades que pueden servir para encauzar los intereses públicos de una forma adecuada. La realidad existente, marcada por el alto grado de consolidación urbana de la zona, puede aconsejar el ejercicio asimismo de las potestades de modificación del trazado de la vía pecuaria o las potestades de desafectación. Este puede ser *el quid* del presente tema, tal como se intenta poner de manifiesto seguidamente.

Gráficos ejemplos jurisprudenciales nos informan de cómo ha de resolverse el caso a través de las potestades mencionadas en último lugar.

Seguramente la sentencia más ilustrativa es la reciente STSJ Andalucía, Sevilla, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 9 diciembre 2005 (JUR 2006\56802).

Este fallo maneja con total perfección los argumentos *supra* expuestos, es decir el debido realismo para realizar los propios intereses públicos. En el supuesto enjuiciado por esta resolución judicial se había alcanzado un alto grado de consolidación en la zona, como consecuencia del desarrollo urbanístico. Lo primero que hace la Sala es lamentar que este estado se haya producido respecto de la vía pecuaria en cuestión por culpa (no lo olvidemos) de la propia Administración Pública:

“QUINTO: Desde luego a nuestro entender resulta intolerable que la inactividad, desidia y, a veces incluso, connivencia de las autoridades y entes públicos provoquen situaciones fácticas irreversibles que desde luego no pueden tener amparo jurídico alguno; y no le falta razón a la parte actora cuando denuncia que ha sido la dejadez competencial de los entes públicos la que ha dado ocasión a que sobre el trazado original de la vía pecuaria, insistimos por ley suelo no urbanizable de especial protección, se haya dejado crear ciudad, convirtiendo por la vía de los hechos un suelo con la citada clasificación y destino en lo que a decir de la demandada son zonas pseudourbanas. Lo cual constituye una realidad innegable”.

Pero, acto seguido, el órgano jurisdiccional reconoce que, ante esta realidad existente, el planificador ha de optar por soluciones. La lectura de la sentencia es expresiva en sus propios términos:

“Ha de recordarse que la planificación, el diseño de la ciudad y de la superficie que comprende la superficie municipal, es labor propia del planificador, el cual discrecionalmente tiene un amplísimo margen de decisión, sin otro límite que este no sea arbitrario, irracional o contrario a las determinaciones legales. Junto a este poder discrecional, el planificador se haya sujeto a la imposibilidad de desnaturalizar la realidad al momento de definir las soluciones posibles, es decir existe una vinculación a lo que se ha venido a conocer como fuerza normativa de lo fáctico”.

El Tribunal reconoce igualmente la realidad existente, como hecho insoslayable, y justifica entonces la modificación del trazado de la vía pecuaria como mejor solución jurídica en estos casos.

“Ya se ha comentado la protesta y denuncia de la parte actora, que señala directamente a las Administraciones públicas competentes, responsables de una realidad al margen de toda legalidad urbanística; pero a nuestro entender, igualmente resulta insoslayable esa realidad, realidad de la que debe partir el planificador y que nos conduce a considerar que, ante el deber legal de conservar las vías pecuarias al planificar, ante la imposibilidad real de mantener el trazado originario por las construcciones existentes sobre el mismo, el aportar una alternativa mediante el cambio de trazado, en absoluto resulta arbitrario o irracional, por lo que la solución por la que se opta resulta plenamente correcta jurídicamente”.

Por otro lado, es quien muestre su disconformidad con el nuevo trazado quien ha de probar su inadecuación:

“Con todo, dado que la parte actora no sólo impugna el nuevo trazado sino a su entender un posible exceso o inadecuación, era a la parte actora a la que correspondía

acreditar dichos extremos, lo cual evidentemente no sólo no hace, sino que ni tan siquiera intenta. Ante ello, la Sala sólo puede acoger dichas alegaciones como lo que son, simples opiniones sin más, respetables desde luego, pero de todo punto insuficiente para prevalecer e imponerse a las soluciones por las que ha optado el planificador”.

