

Publicado en Actualidad Jurídica Ambiental el 29 de junio de 2020

**“NUEVO CONFLICTO AMBIENTAL: CONSECUENCIAS JURÍDICO-
PENALES DE LA INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO
HIDRÁULICO”**

“NEW ENVIRONMENTAL CONFLICT: LEGAL-CRIMINAL
CONSEQUENCES OF THE INVASION OF THE HYDRAULIC
PUBLIC DOMAIN”

Autor: Manuel Rodríguez Monserrat, Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz

Autor: José Carlos Lara Barrientos, Abogado y Profesor honorario de la Universidad de Cádiz

Fecha de recepción: 14/04/2020

Fecha de aceptación: 04/05/2020

Resumen:

En los últimos años se ha puesto de relieve la cantidad de infracciones que afectan al medio ambiente generando un incremento de los riesgos de sufrir daños de difícil reparación. La normativa administrativa regula detalladamente los cauces que deben seguirse para evitar el deterioro de nuestro entorno. Sin embargo, a veces, los medios de interpretación normativa son contradictorios o, no se respetan. El caso Ballenoil es un ejemplo de los problemas que genera a nivel jurídico conceptos abstractos establecidos en las leyes, así como la falta de interés o rigor en la aplicación de determinadas prerrogativas legales que afectan concretamente al Dominio Público Hidráulico.

Abstract:

In recent years, the number of infractions that affect the environment has been alleviated, generating an increased risk of damage that is difficult to repair. The administrative regulations specifically regulated the channels that must be

followed to avoid the displacement of our environment. However, sometimes the means of normative interpretation are contradictory, not respected. The Ballenoil case is an example of the problems generated by a legal level, abstract concepts established in the laws, as well as the lack of interest or rigor in the application of the legal prerogative norms that affect the Public Hydraulic Domain.

Palabras clave: Dominio Público Hidráulico. Prevaricación. Medio ambiente. Seguridad jurídica.

Keywords: Public Hydraulic Domain. Prevarication. Environment. Legal certainty.

Sumario:

1. Introducción
2. Antecedentes
3. Cuestiones claves
 - 3.1. La interpretación del PGOU en relación a la calificación de la zona como equipamiento público
 - 3.2. La construcción de gasolineras en DPH
 - 3.3. El requerimiento de la “autorización previa” como fundamento de la prevaricación administrativa
4. Conclusiones
5. Bibliografía

Summary

1. Introduction
2. Background
3. Key issues
 - 3.1. The interpretation of the PGOU in relation to the classification of the area as public equipment
 - 3.2. The construction of gas stations at DPH
 - 3.3. The requirement of "prior authorization" as the basis for administrative prevarication
4. Conclusions
5. Bibliography

Tabla de ilustraciones:

Ilustración 1: PGOU (Zona de la finca afectada)	88
Ilustración 2: Cauce Cachón junto a la gasolinera (Fuente: google maps)	89
Ilustración 3: Confluencia entre el cauce y el Río Palmones (Fuente: google maps)	89
Ilustración 4: Casilla de determinaciones complementarias (PGOU)	91
Ilustración 5: Situación del Río Palmones (Fuente: google maps)	95

1. INTRODUCCIÓN

Las infracciones urbanísticas y de la legislación medioambiental en las zonas del litoral español son bastante conocidas. En 2019, se hicieron públicos los resultados de la Memoria Anual de la Fiscalía en la que se destacaba que los tribunales españoles dictaron en 2018 un total de 1.063 sentencias condenatorias y 340 sentencias absolutorias por delitos relacionados con el medio ambiente o el urbanismo. Mientras que en el año 2017 se incoaron 2.525 diligencias de investigación, en 2018 ascendió a la cifra 3.023. En muchos de los casos son investigados autoridades y funcionarios públicos por la comisión de determinados delitos relacionados con el medio ambiente y el urbanismo. Esta rama del Derecho suele plantear problemas en el estudio y análisis de los casos, dado el extenso volumen de los expedientes, las normativas estatales, autonómicas y locales que pueden aplicarse sobre el asunto, y las posibilidades de que un caso administrativo pueda derivar en un procedimiento penal al amparo del Título XVI “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”. El debate sobre el concepto de medio ambiente no es nuevo y suele entenderse que el mismo “es la suma de la tierra, el agua y el aire”, en el que el ser humano deja su huella a través del desarrollo industrial y económico para aprovechar sus recursos. En consecuencia, “la protección ambiental debe llevar por parte de la vía administrativa por la necesidad de licencias, controles, informes, dictámenes, revisiones y establecimiento de unas pautas generales y específicas para cada actividad social, económica y, en resumen, humana que pueda de algún modo crear o modificar entornos cuyo disfrute a fin de cuentas es de la colectividad”¹.

Actualmente, existe un nuevo caso que genera conflictos en la interpretación y aplicación del Derecho urbanístico y medioambiental, por no apreciarse la necesidad del respeto de la normativa, ni de los controles ni licencias necesarios

¹ CONSEJO GENERAL ABOGACÍA ESPAÑOLA. [La Justicia dictó en 2018 un total de 1.063 condenas y 340 absoluciones por delitos de medio ambiente o urbanismo](#) (Consultado el 11 de septiembre de 2019). IGLESIAS CASTRO, J.J., RODRÍGUEZ MONSERRAT, M. “la protección penal del medio ambiente como derecho colectivo en el derecho comparado hispanoamericano”. *Revista General de Derecho Penal*, nº 28, 2017, p. 1 y 28.

antes de iniciar cualquier actividad que pueda provocar daños en el medio ambiente. Se trata de la construcción de una gasolinera que invade zona de servidumbre y zona de policía, situándose a menos de 30 metros de un cauce. Aunque pueda tratarse de un caso más que ocupará su lugar en las estadísticas oficiales y que al mismo tiempo ha saltado a los medios de comunicación locales, el asunto puede tener un especial interés jurídico debido a que se plantean dos cuestiones que los tribunales tendrán que interpretar y que afectarán a futuro al entendiendo de los Planeamientos Generales de Ordenación Urbana (en adelante, PGOU) y a la normativa sectorial que regula el Dominio Público Hidráulico (en adelante, DPH). En consecuencia, su resolución puede tener incidencia en otros supuestos relacionados con el medio ambiente, concretamente, con el DPH. Sin olvidar por otro lado que, dependiendo de dicha interpretación, podría incluso apreciarse la comisión de un delito de prevaricación administrativa.

Con el presente trabajo se desarrolla un análisis sobre los antecedentes del caso expuesto para posteriormente examinar las cuestiones jurídicas de especial interés que los tribunales deberán aclarar.

2. ANTECEDENTES

El asunto se convierte en debate público debido a la denuncia de partidos de la oposición en el Ayuntamiento de Algeciras por la “supuesta ilegalidad urbanística en relación a la construcción de la gasolinera Ballenoil del polígono La Menacha. Según la formación, el Ayuntamiento de Algeciras concedió la licencia de obra sin exigir la autorización al departamento de Dominio Público Hidráulico de la Junta de Andalucía para conocer si afectaba o no al arroyo Cachón a su paso por la zona”². Concretamente, la obra invadía zona de servidumbre y zona de policía de dicho cauce³.

