

UNIVERSIDAD DE SEVILLA
FACULTAD DE DERECHO



Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico- privados

Tesis doctoral

Autora: Ana Serrano Santamaría

Directora: Ángela R. Fernández Arévalo

Sevilla, 2018

I.- INTRODUCCIÓN	7
I.1.- Objetivo y justificación.....	7
I.2.- Método y estructura.....	10
II. REFLEXIONES SOBRE “LA CUESTIÓN ENERGÉTICA”. ENERGÍAS RENOVABLES: ESTRATEGIAS Y REGULACIÓN.	17
II.1.- Introducción. Un recuerdo para la energía, sus fuentes y evolución.....	17
II.2.- ¿Qué entendemos por energía renovable? En concreto, la energía eólica.....	18
II.3.- Las políticas energéticas a nivel europeo, nacional y autonómico andaluz. Regulación.....	22
II.3.1.- La política energética de la Unión Europea.....	23
II.3.2.- Política energética y regulación nacional	29
II.3.3.- Necesaria referencia a la Ley del Suelo y Ley del Catastro Inmobiliario.....	41
II.3.4.- En especial, Andalucía.	45
III.- AIRE, VIENTO Y ENERGÍA EÓLICA	55
III.1.- Conceptos.....	55
III.2.- Configuración jurídica del viento.....	56
III.2.1.- Introducción.....	56
III.2.2.- Caracterización del viento.....	62
III.3.- ¿Es el viento “cosa”?	70

III.3.1.- Artículo 333 del Cc.	70
III.3.2.- Cosa o bien.....	73
III.3.4.- Apropiabilidad.	78
III.3.5. Conclusiones provisionales al respecto.....	82
III.4.- Bien mueble o inmueble.	85
III.5.- Consecuencias del aprovechamiento “singular” del viento.	89
IV. CONCEPTO DE PARQUE EÓLICO.....	94
IV.1.- Ausencia de una única definición.	94
IV.2.- Conceptos “autonómicos”.	94
IV.3.- Concepto doctrinal.....	96
IV.4.- Carácter inmueble de la instalación eólica. Inmueble rústico o inmueble urbano.	97
IV.4.1.- Bienes inmuebles en el Cc.....	98
IV.4.2.- Código civil y Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.	99
IV.4.4.- Bienes inmuebles de características especiales.	107
IV.4.5.- Conclusiones.	109
V.- PROCEDIMIENTO DE INSTALACIÓN DE UN PARQUE EÓLICO: PRIMERAS NEGOCIACIONES CON LA PROPIEDAD DE LAS TIERRAS ELEGIDAS.	112
V.1.- La persona, destinataria última de la cuestión energética.....	112
V.2.- Planteamiento inicial.	113
V.3.- Procedimiento para la instalación de un parque eólico.	114
V.4.- Escasez o falta de documentación de base de las relaciones con los propietarios de los terrenos.....	119
V.5.- Inicio de los trámites.	121
V.5.1 Evaluación económica.	122

V.5.2 La propiedad de los terrenos y las primeras relaciones con las empresas eléctricas promotoras del futuro parque.	124
V.5.3 Cómo se trasladan al contrato estas cuestiones. Conclusiones.	128
VI.- CONCRETANDO LOS INTERESES JURÍDICOS EN JUEGO.	132
VI.1.- Los sujetos del contrato.	132
VI.2.- Intereses de las partes.	132
VI.3.- Cómo se configura el derecho de uso que se cede.	134
VI.3.1.- Arrendamiento de los terrenos en los que se va a instalar el parque eólico.	134
VI.3.2.- Constitución de un derecho real.	138
VII.- CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO REAL.	142
VII.1.- Introducción.	142
VII.2.- Dominio: límites y limitaciones.	143
VII.3.- Constitución de un derecho real de goce.	144
VII.4.- Vuelo.	148
VII.4.1.- <i>Cuius est solum, eius est a caelo usque ad centrum, a sider usque ad ínferos.</i>	150
VII.4.2.- Régimen del vuelo.	153
VIII- DERECHO DE SUPERFICIE	159
VIII.1.- Concepto y regulación.	159
VIII.2.- Propiedad superficiaria y separada y propiedad del suelo.	167
VIII.3. - Temporalidad.	171
VIII.4.- Contraprestación.	172