Así pues, lo procedente es, a mi juicio, lo siguiente:

Primero, reconocer ante todo la importancia de la potestad de planeamiento de la Administración local, a quien le corresponderá en principio dar solución efectiva al problema de las vías pecuarias que atraviesan la ciudad y cuya función ganadera tiene poco o nada que ver con la nueva función del vial existente.

Segundo, del lado de la Administración autonómica, es preciso reconocer que, junto a las potestades de deslinde o de recuperación de oficio del bien, existe también una potestad administrativa de modificación del trazado de la vía que puede representar la auténtica y más adecuada y proporcionada solución frente a los problemas jurídicos presentes y a todos los intereses concurrentes. Dicha potestad citada en último lugar se reconoce jurisprudencialmente (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de enero de 2005, RJCA 2005\145 FJ 6; SAP de Córdoba de 28 de marzo de 2001, JUR 2001\155341) y no en vano existen testimonios en la práctica que ejemplifican esta posibilidad o régimen (por ejemplo, “modificación parcial del trazado de las vías pecuarias Colada de la Cala, Colada del Alto Vicens, colada de Camposanto, y colada de Baldó en los términos de los municipios alicantinos de Benidorm y Finestrat, etc.). Las propias carreteras y caminos admiten perfectamente este ejercicio de potestades administrativas de alteración de trazados (STS de 5 de marzo de 2004, RJ 2005\3287; STS de 30 de junio de 1983, RJ 1983/3679; STS de 23 de enero de 1979, RJ 1979\207; STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2004, RJCA 2005/121; STSJ de Galicia de 23 de abril de 1998, RJCA 1998/1710; reconociendo la validez del instituto de la “mutación demanial”).

Tercero, de la parcialmente transcrita sentencia del TSJ de Andalucía se desprende la imposibilidad para todos los agentes jurídicos de obviar la fuerza de lo fáctico. Es sabida la importancia que se concede a este hecho (generalmente lamentable) como triste condicionante de ineludible consideración a la hora de extraer las consecuencias jurídicas pertinentes (STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2002, JUR 2002\284919, a los efectos de considerar como adecuada la clasificación del suelo como urbano; STSJ de Cataluña de 9 de julio de 1999, RJCA 1999\2158, etc.).

Cuarto, ya que el grado de consolidación urbanística en la zona de la vía pecuaria se ha producido en parte por culpa de la propia actitud (o mejor inactividad) de la Administración, deben evitarse las soluciones idílicas y desproporcionadas siempre que los intereses públicos puedan satisfacerse mejor mediante una solución menos lesiva, si es que ésta existe.

Junto a la sentencia del TSJ de Andalucía de 9 diciembre 2005, que acaba de ser comentada, igualmente importante es otra sentencia (STSJ de Andalucía –Málaga– de 30 de junio de 2004, RJCA 2005\305) según la cual se justifica la potestad de modificación del trazado de una vía pecuaria como consecuencia de la realización de una obra pública que tuvo que ejecutarse en la zona, una vez que la vía pecuaria resultaba inviable conforme a su trazado original, al haberse producido un deslizamiento de la calzada, “*con lo cual no podía ya ser restituído el antiguo camino por el mismo sitio*”. El pronunciamiento del órgano jurisdiccional se extiende a considerar que en el nuevo trazado debe facilitarse un nuevo acceso.

También resulta decisiva la STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2004 (JUR 2005\5942) donde se lleva a cabo un interesante enfoque histórico de la potestad administrativa de modificación del trazado de las vías pecuarias que consigue arraigar y fundamentar debidamente esta potestad. En suma, de esta larga sentencia, se deduce lo siguiente:

Primero, que los Tribunales refuerzan las potestades de modificación y de desafectación de las vías pecuarias cuando aquellas sean el mejor modo de resolver los intereses jurídicos existentes. En este sentido, la sentencia citada afirma que el peso del ejercicio de la potestad de modificación del trazado de la vía pecuaria recae sobre la Administración local, por ostentar ésta la competencia urbanística de planeamiento, aunque dejando a salvo la intervención (mediante la técnica del Informe) de la Administración con competencia en materia de vías pecuarias.