Dicha denuncia, que se encuentra actualmente en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Algeciras, puso el foco en la situación urbanística de la finca dónde se ha construido la gasolinera. Según datos obrantes en el Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Algeciras, la gasolinera se

² REDACCIÓN. “[Adelante Algeciras denuncia irregularidades en la gasolinera Ballenoil](#)”. *Europa Sur*, 20 de febrero de 2019 (Consultado el 11 de junio de 2019).

³ *Ibidem*, nota 2. REDACCIÓN. “[Acusan a Landaluce de ocultar una ilegalidad urbanística en la gasolinera de La Menacha](#)”. *Algeciras al minuto*, 17 de septiembre de 2019 (consultado el 18 de septiembre de 2019).

encuentra situada en una parcela calificada de “equipamiento público” y parte de la misma se sitúa en zona verde⁴.

En la siguiente fotografía, se sitúa un círculo en rojo sobre la situación exacta de la gasolinera dónde se puede apreciar la zona verde que se invade.



Ilustración 1: PGOU (Zona de la finca afectada).

A dichas apreciaciones había que añadirle un dato preocupante. La zona estaba calificada como inundable. En varios informes de la Junta de Andalucía se pone de manifiesto que en el sector dónde se encuentra la gasolinera existe un riesgo alto de inundaciones⁵. Del mismo modo, en el Estudio Hidrológico de la Cuenca del río Palmones de la Secretaría General de Aguas de la Consejería de Obras Públicas y Transportes se establece como zona de alto riesgo, ya que “se ve amenazada por el retorno de las avenidas que pudieran producirse a través del cauce de un arroyo situado inmediatamente aguas arriba del puente de la A-7. El estudio en cuestión considera que el viario de acceso al polígono industrial desde la A-7 actúa como defensa frente a las inundaciones, salvo en un pequeño tramo localizado en el entorno del cauce del arroyo, que queda por debajo de la

⁴ En relación al concepto de equipamiento público el artículo 164 del PGOU de Algeciras establece que constituyen equipamientos y servicios públicos “aquellas actividades del territorio relacionadas con la prestación de un uso o un servicio público propiamente dichos, abiertos a la comunidad en general, gratuitos o tasados, de propiedad pública o privada o por concesión administrativa y que constituyen, en términos generales, servicios no destinados a la venta directa de bienes o productos en el mercado. Comprende los sistemas generales y locales de equipamiento”. El cambio de calificación conlleva necesariamente medidas compensatorias en la zona afectada para proveer del espacio público establecido en el [Plan General. Ayuntamiento de Algeciras. Planeamiento General Municipal de Ordenación de Algeciras](#) (consultado el 18 de febrero de 2020).

⁵ Informe de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía. Secretaría General de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Plan especial y supramunicipal del curso medio y bajo del Río Palmones. Memoria. Tomo I. Aprobación definitiva marzo de 2012, p. 44.

cota de protección”⁶. Igualmente, en dicha memoria el Río Palmones aparece como área de riesgo potencial significativo de inundación (ARPSIs)⁷.

Para ilustrar con mayor precisión la cuestión se incluyen las siguientes fotografías para que se aprecie la existencia de las características relatadas. En la ilustración 2, que se toma justo en el centro del puente que atraviesa el cauce, puede observarse el cauce Cachón, a la derecha un sector de zona verde, y justo al lado la gasolinera objeto de estudio. En la ilustración 3 puede observarse el otro lado del cauce desde la misma posición del puente y, su desembocadura en el caudaloso Río Palmones.



Ilustración 2: Cauce Cachón junto a la gasolinera (Fuente: google maps).



Ilustración 3: Confluencia entre el cauce y el Río Palmones (Fuente: google maps).

Recapitulando sobre las variables claves del asunto, la finca se sitúa en zona de equipamiento público, invade zona verde, invadió zona de DPH y es zona declarada de alto riesgo por inundaciones. A todo lo anterior, habría que añadirle la denuncia por la presunta falta de la correspondiente solicitud al DPH para que autorizase las obras. Concurren varios elementos con una gran trascendencia desde un punto de vista legal y del que se derivan debates interesantes. Si la parcela se construyó o no en zona inundable es una cuestión meramente técnica y dependerá de los informes existentes en el momento de la

⁶ Informe de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, nota 5, p. 60 y 62.

⁷ *Ibidem*, p. 29 y 31.

construcción. Del mismo modo, será una cuestión técnica constatar en los planos la invasión o no de una zona verde. Sin embargo, tres son las cuestiones que pueden “marcar tendencia” en el futuro del derecho urbanístico y de medioambiente: 1) La interpretación de los PGOU; 2) La posibilidad de construir gasolineras en zona de policía; 3) La consideración penal de las debidas autorizaciones previas. En los tres puntos señalados existen cuestiones jurídicas que deberán aclarar los tribunales en relación a la interpretación de los PGOU y del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (RD 849/1986).

3. CUESTIONES CLAVES

3.1. La interpretación del PGOU en relación a la calificación de la zona como equipamiento público

Antes de la aprobación del PGOU se encontraba en vigor el Plan Parcial aprobado el 6 de marzo de 1995, en el cual se fijaba que la citada parcela no constituía suelo de equipamiento público, a diferencia de lo que se recoge actualmente en el PGOU. Aunque a priori se podría considerar que la norma posterior prevalece sobre la anterior, las Normas Urbanísticas del Ayuntamiento de Algeciras establecen un cauce distinto. El PGOU “posee naturaleza jurídica reglamentaria” (art. 3 NNUU) y sus efectos son de carácter “público, ejecutivo y obligatorio” (art. 7 NNUU). En este sentido, “el Plan General y los planes que lo desarrollen obligan o vinculan por igual a cualquier persona física o jurídica, pública o privada siendo el incumplimiento estricto de sus términos y determinación” exigible por cualquiera (art. 10 NNUU). Sin embargo, no se puede descartar la aplicación del Plan Parcial, ni considerarlo derogado. La citada parcela se encuadra dentro de los “ámbitos de planeamiento incorporados” (API). Respecto a los API el PGOU “asume genéricamente” las determinaciones del planeamiento de desarrollo (lo que equivaldría al Plan Parcial antecedente), estableciendo dos “sencillas reglas de interpretación: Cuando la casilla bajo la rúbrica “determinaciones complementarias” de la ficha de la zona “esté en blanco se sobreentiende que el planeamiento inmediatamente antecedente se asume íntegramente” (apartado 5 art. 313 NNUU). En este sentido, se continúa estableciendo que “en el caso de discrepancia entre el planeamiento antecedente y el Plano de Ordenación, se consideran predominantes las determinaciones específicas de los expedientes de origen, en todo lo que no figure expresamente en la casilla de determinaciones complementarias de la ficha”.