Segundo, que es aconsejable que el particular argumente el cambio de trazado de la vía pecuaria y espere a la resolución de la Administración, en vez de sostener el razonamiento de la desafectación tácita, o aquel otro en cuya virtud se ha producido *de facto* una mutación demanial, ya que mediante esta última argumentación no se consigue resarcir el interés jurídico de la parte contrario a una vía pecuaria carente de interés.

Por otro lado, tanto esta sentencia, como otras en la misma línea, aluden igualmente al hecho de que la clasificación como urbano del suelo no es por

si misma suficiente como para desvirtuar la legalidad del deslinde, “*pues la clasificación del suelo en los instrumentos de planeamiento no puede afectar a la naturaleza del mismo desde el punto de vista de su demanialidad, al tener los instrumentos de planeamiento una finalidad distinta, la de la ordenación de los usos del suelo*” (STS de 2 de junio de 1989, RJ 4322). En estos casos, o también cuando se construye una carretera sobre la vía pecuaria o un embalse (STS de 16 de diciembre de 1999), el órgano jurisdiccional no dudará en proclamar la inconsistencia de las ocupaciones existentes frente a la consistencia de la demanialidad de la vía pecuaria (STSJ de Murcia de 9 de noviembre de 2005, JUR 2006\7535).

Otro plano diferente es, como ya nos consta, el de si este tipo de pronunciamientos judiciales sirven realmente para algo efectivo, lo que dependerá en el caso concreto del grado de consolidación existente.

En efecto, desconocer el grado de consolidación urbanística de la zona, intentando la recuperación posesoria de la vía pecuaria, puede no ser la solución para los intereses públicos desde el momento en que esta solución no logrará imponerse.

Por contrapartida, desconocer el régimen jurídico demanial de las vías pecuarias, intentando imponer el interés privado, alegando que la vía pecuaria es inservible, puede no ser una solución jurídica para los particulares, porque a la Administración le basta con oponer sencillamente los privilegios derivados de la demanialidad. La vía de resarcimiento de los intereses privados razonables, y de los propios intereses públicos cuando la vía pecuaria no sirve a su fines propios o genuinos o inherentes, podrá venir de la mano de la resolución expresa de desafectación o del cambio de modificación del trazado, lo que puede producirse en el marco del planeamiento urbanístico.

Tal como dice expresivamente la STSJ de Extremadura de 24 de noviembre de 2005 (JUR 2006\20791): “*...la vía de pretender la anulación por inadecuado del acto de clasificación, que es la resolución firme en el caso, determina la inviabilidad del recurso*”. Igualmente, lo pone de manifiesto la ilustrativa STSJ de Murcia de 29 de diciembre de 2005, JUR 2006\7535, declarando que la existencia de licencia y el hecho de que la edificación sea legal son factores que no logran prevalecer frente a la vía pecuaria y su demanialidad.

El iter discursivo, consistente en argumentar que la vía pecuaria no existe, es igualmente complejo y, cuando menos, ha de acreditarse especialmente, frente a la clasificación realizada, así como el razonamiento de la posible desafectación tácita (STSJ de Andalucía, Granada, de 25 de marzo de 2002 RJCA

2002\655; SAP de Madrid de 30 de mayo de 2000 AC 2000/1996, llegando a admitir la realización de una obra en una vía pecuaria, presuponiendo su recuperación de oficio, a pesar de no haberse instado ésta formalmente por la Administración, y negando la posibilidad al particular afectado de interponer un interdicto contra la obra).

Tal como expresa la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de enero de 2001 (RJCA 2001/539 FJ 5) lo procedente en estos casos es instar la modificación del trazado de la vía pecuaria.

Junto a la potestad de deslinde, existe la potestad de modificación del trazado, igualmente legítima en aplicación de la vigente legislación de vías pecuarias.

El *quid* está en que la Administración sea sensible a la realidad existente a los efectos de determinar la propia realización de los intereses públicos. En último término, judicialmente deben apoyarse las pretensiones prestacionales de posibles particulares interesados en un razonable ejercicio de la potestad administrativa de modificación del trazado de la vía pecuaria, en casos de resistencias arbitrarias al ejercicio de este tipo de potestades.

En efecto, aquellas otras opciones chocarán con la doctrina legal y jurisprudencial básica de las vías pecuarias según la cual los bienes de dominio público sólo pierden este carácter por el acto formal de la desafectación dado su carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables (tal como deja claro la ejemplar STSJ de Andalucía, Granada, de 22 de diciembre de 2003, RJCA 2004\340; STS de 25 de junio de 1987, RJ 1987\4550; STS de 11 de diciembre de 1980, RJ 1980\4746).

La Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias (LVP en lo sucesivo), que “*establece el régimen jurídico de las vías pecuarias*”, afirma expresamente que “*la red de vías pecuarias –con sus elementos culturales anexos– (contiene) un legado histórico de interés capital, único en Europa*”. De ahí que no pueda extrañar la condición de dominio público de las vías pecuarias. La doctrina científica especializada no ha dudado incluso en hablar de la existencia, en el caso concreto de las vías pecuarias, de un “*dominio público superreforzado*”¹. A diferencia

¹ ALENZA GARCÍA, J.F. *Vías pecuarias*. Ed. Civitas. Madrid, 2001 *in toto*. Y del mismo autor, “*Vías pecuarias*”, en S. MUÑOZ MACHADO, *Diccionario de Derecho administrativo*. Tomo II, Madrid, 2005. Págs. 2660 y ss.: “*con la LVP de 1995 las vías pecuarias dejan de ser una especie de dominio público relajado. La desaparición de las excepciones de imprescriptibilidad, del énfasis desamortizador, la emancipación de la antigua subordinación a las obras públicas, las nuevas finalidades de las vías pecuarias y en definitiva, el nuevo paradigma de las vías pecuarias han hecho que suban varios peldaños en esa escala de*

de otros bienes de dominio público, lo singular de las vías pecuarias es que el deslinde no sea preciso, en puridad, para otorgar la condición demanial del bien en cuestión. Lo determinante es la existencia de la vía pecuaria a todos los efectos de otorgar a esta vía la condición de demanial y lo que ello conlleva. Esto es así hasta el punto de que llega a razonarse que la protección que otorga el deslinde, en el caso de las vías pecuarias, es “*innecesaria*”².

En el fondo, la escasa trascendencia de la “*afectación*” en el caso de las vías pecuarias, se ha visto compensada por la importancia de la “*clasificación*” de las mismas. La “*clasificación*” ha sido la singularidad de la vía pecuaria como institución. Ha tenido aquélla distintos motivos a lo largo de los tiempos: clasificar las cañadas en necesarias e innecesarias; determinar la dirección, anchura y eje de las vías; determinar los terrenos sobrantes; resolver las modificaciones de trazado y permutas planteados en los procedimientos de clasificación. En todo caso, la “*clasificación*”, y no tanto el “*deslinde*”, es el acto que marca la existencia de una vía pecuaria y su anchura o dimensiones³.

demanialidad. Las vías pecuarias han pasado de ser un dominio público atenuado a convertirse en un dominio público superreforzado. Porque no sólo se afianzan las típicas notas del demanio (imprescriptibilidad, inalienabilidad) sino que se refuerzan otros sistemas de protección (como, por ejemplo, el deslinde que tiene eficacia bastante para rectificar las situaciones registrales que lo contradigan)”.

² “*Esta reforzada eficacia del deslinde era innecesaria. Primero porque en materia de vías pecuarias las inscripciones registrales por sí solas no han invalidado, ni paralizado nunca el deslinde de las vías pecuarias. Según la jurisprudencia el deslinde sólo debía respetar las inscripciones registrales cuando eran corroboradas por otras pruebas que acreditaran la prescripción o la inexistencia de la vía pecuaria. Segundo, porque es la clasificación la determinante de la existencia de las vías pecuarias. El deslinde es un acto subordinado a la clasificación, o bien, un acto de ejecución y complemento de la clasificación. Por ello, el deslinde de vías pecuarias siempre ha tenido eficacia más limitada que el practicado sobre otros bienes del dominio público.*” (ALENZA GARCÍA, J.F., en MUÑOZ MACHADO, S. *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid, 2005. Págs. 2660 y ss.).