La regulación de dicha casilla de determinaciones complementarias se realiza muy vagamente al establecerse junto a otros datos que “la ordenación y el ámbito de actuación se corresponde básicamente con la zona industrial del Plan Parcial aprobado el 6/03/95”, tal y como puede apreciarse a continuación. Igualmente, se establecen otras características en otros apartados de la ficha.

DETERMINACIONES COMPLEMENTARIAS
Las parcelas A: Industria Nido. Tipología: Naves adosadas. Edificabilidad: 1 m ² /m ² Las parcelas B: Industria Aislada. Tipología: Aislada. Edificabilidad: 1 m ² /m ² Las parcelas C: Comercial - Terciario. Tipología: Aislada. Ocupación máxima: 60% Edificabilidad: 0,9 m ² /m ² Altura: 11 plantas (10 m). Ámbito de Planeamiento Incorporado (artículo 313.5b). La ordenación y el ámbito de actuación se corresponden básicamente con la zona Industrial del Plan Parcial del Sector "La Menocha" aprobado definitivamente el 6/03/95. * Las Secciones referidas en las Condiciones de Edificación y Uso

Ilustración 4: Casilla de determinaciones complementarias (PGOU).

En base a todo lo anterior, si el redactor del PGOU hubiese tenido como intención que en la determinada parcela se asumiese íntegramente la normativa anterior, la casilla de determinaciones complementarias debería aparecer completamente en blanco. Sin embargo, dicha casilla no aparece en blanco, y por lo tanto no se puede entender que el redactor tuviese la finalidad de asumir íntegramente la normativa precedente. Pero, por otro lado, tampoco figura expresamente en la casilla de determinaciones complementarias los cambios en la citada parcela, y, por lo tanto, también podría entenderse que debería aplicarse el Plan Parcial de 1995.

El fondo del asunto está en interpretar que ha querido manifestar el redactor de la ficha al establecer “se corresponde básicamente”. Al omitir la casilla en blanco y al no manifestar la correspondencia en la totalidad de los términos del Plan Parcial de 1995, se generan serias dudas en la aplicación de los preceptos del PGOU, ya que podría entenderse fácilmente que se corresponde en cuestiones básicas, pero se asumen cambios con la regulación vigente, pública, ejecutiva y obligatoria que proporciona el PGOU. Sin embargo, incluso en el caso de que se tomase por válido el planteamiento de que prevalece el Plan Parcial de desarrollo de 1995, dadas las características del terreno y la actividad que se ha conseguido instaurar (estación de suministros de carburantes en zona de policía), conviene tener en cuenta las posibilidades de someter a evaluación ambiental estratégica por los efectos significativos en el medio ambiente que podría provocar la actividad en el cauce, y en consecuencia en el río. El Tribunal Supremo ha recordado que “la exigencia de evaluación ambiental estratégica no se limita al planeamiento general o a su revisión, sino que alcanza a «planes y programas» en general, «así como sus modificaciones» de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2006 y el artículo 2 de la Directiva 2001/42/CE, y que la legislación ambiental autonómica preexistente «debía ser interpretada conforme a lo dispuesto por la Directiva y la Ley 9/2006 citada, y no de manera contradictoria a lo que dichas normas establecen»⁸.

El posicionamiento de los tribunales sobre la explicación de un concepto tan específico como el que constituye la casilla de determinaciones complementarias como criterio interpretador de zonas calificadas como API deberá establecerse atendiendo a argumentos lógicos. En este sentido, el Tribunal Supremo entendió ante contradicciones pertenecientes al mismo planeamiento que “debe salvarse en beneficio de la interpretación más lógica”⁹, que en el presente caso consistiría en aplicar el Plan Parcial básicamente, asumiendo las modificaciones que se incorporan en el Planeamiento General vigente, al observarse que en la casilla de determinaciones complementarias se establecen bastantes cambios tal y como puede apreciarse. Por otro lado, la casilla tampoco figura en blanco como requiere la normativa para que se aplique en su totalidad el expediente de origen. Por lo tanto, podría afirmarse que la parcela en cuestión está destinada a equipamiento público y no puede destinarse de forma particular al suministro de carburantes.

La adopción de una postura de “interpretación extensiva” del Plan Parcial podría permitir la normalización de actuaciones originariamente irregular en suelo urbano. MORELO LINDE destacaba que “la normalización de las actuaciones irregulares es un objetivo legítimo de un plan, ha de indicarse que ese propósito no puede desconocer la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido, cuando una actuación urbanística ha sido declarada irregular por resolución judicial, la posibilidad de que una actuación pueda o no ser legalizada dependerá en última instancia de que el órgano jurisdiccional aprecie o no que concurren las circunstancias que justifican una declaración de imposibilidad de ejecución de aquella resolución. Sin perjuicio de ello, en estos casos, la intervención del planificador no deja de ser decisiva en orden a la legalización de la actuación, pues, por una parte, la existencia de una ordenación urbanística que dé cobertura a la actuación irregular constituye un requisito esencial para que el tribunal declare la inejecución de la sentencia; por otra, porque el planificador será el que defina el régimen aplicable a esa actuación en adelante”¹⁰. Por otro lado, una “interpretación restrictiva” podría plantear la

⁸ PIZARRO NEVADO, R. “Evaluación ambiental estratégica de planes especiales”. *Revista General de Derecho Administrativo*. N° 43, 2016, p. 2.

⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia de 7 noviembre 1995. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias.

¹⁰ En este sentido, se afirmaba que “la normalización de actuaciones irregulares en suelo urbano es tratada en el derecho urbanístico andaluz en la disposición adicional décima de la LOUA. Este precepto prevé que las actuaciones irregulares pueden integrarse

nulidad de determinados apartados del planeamiento urbanístico que podría dar lugar a las correspondientes reclamaciones por parte de los afectados¹¹.

3.2. La construcción de gasolineras en DPH

La segunda cuestión relevante en el caso lo constituye el contenido de la normativa sectorial en materia de DPH, siendo de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido De La Ley De Aguas que tiene como objeto “la regulación del dominio público hidráulico” (art. 2 RDL 1/2001). Por DPH se entiende el “espacio comprendido por los cauces, estimándose su límite exterior, según la Ley de Aguas, en la media de las máximas avenidas de los últimos diez años”¹². En su ámbito de aplicación se incluyen “los cauces de corrientes naturales”, entendiéndose por cauce “el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias”. El contenido de la ley es reiterado en el Real Decreto 849/1986, De 11 De abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (RD 849/1986)¹³. El DPH “participa del régimen jurídico de los bienes públicos de Estado, de acuerdo con la clasificación que de los mismos hace el Art. 2 del TR de la Ley de Aguas, y por

urbanísticamente, cuando sean compatibles con el modelo urbano propuesto por una nueva ordenación, como actuaciones de dotación por incremento de aprovechamiento, dentro del suelo urbano no consolidado. Este tipo de actuación es regulado actualmente en el TRLSRU estatal (art. 7.1.b) y en la propia LOUA (arts. 45.2.B).c) y 55.3, fundamentalmente. Pero la disposición adicional décima de la LOUA no se limita a prever la posibilidad de integración de estas actuaciones en el planeamiento urbanístico, sino que proporciona una regulación integral del proceso normalizador”. MORENO LINDE, M. “La función normalizadora del planeamiento urbanístico, en especial en el suelo urbano. reflexiones al hilo de la anulación del plan general de ordenación urbanística de Marbella”. *Revista General de Derecho Administrativo*. N° 44, 2017, p. 38 y 39.