³ La “*clasificación*” concreta o específica la declaración legal del dominio público sobre unos terrenos determinados. O dicho de otra forma: la “*clasificación*” de una vía pecuaria es el acto expreso de afectación singular de unos terrenos al dominio público cañadiego. La “*clasificación*” fijará la anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaria (artículo 7 de la citada LVP). Aquella se refiere, por tanto, a la determinación de la existencia y a la fijación de las características físicas generales de cada vía pecuaria, mientras que el deslinde se ocupará de las características concretas sin que pueda modificar lo dispuesto en la clasificación.

En general, conviene recordar (con la STC 227/1988, de 29 de noviembre) que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación de los poderes públicos, como una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*.

La imprescriptibilidad, en particular, supone para los bienes demaniales la inaplicación de las normas recogidas en los artículos 1930 y siguientes del CC⁴. Dichos preceptos permiten la adquisición de los bienes privados por quien los posee durante cierto tiempo con ciertas condiciones (artículos 1957 y 1959 CC)⁵.

Es cierto que podría afirmarse la desafectación tácita respecto de los bienes demaniales, incluso siguiendo la doctrina que así lo admite. Pero en el caso de las vías pecuarias la desafectación tiene tintes particulares ya que exige la necesidad de seguir un procedimiento formal al efecto (artículos 10 LVP y 15 de la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha).

Todas estas afirmaciones llevan a la posibilidad de la aplicación de las potestades de “*modificación*” del trazado de las vías pecuarias (artículos 11 de la ley estatal y 17 y ss. de la ley autonómica). De la Ley citada en último lugar puede seleccionarse el artículo 19 para el caso de vías pecuarias que transcurran por tramos urbanos, *admitiendo la modificación de sus itinerarios por trazados alternativos*; o el propio artículo 17, cuando admite la *modificación “por interés particular”*.

Este cauce de la modificación puede ser oportuno si excepcionalmente se quiere consolidar la ocupación de una vía pecuaria legítimamente, tal como deja corroborar la jurisprudencia. La STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 de febrero de 2001 (JUR 2001\116230) frente a la invocación de usurpación de terrenos de dominio público no desafectados, hecha por la parte actora, afirma que no hay usurpación alguna porque se ha producido la “*modificación*” de la vía pecuaria: “*Se alega por la parte actora la usurpación por el Plan Parcial de terrenos de dominio público no desafectados. El art. 11 de la Ley 3/95 de 23 de marzo recoge la modificación de vías pecuarias por razones de interés público, sin duda la finalidad de los planes es la ordenación del territorio, razón en definitiva de interés público que justifica la modificación del trazado de las vías pecuarias, conforme al art. 12 de la Ley, si bien debe entenderse referida al período de ejecución. Por otra parte, está acreditada la conformidad de la Consejería de Medio Ambiente a la propuesta de modificación del trazado de las vías*”.

⁴ Señala la STAP Teruel de 31 de mayo de 2000 (AC 2000\1181), que “...siguiendo la línea que ha fijado dicho Alto Tribunal es, pues, requisito fundamental e inexcusable, la posesión del inmueble que se pretenda adquirir por usucapión. Esto nos lleva a resaltar las características del objeto a usucapir que, como dice el art. 1936 debe estar en el comercio de los hombres y ser susceptible de apropiación.”

⁵ Según comenta BERMEJO VERA, J. (dir.). *Derecho Administrativo. Parte especial*. Madrid, 1996. Pág. 323.

Esta solución concilia intereses públicos y privados.

La posición generalmente comprometida del Ayuntamiento queda igualmente satisfecha. De lo contrario, si un Consistorio procede a autorizar licencias de obras sobre una vía pecuaria, sin mayor consideración, este hecho puede acarrear precisamente responsabilidad administrativa del propio Ayuntamiento (STSJ Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2000 (JUR 2001\70434): “...se desprende que la situación relatada y los daños y perjuicios alegados por los recurrentes tiene su causa inmediata y eficaz en la sucesiva concesión de licencias por parte del Ayuntamiento de Godolleta, que autorizó de forma explícita la segregación de una finca, la construcción de vallado y, finalmente, la edificación de una vivienda sobre una vía pecuaria, en contra de la realidad jurídica de la existencia de la Cañada Real de Cuenca en la forma descrita por la OM de 6-11-1970. Se darán, pues, los requisitos legales para estimar la pretensión actora, toda vez que existen unos daños y perjuicios económicamente cuantificables, indebidamente causados por el funcionamiento de un servicio público municipal, en clara conexión de causalidad. (...). En consecuencia, procederá estimar el recurso contencioso-administrativo planteado contra el Ayuntamiento de Godolleta, absolviendo a la Generalitat Valenciana de la pretensión actora”.

Frente al problema que ha sido planteado la solución urbanística puede revelarse como la más adecuada, tal como por otra parte se ha puesto de manifiesto⁶ partiendo de que las vías pecuarias han de integrarse en los núcleos urbanos como elementos del sistema general de comunicaciones (considerando que las vías pecuarias son vías de comunicación) o del sistema general de espacios libres (enlazando con parques y jardines urbanos o como accesos peatonales o cicloturísticos en el contexto de los usos recreativos-turísticos o culturales).

Soluciones de este tipo ya han sido llevadas a la práctica con el refrendo de los Tribunales de Justicia, como es el caso de la STSJ Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, de 29 de julio (RJ 2003\360):

“En primer lugar, conviene señalar que la aprobación de un trazado alternativo del camino tradicional de Los Marqueses, como solución a los problemas derivados de la

⁶ PORTO REY, E y FRANCO CASTELLANOS, C. *Urbanismo y vías pecuarias*. Ed. Montecorvo. Madrid, 2000. Págs. 38 y ss.

ocupación del camino de uso público por los propietarios de terrenos colindantes, implica una modificación puntual del Plan General de Ordenación de Tacoronte, en cuanto que el camino rural está contemplado dentro de la red de caminos rurales de dicho municipio. Por lo tanto, lo que atañe a la aprobación de este trazado alternativo no es materia de gestión urbanística –como afirma la asesoría jurídica del Ayuntamiento– sino de planeamiento; la modificación del mismo requiere el mismo procedimiento seguido para su aprobación (artículo 49.1 LS/1976 (RCL 1976, 1192); la Ley 9/1999 de 13 de mayo (RCL 1999, 1579), no es aplicable a este caso).

El Ayuntamiento tenía dos opciones: o ejercer su potestad de recuperación de oficio del camino público o desafectar del uso público la parte del camino ocupada por los propietarios colindantes y proceder a la modificación del planeamiento para la aprobación de un trazado alternativo; pues sólo este instrumento permite la actuación que se propone de ejecutar un nuevo trazado para el camino rural. Para llevar a cabo esta segunda opción, sin duda, el convenio urbanístico con los propietarios afectados era un instrumento idóneo, a fin de resolver el problema de compensación al Ayuntamiento por los terrenos desafectados”.

En consonancia, el Ayuntamiento, en ejercicio de su potestad de planeamiento, podrá buscar el emplazamiento más adecuado a favor de la vía pecuaria.

La mejor satisfacción de los intereses públicos puede pasar por esta “*solución urbanística*” del problema. Incluso si hubiera uso ganadero lo razonable es que la vía pecuaria salga del entorno urbano creando “*una especie de circunvalación*”.