¹¹ ALONSO MAS, M.J. “La responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico”. *Revista General de Derecho Administrativo*. N° 52, 2019, p. 5 y ss.

¹² BARAJAS, S.M. “El dominio Público Hidráulico”. *El ecologista*. N° 23, 2000, p. 32. En este sentido, “los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, forman parte del dominio público hidráulico”. VILLARROYA ALDEA, C. “La delimitación del Dominio Público Hidráulico y el proyecto LINDE”. *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*. N° 36, 2004, p. 51.

¹³ FLORES MULERO I., TERUEL LOZANO, G.M., “Derecho de aguas. Títulos jurídicos para el aprovechamiento del Dominio Público Hidráulico”. *Anales de Derecho*. N 25, 2007, p. 516. La ley 29/1985, de 2 de agosto reemplazó a la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, una norma “más que centenaria”. GIL OLCINA, A. “Regalía de las aguas públicas y Dominio Público Hidráulico”. *Investigaciones geográficas*. N° 53, 2010, p. 18. Cfr. ALONSO MAS, C.L. *Agua y Dominio Público*. Tirant Lo Blanch, 4ª edición, 2016.

consiguiente, los mismos son imprescriptibles, inembargables e inalienables, de acuerdo con el Art. 132 de la Constitución Española de 1.978”¹⁴.

En relación a los cauces y los ríos, en la normativa se clasifica las zonas adyacentes para garantizar una serie de objetivos. El art. 6 establece que “los márgenes de los terrenos que lindan con dichos cauces están sujetos en toda su extensión longitudinal: a) A una zona de servidumbre de cinco metros de anchura para uso público, que se regula en este reglamento. b) A una zona de policía de cien metros de anchura, en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que en él se desarrollen”.

El establecimiento de dichas zonas al borde de los ríos y de los cauces obedece a una serie de finalidades, concretamente, para “la consecución de los objetivos de preservar el estado del dominio público hidráulico, prevenir el deterioro de los ecosistemas acuáticos, contribuyendo a su mejora, y proteger el régimen de las corrientes en avenidas, favoreciendo la función de los terrenos colindantes con los cauces en la laminación de caudales y carga sólida transportada” (art. 6 RD 849/1986). Por lo tanto, resulta rocambolesco que se pueda asimilar la construcción de una gasolinera a tan pocos metros de un cauce y de un río con un gran caudal. Sin embargo este tipo de actuaciones no tienen un carácter novedoso, ya que los movimientos ecologistas vienen denunciando la ocupación sistemática por parte de particulares del DPH como consecuencia de la dejación por parte de las Administraciones Públicas: han sido frecuentes las talas ilegales de arbolado, construcciones de todo tipo, etc.¹⁵.

Para hacerse una idea del caudal del Río Palmones y de la importancia medioambiental, basta con observar la fotografía que se presenta a continuación, en donde (A) es el Río Palmones, (B) la parte del cauce afectado, y (C) la situación de la gasolinera.

¹⁴ Tribunal Superior de justicia de Murcia (Contencioso-Administrativo, sección segunda). Sentencia 327/2018 (FJ 4º). Ponente: Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech.

¹⁵ BARAJAS, S.M., nota 12, p. 32. Entre las distintas presiones que se han detectado en los cauces, se pueden clasificar según la materia: 1. Urbanísticas (situación de casas, urbanizaciones, industrias, etc.); 2. Económicas (aprovechamientos hidroeléctricos, explotaciones agrarias, etc.); 3. Medioambientales y culturales; 4. Inestabilidad de los cauces; 5. Vertidos y depósitos (escombreras, basurero, etc.); y 6. Infraestructuras (carreteras, caminos, acequias, etc.). VILLARROYA ALDEA, C., nota 12, p. 56.



Ilustración 5: Situación del Río Palmones (Fuente: google maps)

Con carácter general, en la zona de servidumbre (una de las afectadas en el presente caso) “no se podrá realizar ningún tipo de construcción”. El artículo continúa detallando dicho aspecto, indicando una salvedad, “que resulte conveniente o necesaria para el uso del dominio público hidráulico o para su conservación y restauración”. En Este sentido establece que sólo se podrá autorizar en casos muy justificados (art. 7 del RD 849/1986). La construcción en dicho terreno por parte de cualquier empresa es totalmente incompatible con la normativa vigente. Es más, las modificaciones de la zona de servidumbre deben obedecer a “razones topográficas, hidrográficas, o si lo exigieran las características de la concesión de un aprovechamiento hidráulico” (art. 7 RD 849/1986). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia aclarando respecto a la zona de servidumbre que de la literalidad del artículo 7 RD 849/1986 “se desprende que el criterio para autorizar edificaciones en la zona de servidumbre, es igualmente restrictivo”¹⁶.

En cambio, en la zona de policía “la ejecución de cualquier obra o trabajo en la zona de policía de cauces precisará autorización administrativa previa del organismo de cuenca, sin perjuicio de los supuestos especiales regulados en el Reglamento. Dicha autorización será independiente de cualquier otra que haya de ser otorgada por los distintos órganos de las Administraciones públicas” (art. 9 RD 849/1986). Del mismo modo, el PGOU de Algeciras recoge en el artículo 237 que “quedan prohibidas las obras, construcciones o actuaciones que puedan dificultar el curso de las aguas en los cauces de los ríos (...), así como en los terrenos inundables durante las crecidas no ordinarias, sea cualquiera el régimen de propiedad y la clasificación de los terrenos”. Las obras en la zona de policía

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num. 86/2013 de 28 enero. Ponente: Ilma. Sra. M^a Isabel Alvarez Tejada.

también se regulan en el art. 78 RD 849/1986, que establece que “para realizar cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces, se exigirá la autorización previa al organismo de cuenca, a menos que el correspondiente Plan de Ordenación Urbana, otras figuras de ordenamiento urbanístico o planes de obras de la Administración, hubieran sido informados por el organismo de cuenca y hubieran recogido las oportunas previsiones formuladas al efecto. En todos los casos, los proyectos derivados del desarrollo del planeamiento deberán ser comunicados al organismo de cuenca para que se analicen las posibles afecciones al dominio público hidráulico y a lo dispuesto en el artículo 9, 9 bis, 9 ter, 9 quáter, 14 y 14 bis.”(..)¹⁷.