La posibilidad de hacer esta operación sustituyendo la vía pecuaria afectada por un trazado alternativo a través de los correspondientes en caminos públicos locales, siempre que se garantice la continuidad del trazado original de aquella, no parece excesivamente compleja, hasta el punto de que “*frecuentemente las vías pecuarias suelen ser confundidas con caminos públicos (...)*” según L. MARTÍN REBOLLO “*Régimen jurídico de los caminos*”, en *Homenaje al Prof. L. M.S: Marienhoff*, Buenos Aires 1998, p. 1123) y una constante jurisprudencia, que viene incluso equiparándolos (cfr. STS de 19 de mayo de 1962; STS de 5 de marzo de 1977, STS de 3 de junio de 1998, etc.).

Las claves para dilucidar cuándo procede o *puede ser exigible*, la potestad de modificación del trazado de la vía pecuaria, las proporciona la propia legislación reguladora de vías pecuarias. Según la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, se prevén con los siguientes contornos las potestades de desclasificación y de modificación del trazado de las vías pecuarias:

La potestad de desafectación se recoge en el artículo 10 de la citada Ley estatal y en el artículo 11 la de “*modificaciones del trazado*” (o en el 13 “*modificaciones por la realización de obras públicas sobre terrenos de vías pecuarias*”, y artículo 12 “*modificaciones del trazado como consecuencia de una nueva ordenación territorial*”). Los presupuestos son similares en uno u otro caso de modificación del vial pecuario, pero interesa incidir en el artículo 12.

En esencia, en estas zonas objeto de cualquier forma de ordenación territorial (por tanto, también urbanística), se permite realizar un nuevo trazado siempre y cuando se asegure el mantenimiento de la integridad superficial, la idoneidad de los itinerarios y la continuidad de los trazados (...).

En estos casos de modificaciones de trazado doctrinalmente se destaca que estamos ante una desafectación previa o simultánea de la vía pecuaria para ser destinada ésta a otros fines de interés público *o particular*, modificación que representará generalmente una carga del promotor del proyecto asumiendo los costes del nuevo trazado si los hubiere o salvo pacto de otra forma, siendo obligada una remisión a la legislación de patrimonio y de bienes de las entidades locales para completar la regulación de estos actos de disposición. Ya el sentido incluso histórico de la clasificación de las vías pecuarias estaba en hacer posible su posterior enajenación *o permuta* o cambio de trazado.

En relación con las “*modificaciones del trazado como consecuencia de una nueva ordenación territorial*” se destaca que “*la ordenación territorial es fundamental en la protección y conservación de las cañadas*”.

En lo competencial corresponde en principio a los planes territoriales o urbanísticos decidir sobre la alteración del trazado de las vías pecuarias, aunque con la conformidad de la Administración competente en materia de vías pecuarias. Así, la STSJ Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de julio de 2000 (JUR 2000\286103) indica las necesarias formalidades que ha de seguir una actuación de esta naturaleza:

“En lo referente a la modificación del trazado de las vías pecuarias a través de la modificación del PGOU, si bien el art. 12 de la Ley 3/1995 de 23 de Marzo sobre vías pecuarias admite que esta pueda realizarse con ocasión de una nueva ordenación del territorio ello no implica que esta se efectúe de forma totalmente arbitraria, sin sometimiento a información pública y sin las consultas preceptivas que establece la Ley en su art. 11, ya que el hecho de que el legislador haya querido facilitar el que se produzca una modificación de las vías pecuarias en el seno de una modificación urba-

*nística no implica el que se vulneren los derechos de los particulares y asociaciones interesadas con modificaciones carentes de procedimiento*⁷.

Desde el punto de vista sustantivo, la propuesta de la modificación del trazado original de la vía pecuaria, que pasaría a asentarse sobre un camino rural de titularidad originariamente municipal, resulta posible mediante el empleo del instrumento jurídico de la “*mutación demanial*” al cual nos hemos referido antes.

La originaria vía pecuaria pasaría (como hemos visto, a través de la oportuna modificación del planeamiento urbanístico) a cobrar naturaleza de vía urbana (ya sea sistema local, ya sea general de comunicaciones). Por su parte, el camino rural municipal configuraría el nuevo trazado alternativo de la vía pecuaria, asegurando el mantenimiento de su integridad, la idoneidad del nuevo itinerario para el tránsito ganadero, sin discontinuidades ni obstáculos que lo dificultasen, y sin impedir los usos compatibles y complementarios de la propia vía.