El hecho de que el inicio de actividades esté sujeta a autorizaciones implica que se necesita de un acto administrativo en el que se determine “en qué condiciones puede llevarse a cabo. El requisito de la autorización no puede ser sustituido por una actuación unilateral del interesado, aunque ésta pueda ser objeto de una autorización incluso en los mismos términos en que se está realizando. De otra forma, entre otras posibles consecuencias, se estaría privando por la vía de hecho a la Administración de la potestad de policía que subyace en estas autorizaciones para modular en el caso concreto la actividad de los particulares a fin de que se adecúe al interés general que con esa potestad se pretende salvaguardar”¹⁸.

¹⁷ Este precepto debe ponerse en contraposición con el art. 14. bis del RD 849/1986 que regula las zonas inundables de los terrenos, distinguiéndose entre “aquéllas que están incluidas dentro de la zona de policía que define el artículo 6.1.b) del TRLA, en la que la ejecución de cualquier obra o trabajo precisará autorización administrativa de los organismos de cuenca de acuerdo con el artículo 9.4, de aquellas otras zonas inundables situadas fuera de dicha zona de policía, en las que las actividades serán autorizadas por la administración competente con sujeción, al menos, a las limitaciones de uso que se establecen en este artículo, y al informe que emitirá con carácter previo la Administración hidráulica de conformidad con el artículo 25.4 del TRLA, a menos que el correspondiente Plan de Ordenación Urbana, otras figuras de ordenamiento urbanístico o planes de obras de la Administración, hubieran sido informados y hubieran recogido las oportunas previsiones formuladas al efecto”. La Comunidad Autónoma Andaluza dispone del Decreto 189/2002, de 2 de julio, por el que se aprueba el Plan de Prevención de avenidas e inundaciones en cauces urbanos andaluces.

¹⁸ Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Contencioso-Administrativo, sección segunda). Sentencia 327/2018 (FJ 1º). Ponente: Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech. En base a todo lo anterior también conviene resaltar el contenido de la normativa autonómica. La Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía establece en relación con la zona de policía que “solo podrán ser autorizadas por la Consejería competente en materia de agua aquellas actividades no vulnerables frente a las avenidas y que no supongan una reducción significativa de la capacidad de las vías de intenso desagüe” (art. 41 Ley 9/2010).

El hecho de que se haya permitido la construcción de la gasolinera en la zona de policía implica la eliminación de los instrumentos legales que permiten “preservar el estado del dominio público hidráulico” tal y como se establece en el art. 6 del RD 849/1986. Con el acto administrativo se destruyen las barreras de protección del cauce, construyéndose sobre dicho espacio defensivo una actividad económica que ante una contingencia podría quebrar otra de las finalidades del art. 6 del RD 849/1986, “prevenir el deterioro de los ecosistemas acuáticos”, concretamente el del Río Palmones en su desembocadura a la Bahía de Algeciras. No se debe olvidar que en el clima de la península ibérica “son frecuentes las lluvias torrenciales que producen riadas y avalanchas de agua que discurren por los cauces, aunque por éstos no haya circulado agua en años, arrastrando todo lo que encuentran a su paso”¹⁹. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirma que “la protección del dominio público hidráulico es la finalidad de la regulación sobre esta materia lo que exige la veraz determinación de las respectivas zonas previstas en las normas. ya sea zona de policía (art. 81) o de dominio público hidráulico que puedan afectarle al medio desde un punto de vista ecológico y con la garantía de restituirlo a su estado anterior”²⁰.

La pregunta clave en el asunto debe girar sobre la idea de si en condiciones normales, el órgano competente suele autorizar la construcción de estaciones de suministros de carburantes en zona de policía o servidumbre atendiendo a las finalidades que se desprenden de la normativa.

A pesar de todo lo analizado, existe una cuestión legal que permite vislumbrar la posición o los principios bajo los que las Administraciones Públicas deberían adoptar sus decisiones cuando se les presenta la posibilidad de establecer gasolineras u otro tipo de actividad de carácter contaminante cerca de los cauces²¹. El Real Decreto núm. 638/2016, de 9 de diciembre por el que se

¹⁹ BARAJAS, S.M., nota 12, p. 32. La capacidad interventora de la administración competente en materia de aguas sobre la gestión del DPH constituye una función “de naturaleza pública y administrativa realizadas con arreglo al procedimiento administrativo y ejerciendo potestades y prerrogativas públicas”. Tribunal Supremo (Sala tercera. Contencioso-Administrativo). Sentencia 14 de abril de 2005 (FJ 3). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó.

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia 329/2016 (FJ 5º). Ponente: Sr. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas.

²¹ Es importante destacar que investigadores de la Universidad han demostrado que los efectos contaminantes de las gasolineras se perciben a menos de 100 metros de las mismas. UNIVERSIDAD DE MURCIA. “[Investigadores de la UMU demuestran que la contaminación de las gasolineras se percibe a menos de 100 metros](#)”. *La Opinión de Murcia*, 23 de junio de 2011 (Consultado el 13 de marzo de 2020).

“modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico”²², que modificando el art. 9 ter y bajo la rúbrica “obras y construcciones en la zona de flujo preferente en suelos en situación básica de suelo urbanizado”, establece que “en el suelo que se encuentre en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 638/2016, de 9 de diciembre en la situación básica de suelo urbanizado de acuerdo con el artículo 21.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, se podrán realizar nuevas edificaciones, obras de reparación o rehabilitación siempre que (...) no se traten de nuevas instalaciones que almacenen, transformen, manipulen, generen o viertan productos que pudieran resultar perjudiciales para la salud humana y el entorno (suelo, agua, vegetación o fauna) como consecuencia de su arrastre, dilución o infiltración, en particular estaciones de suministro de carburante, depuradoras industriales”(..).

En el preámbulo de la norma se resalta el “importante avance en la gestión del riesgo de inundación, mediante, entre otros aspectos, la definición de la zona de flujo preferente, a la que puede ampliarse la zona de policía de acuerdo con la habilitación existente en el artículo 6 del TRLA”. Por lo tanto, en las zonas de flujo preferente en suelo urbanizado, que incluye zona de policía, se prohíben actividades que puedan ser perjudiciales para la salud humana y el entorno, concretamente, las estaciones de suministro de carburante. En este sentido, también se prohíben la estación de suministros en la zona de flujo preferente en suelo rural (art. 9 bis del RD 638/2016). Es importante la diferenciación y relación de conceptos para evitar problemas de definición. Los conceptos que podrían dar lugar a confusión son: Suelo urbano, suelo urbanizado, o suelo urbanizable. El art. 21 de la Ley de Suelo de 2015 (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre) bajo la rúbrica “situaciones básicas del suelo”, establece que “todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado. Siendo considerado suelo urbanizado el que estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) Haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación” (...).

²² Aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11-4-1986 (RCL 1986\1338), el Reglamento de Planificación Hidrológica, aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6-7-2007 (RCL 2007\1334), y otros reglamentos en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales. Cfr. JUNCEDA MORENO, J. “Urbanismo. Zonas inundables. Afectación en el ámbito urbanístico”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 7/2012, 2012, p. 1 y ss.

En base a todo lo anterior, son muchos los interrogantes que deberán ser aclarados. La clasificación de las zonas de DPH obedece a una finalidad ambiental, que busca proteger los ecosistemas y el régimen de las corrientes en avenidas, favoreciendo la función de los terrenos colindantes. Por tanto, resulta cuando menos llamativa la autorización de la construcción de estaciones de suministros de carburantes, sobre todo, teniendo en cuenta que a partir de 2016 se limita la construcción de determinadas construcciones entre las que se incluyen las estaciones de suministros de carburantes, en zonas calificadas en sus modalidades básicas de rural o urbanizados y en los que exista un flujo preferente y riesgo de inundaciones. Todo lo indicado puede dar lugar a que se tenga que restaurar el orden jurídico perturbado consistente en que se reponga el terreno a su estado original²³.

3.3. El requerimiento de la “autorización previa” como fundamento de la prevaricación administrativa

La última cuestión jurídica relevante es el hecho de si las obras se ejecutaron sin la correspondiente autorización previa tal y como denunciaban los partidos de la oposición. En este sentido, el fondo del asunto pivotará sobre si el hecho de que la normativa administrativa exija en la tramitación de los proyectos una autorización previa que se omite en el expediente, puede dar lugar a la comisión de un delito de prevaricación administrativa tipificado con carácter general en el art. 404 del Código Penal (en adelante, CP) y de forma específica en el art. 320 del CP cuando afecte a la ordenación del territorio y el urbanismo; en el 329 del CP (cuando afecta a los recursos naturales y el medio ambiente), cuya aplicación dependerá de si se termina de confirmar que se trata de una parcela de equipamiento público, inundable, invadiendo zona verde y DPH²⁴.

²³ Tribunal Superior de justicia de Murcia (Contencioso-Administrativo, sección segunda). Sentencia 327/2018 (FJ 4º). Ponente: Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech.

²⁴ El estudio realizado pone su acento en la relación del delito de prevaricación con posibles delitos medioambientales. DE URBANO CASTRILLO afirma que “muchas de las conductas contra el medio ambiente, tienen su origen en una actuación administrativa que las propicia. Y también resulta fuera de toda duda, que el desvalor de una acción administrativa de un lado, y el de un daño al medio ambiente de otro, son cosas distintas. La prevaricación, se conecta con los artículos 9.1 y 3, 103 106 CE mientras el delito contra el medio ambiente es la tutela que el legislador dispone para hacer valer el art. 45 CE. En un caso se infringen los deberes de los servidores públicos que derivan de la ley, al tiempo que se vulnera el deber de fidelidad con el Estado y se daña a la confianza de los ciudadanos en sus instituciones. En otro, se atenta al medio ambiente como bien jurídico autónomo, en cuanto supone dañar el equilibrio de los sistemas naturales con la importancia que ello tiene para preservar la salud humana y proteger el medio físico y animal, que constituyen un bien en sí, y el entorno para una vida lo más digna posible. Pero el debate se centra en cómo actuar, en concreto, cuándo la conducta a examinar supone la concurrencia de las normas que regulan las modalidades delictivas conectadas a tales bienes jurídicos (...)Y así, cuando

Se trata de un delito con mucho significativo en la historia punitiva del Derecho penal Español²⁵, configurándose como un delito especial propio²⁶, en la que “el sujeto que ejerce funciones públicas tiene conocimientos técnicos superiores a los de la media sobre cómo funciona el procedimiento administrativo”²⁷, y en consecuencia, “falta a la obligación que uno tiene por razón de la autoridad o cargo que desempeña”²⁸. Dicha intervención penal deriva de la necesidad de sustituir a la jurisdicción administrativa en su labor de control de la legalidad cuando se produce no sólo un acto ilegal en el cual intervendría la jurisdicción contencioso administrativa, sino que además el acto puede calificarse injusto y arbitrario, cuya acción debe castigarse en ultima ratio²⁹. Por lo tanto “no es la

la agresión al medio ambiente tiene su origen en una decisión que puede considerarse prevaricadora y a consecuencia de la cual se da vía libre para la realización de las conductas típicas que inciden de manera directa y con carácter autónomo, sobre el bien jurídico protegido del medio ambiente, «podemos afirmar que se ha prevaricado y, además, se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otra manera, no se hubiera producido».(...) Y por ello, nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos”. DE URBANO CASTRILLO, E. La prevaricación medioambiental. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 7, 2017, p. 25 y ss.

²⁵ MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones acerca del delito de prevaricación. Desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 9, 2016, p. 16 y ss.

²⁶ CASAS HERVILLA, J. “La participación del extraneus en el delito de prevaricación administrativa: principales problemas y propuestas para su solución”. *Estudios penales y criminológicos*. Nº 38, 2018, p. 602.

²⁷ HAVA GARCÍA, E. “Prevaricación de los funcionarios públicos”, en VV.AA. (Álvarez García, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 119-147; MUÑOZ CONDE, F. *Manual Penal. Parte especial*. 20.ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; FERNÁNDEZ CABRERA, M. “El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Nº 3/2017, 2017, p. 203 y ss. La prevaricación administrativa es un delito contra la Administración Pública cometido por autoridades o funcionarios que trabajan en su seno “porque voluntariamente la sirven y trabajan para ella. Son sus agentes, sus instrumentos. Se comprometen o se deben comprometer, al asumir cargos y puestos de trabajo, a contribuir, desde el propio de cada uno, a que la Administración Pública cumpla su misión, que no es otra que servir a los intereses generales. Y servir a los intereses generales, además de otras muchas cosas, significa hacerse responsable, en el ámbito de las funciones y competencias propias, de que resoluciones arbitrarias y las situaciones injustas que son su consecuencia no se producirán”. ARRIBA LÓPEZ, E. “La omisión impropia en los delitos de prevaricación administrativa”. *Revista de Derecho UNED*, Nº 16, 2015, p. 1218.

²⁸ DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B. “Los abusos de poder: entre la causa invalidante administrativa y el delito de prevaricación”. *Revista de estudios económicos y empresariales*. Nº 17, 2005, p. 193 y ss.

²⁹ Cfr. MORILLAS CUEVA, L., nota 24, p. 30. FERNÁNDEZ CABRERA añade que otro “de los mecanismos apuntados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina para establecer límites entre la mera ilegalidad y aquella ilegalidad grave que debe ser sancionada

mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona”³⁰. En este sentido, quebrantarían los “parámetros constitucionales” que orientan la actuación pública: “1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho, y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines”³¹.