Cuestión que se suscita es la relativa al mantenimiento en el nuevo trazado de la integridad superficial de la vía pecuaria originaria a que hace referencia el artículo 11.1 LVP; superficie que en la práctica fácilmente podría ser superior a la del camino rural municipal que la supla.

Ante ello, optar por el recurso de acrecentamiento de este bien originariamente municipal, por expropiación o cualesquiera otros medios, hasta lograr alcanzar la referida extensión superficial no nos conduciría sino a una mera traslación del problema planteado originariamente en la vía pecuaria. Solución que no resultaría sino obtusa. Se hace preciso, por tanto, el buscar otras soluciones alternativas en el seno de la normativa vigente.

Una solución puede ser la de resolver el déficit superficial entre la vía primera y su alternativa, a través de la dotación a ésta de, llamémoslos, “*elementos accesorios al servicio de la vía pecuaria*”, los cuales vienen definidos en el artículo 4.3 LVP estatal.

Así, si por vías pecuarias se entienden, conforme al artículo 1.2 LVP, “*las rutas o itinerarios por donde discurre o ha venido discuriendo tradicionalmente el trán-*

⁷ Véase en el mismo sentido también la en parte anteriormente transcrita STSJ Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, de 29 de julio (RJ 2003360).

sito ganadero”, conforme al citado artículo 4.3 LVP también formarán parte de las mismas “*los abrevaderos, descansaderos, majadas y demás lugares asociados al tránsito ganadero tendrán la superficie que determine el acto administrativo de clasificación de vías pecuarias. Asimismo, la anchura de las coladas será determinada por dicho acto de clasificación.*”

En suma se trataría de, garantizados los aspectos esenciales de la vía alternativa, en particular su itinerario y fines, colmar la exigencia de la cabida superficial del artículo 11.1 LVP por medio de extensiones colindantes con su recorrido que tuviesen la naturaleza y destino de *abrevaderos, descansaderos, majadas y demás lugares asociados al tránsito ganadero* a que se refiere el artículo 1.2 de esa misma norma.

Naturaleza y destino que han de ser considerados en un sentido amplio y en todo caso acorde con los nuevos usos y fines que, hoy en día, y con reflejo en su propia normativa, presentan las vías pecuarias. En particular nos referimos a la posibilidad de que la superficie de la vía pecuaria no cubierta por el nuevo trazado –digamos *propio* o *esencial*– de ésta pudiera cubrirse, por ejemplo con la dotación de un espacio libre –parque– periurbano a la misma, uso perfectamente compatible con esa nueva configuración de uso de nuevas actividades de las vías pecuarias de esparcimiento, recreo y ocio, que fue sido expresamente recogida en el artículo 1.3 LVP: “*Asimismo, las vías pecuarias podrán ser destinadas a otros usos compatibles y complementarios en términos acordes con su naturaleza y sus fines, dando prioridad al tránsito ganadero y otros usos rurales, e inspirándose en el desarrollo sostenible y el respeto al medio ambiente, al paisaje y al patrimonio natural y cultural*”⁸.

Con todo lo anterior cumplido, hay que sentar que el *quid*, en torno a la problemática que nos ha ocupado, puede estar en entender no sólo posible sino además obligado el ejercicio de la potestad de modificación del trazado de la vía pecuaria. Cabe razonar jurídicamente a favor del ejercicio obligado de la potestad de modificación del trazado de la vía pecuaria. Se trataría de aplicar la doctrina de la *reducción de la discrecionalidad a cero* en casos de inactividad administrativa⁹.

⁸ En idéntico sentido señala el artículo 4 LVPCLM: “*El destino específico de las vías pecuarias es el tránsito ganadero, y aquellos otros de carácter rural que sean compatibles y complementarios de aquel, conforme se dispone en la Ley 3/95, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias y respetuosos con el medio ambiente, el paisaje y el patrimonio natural y cultural.*”

⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Tecnos, Madrid, 1999.