El art. 404 del Código Penal establece que “a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”. El artículo 320 reitera el conocimiento en la injusticia, pero concreta la actuación del funcionario público en las actuaciones en las que informa favorablemente sobre instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones, castigándose con las penas del art. 404 del CP. En los mismos términos se refiere el art. 329 al establecer que “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses”.

a través del delito de prevaricación es el dibujar una línea divisoria con respecto a lo dispuesto por el Derecho administrativo. Así, la jurisprudencia reitera que no podrá ser considerada arbitraria una resolución «cuando pueda ser revisada y sus nocivas consecuencias modificadas en vía de recurso administrativo», evitando así que se acuda a la última ratio como medio para sancionar conductas que deben quedar en la jurisdicción administrativa”. FERNÁNDEZ CABRERA, M., nota 26, p. 204 y ss.

³⁰ Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª) Sentencia núm. 177/2019 de 30 abril. Ponente: Illmo. Sr. D Agustín Pedro Lobejón Martínez.

³¹ STS 152/2015, de 24 de febrero (RJ 2015, 819). En Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª)

Sentencia núm. 177/2019 de 30 abril. Ponente: Illmo. Sr. D Agustín Pedro Lobejón Martínez. CASAS HERVILLA indica que “a pesar de que un sector doctrinal ciertamente cualificado habría venido postulando la admisibilidad del dolo eventual en el delito de prevaricación, lo cierto es que la doctrina mayoritaria habría limitado su aplicabilidad a los supuestos de dolo de primer y segundo grado, al entender que las expresiones “a sabiendas de su injusticia” (arts. 404 y 320 CP), “a sabiendas de su ilegalidad” (art. 405 CP), o “a sabiendas”, sin más, (art. 329 CP), así lo exigen.. CASAS HERVILLA, J., nota 25, p. 599.

Para la correcta apreciación del delito, el Tribunal Supremo considera que es necesario que concurren una serie de requisitos³²:

- 1) Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2) que la resolución sea contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la inobservancia de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 4) que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 5) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.
- 6) en la inobservancia de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

El problema de interpretación de la normativa estriba en si la falta de solicitud de autorización previa para invadir el DPH puede considerarse como una inobservancia de un trámite esencial del procedimiento tal y como requiere el Tribunal Supremo. En otras palabras, si la autorización previa constituye un trámite obligatorio. En relación a la tesis de la inobservancia, el TS considera que se incluye bajo la conducta típica de la prevaricación “casos en los que se reconoce a la autoridad o funcionario un cierto margen de discrecionalidad, que, sin embargo, en ningún caso autoriza a sustituir las finalidades propias de la acción de la Administración Pública por la satisfacción de intereses particulares”³³. El TS también indica en desarrollo a los requisitos, “que en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley”³⁴. El TS entiende que “no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino

³² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 359/2019 de 15 julio. Fundamentos de Derecho 4º. Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 311/2019 de 14 junio. Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

³⁴ Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo penal, sala segunda). STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.

que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trata de una resolución injusta y arbitraria”. En esta línea el tribunal “se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera, o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal”³⁵. La aplicación del Derecho penal se aplica solamente en “aquellas resoluciones administrativas cuya contrariedad con el ordenamiento vigente resulte patente, por manifiesta y grosera podrán ser adjetivadas como prevaricantes”³⁶. Por lo tanto, no podría alegarse por las partes que se trate de un mero acto de trámite, “(vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva”, que quedaría excluido del tipo penal como también ocurre con los actos políticos o de gobierno³⁷, ya que como bien se indica en la normativa, se prohíbe expresamente en zona de servidumbre “ningún tipo de construcción” (art. 7 RD 849/1986) o en caso de zona de policía se “precisará autorización administrativa previa del organismo de cuenca” (art. 9 RD 849/1986). Lo que se requiere es una autorización, un estudio de viabilidad con carácter obligatorio, necesario y previo, no un mero informe o consulta.

De afirmarse todos los presupuestos anteriores, no se trataría de “una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho” reprochable en los juzgados contencioso-administrativo, sino que existe “una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable”³⁸. En el análisis de la viabilidad en la aplicación del Derecho penal, no se puede perder de vista la gravedad de la infracción por sus efectos múltiples. Por un lado, por el acto en sí de actuar dolosa e injustamente

³⁵ STS 815/2014, de 24 de noviembre (RJ 2015, 24); STS 331/2003, de 5 de marzo (RJ 2003, 2814); STC de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996 ; STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 (RJ 1992, 4318); STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo (RJ 1993, 3772) en Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª) Sentencia núm. 177/2019 de 30 abril. Ponente: Ilmo. Sr. D Agustín Pedro Lobejón Martínez.

³⁶ CASAS HERVILLA, J., nota 25, p. 597.

³⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 311/2019 de 14 junio. Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

³⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 288/2019 de 30 mayo. Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª). Sentencia núm. 177/2019 de 30 abril. Ponente: Ilmo. Sr. D Agustín Pedro Lobejón Martínez.

emitiendo resoluciones presuntamente injustas. Por otro lado, por los efectos de su actuación, ya que podrían atentar contra la normativa sectorial, concretamente contra el *Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del DPH*, que tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos de importante valor para la vida y para la seguridad de los vecinos residentes en dicha zona, como son la preservación del DPH, la protección de ecosistemas o la de garantizar unas zonas servicios de vigilancia, conservación y salvamento (art. 6 RD 849/1986 y art. 92 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas). Por último, la actuación injusta y posiblemente criminal no sólo deriva en daños a los bienes citados anteriormente, sino que pueden dar lugar a las correspondientes indemnizaciones a cargo de un ayuntamiento altamente endeudado y que injustamente pagarían los contribuyentes por una actuación anómala e ilegal de sus funcionarios y representantes públicos. Se trataría, en consecuencia, de un acto administrativo penalmente reprochable en sí mismo para proteger el correcto funcionamiento de la administración pública y que al mismo tiempo desarrollaría efectos colaterales de carácter grave para el ciudadano y el medio ambiente, siendo necesario el reproche penal.

4. CONCLUSIONES

En el presente caso concurren varios operadores jurídicos con gran trascendencia y que indudablemente podrían dar lugar al correspondiente reproche penal. Los tribunales se pronunciarán sobre cuestiones de especial interés: 1) Sobre la interpretación de la casilla de determinaciones complementarias en relación a las zonas calificadas como API para valorar la aplicación de Planes Parciales precedentes o la primacía de los Planes Generales vigentes, en la que una postura a favor de los Planes Parciales podría dotar a una norma un carácter atemporal, inamovible, e imperecedera, que impediría que cualquier norma posterior derogase a la anterior y estableciese nuevas condiciones, ya que siempre sería de aplicación el planeamiento antecedente si entrase en contradicción con el Plan General y no se estableciese expresamente el cambio en la “pequeña” casilla de determinaciones complementarias; 2) Sobre el significado y alcance de la normativa sectorial que regula el DPH. Con el mantenimiento de la situación actual deben observarse dos posibles efectos: a) Desde la perspectiva de los daños que pueden realizarse desde el Dominio Público Hidráulico hacia las áreas colindantes (efecto centrífugo), teniendo en cuenta una de las finalidades del art. 6 del RD 849/1986 (“proteger el régimen de las corrientes en avenidas, favoreciendo la función de los terrenos colindantes con los cauces en la laminación de caudales y carga sólida transportada”); b) Desde la perspectiva de los problemas que la actividad podría ocasionar hacia el Dominio Público Hidráulico (esto es, mediante un efecto

centrípeto), al extender su actividad económica a la zona servidumbre y de policía que como ya se ha indicado anteriormente tienen como finalidad la protección, “preservación, prevención del deterioro” del cauce (art. 6 RD 849/1986), así como la protección de los ecosistemas acuáticos. El problema de fondo radica en la ejecución de obras sobre las propias herramientas, medios o espacios legales de protección o contención del DPH, destruyéndose la frontera legal que permite prevenir posibles contingencias y problemas que fruto de la actividad económica podrían dañar el ecosistema. Ante cualquier incidencia, no existirían barreras previas, y todo daño se le ocasionaría directamente al cauce, indirectamente al Río Palmones, y en definitiva al DPH y al medio ambiente.

Por último, el esclarecimiento de la normativa administrativa permitirá apreciar el impacto penal de dichas actuaciones, que ante la falta de observación de autorización previa puede dar lugar a que se haya podido cometer un delito de prevaricación administrativa por parte del encargado en solicitar dicha autorización y que, dependiendo del alcance medioambiental, pueda incurrir en las previsiones específicas del delito de prevaricación.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, C.L. *Agua y Dominio Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

ALONSO MAS, M.J. La responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 52, 2019.

ARRIBA LÓPEZ, E. La omisión impropia en los delitos de prevaricación administrativa. *Revista de Derecho UNED*, n. 16, 2015.

BARAJAS, S.M. El dominio Público Hidráulico, *El ecologista*, n. 23, 2000.

CASAS HERVILLA, J. La participación del extraneus en el delito de prevaricación administrativa: principales problemas y propuestas para su solución. *Estudios penales y criminológicos*, n. 38, 2018.

DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B. Los abusos de poder: entre la causa invalidante administrativa y el delito de prevaricación. *Revista de estudios económicos y empresariales*, n. 17, 2005.

DE URBANO CASTRILLO, E. La prevaricación medioambiental. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 7, 2017.

- FERNÁNDEZ CABRERA, M. El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3, 2017.
- FLORES MULERO I., TERUEL LOZANO, G.M., Derecho de aguas. Títulos jurídicos para el aprovechamiento del Dominio Público Hidráulico. *Anales de Derecho*, n. 25, 2007.
- GIL OLCINA, A. Regalía de las aguas públicas y Dominio Público Hidráulico. *Investigaciones geográficas*, n. 53, 2010.
- HAVA GARCÍA, E. Prevaricación de los funcionarios públicos. En: ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- IGLESIAS CASTRO, J.J., RODRÍGUEZ MONSERRAT, M. La protección penal del medio ambiente como derecho colectivo en el derecho comparado hispanoamericano. *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017.
- JUNCEDA MORENO, J. Urbanismo. Zonas inundables. Afectación en el ámbito urbanístico. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 7, 2012.
- MORENO LINDE, M. La función normalizadora del planeamiento urbanístico, en especial en el suelo urbano. reflexiones al hilo de la anulación del plan general de ordenación urbanística de Marbella. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 44, 2017.
- MORILLAS CUEVA, L. Reflexiones acerca del delito de prevaricación. Desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n. 9, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F. *Manual Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- PIZARRO NEVADO, R. Evaluación ambiental estratégica de planes especiales. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 43, 2016.
- VILLARROYA ALDEA, C. La delimitación del Dominio Público Hidráulico y el proyecto LINDE. *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, n. 36, 2004.

Jurisprudencia:

- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª) Sentencia núm. 177/2019 de 30 abril. Ponente: Illmo. Sr. D Agustín Pedro Lobejón Martínez.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia 329/2016. Ponente: Sr. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 86/2013 de 28 enero. Ponente: Illma. Sra. Mª Isabel Alvarez Tejada.
- Tribunal Superior de justicia de Murcia (Contencioso-Administrativo, sección segunda). Sentencia 327/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia de 7 noviembre 1995. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Barrio Iglesias.
- Tribunal Supremo (Sala de lo penal, sala segunda). STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 288/2019 de 30 mayo. Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 311/2019 de 14 junio. Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª). Sentencia núm. 359/2019 de 15 julio. Fundamentos de Derecho 4º. Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
- Tribunal Supremo (Sala tercera. Contencioso-Administrativo). Sentencia 14 de abril de 2005 (FJ 3). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó.

Normativa:

- Ayuntamiento de Algeciras. Planeamiento General Municipal de Ordenación de Algeciras: <http://www.algeciras.es/es/temas/urbanismo-y-vivienda/delegacion-de-urbanismo/pgou/> (consultado el 18 de febrero de 2020).
- Directiva 2007/60 de inundaciones, que fue traspuesta a la legislación española por el R.D. 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión del riesgo de inundaciones.
- Informe de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía. Secretaría General de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Plan especial y supramunicipal del curso medio y bajo del Río Palmones. Memoria. Tomo I. Aprobación definitiva marzo de 2012.

Orden de 21 de abril de 2016, por la que se dispone la publicación del Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, aprobado por el Real Decreto 21/2016, de 15 de enero.

Plan de Gestión del Riesgo de Inundaciones de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, aprobado mediante el R.D. 21/2016, de 15 de enero.

Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (RD 849/1986).

Webgrafía:

CONSEJO GENERAL ABOGACÍA ESPAÑOLA. La Justicia dictó en 2018 un total de 1.063 condenas y 340 absoluciones por delitos de medio ambiente o urbanismo: <https://www.abogacia.es/2019/09/11/la-justicia-dicto-en-2018-un-total-de-1-063-condenas-y-340-absoluciones-por-delitos-de-medio-ambiente-o-urbanismo/> (Consultado el 11 de septiembre de 2019).

REDACCIÓN. Acusan a Landaluce de ocultar una ilegalidad urbanística en la gasolinera de La Menacha. *Algeciras al minuto*, 17 de septiembre de 2019: <https://www.algecirasalminuto.com/articulo/actualidad-politica/acusan-landaluce-ocultar-ilegalidad-urbanistica-gasolinera-menacha/20190220143905138730.html> (consultado el 18 de septiembre de 2019).

REDACCIÓN. Adelante Algeciras denuncia irregularidades en la gasolinera Ballenoil. *Europa Sur*, 20 de febrero de 2019: https://www.europasur.es/algeciras/Adelante-Algeciras-irregularidades-gasolinera-Ballenoil_0_1329767445.html (Consultado el 11 de junio de 2019).

UNIVERSIDAD DE MURCIA. Investigadores de la UMU demuestran que la contaminación de las gasolineras se percibe a menos de 100 metros. *La Opinión de Murcia*, 23 de junio de 2011: <https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2011/09/09/investigadores-umu-demuestran-contaminacion-gasolineras-percibe-100-metros/300949.html> (Consultado el 13 de marzo de 2020).