VIII.5.- Extinción del derecho de superficie y retirada de las instalaciones eólicas.	174
IX.- ¿UN NUEVO DERECHO REAL?	180
IX.1.- Introducción. Creación de nuevas figuras de derechos reales.	180
IX.3.- El contrato para la implantación y explotación de un parque eólico y la especialidad registral.	188
X.- EL IMPACTO MEDIOAMBIENTAL DE PARQUE EÓLICO. CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS PARA PROPIETARIOS DE FINCAS COLINDANTES.	191
X.1. Hasta la definición de paisaje.	191
X.2. Protección del paisaje y derecho de propiedad.	195
X.3.- El ruido como segundo de los posibles impactos negativos contemplados.	199
XI.- CONCLUSIONES.	203
XII.- ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y WEBGRAFÍA.	212
XII.1.- BIBLIOGRAFÍA	212
XII.2.- WEBGRAFÍA	222

XIII. ANEXO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	226
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	226
TRIBUNAL SUPREMO	227
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.....	231
AUDIENCIAS PROVINCIALES	234
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO	235
XIV. ANEXO LEGISLATIVO.....	238
XIV.1.- ÁMBITO EUROPEO	238
XIV.2.- ÁMBITO ESTATAL	240
XIV.3.- ÁMBITO AUTONÓMICO	245
ANDALUCÍA.....	245
CATALUÑA.....	247
EXTREMADURA	248
GALICIA.....	248
PRINCIPADO DE ASTURIAS	249
XV.- Anexos finales.....	250

I.- INTRODUCCIÓN	7
I.1.- Objetivo y justificación.	7
I.2.- Método y estructura.	10

I.- INTRODUCCIÓN

I.1.- Objetivo y justificación.

En su origen esta investigación pretendía dar respuesta a una inquietud. Sólo así, como inquietante cuanto menos, se puede calificar la transformación del paisaje que en los últimos años ha sufrido la carretera N-340. Esta carretera une Cádiz con Barcelona por toda la costa del Mediterráneo, atravesando diez provincias, y, concretamente, el tramo Vejer de la Frontera-Algeciras, en la provincia de Cádiz, es la zona cuyo paisaje se ha visto profundamente transformado.

Lo que hace 15 o 20 años parecía una moda, algo anecdótico, aislado e incluso provisional ha acabado transformando en gran medida el término municipal de Tarifa y el Campo de Gibraltar en su totalidad. ¿Cómo que no son “gigantes”? ¿Por qué dicen que son molinos? El aire en movimiento, el viento, que preservaba la zona y sigue haciéndolo de un turismo masivo, no ha podido con los “gigantes”. Pero la transformación del paisaje significa, en este caso, optimizar un recurso natural que hasta entonces se venía considerando como un gran inconveniente. Lo que parecía algo circunstancial, consecuencia de las especiales características naturales de la zona, había también incidido en otros muchísimos territorios.

Se intenta encontrar respuestas a cuestiones tales como: ¿qué es lo que estaba pasando en esos terrenos tradicionalmente dedicados a la ganadería y agricultura? ¿Quién o quiénes protagonizaban esta nueva modalidad de explotación? ¿Qué forma jurídica adoptaba la cesión por los propietarios de sus terrenos para la instalación? ¿Había una sola fórmula jurídica para este tipo de cesión o tantas como permitiera el principio de autonomía de la voluntad?... Empezaron a aflorar cuestiones jurídico-privadas que interesaba conocer.

Había que entrar de lleno en una prolija legislación administrativa e intentar rastrear las implicaciones civiles de la cuestión. Así, por un lado, normalmente, aparecen importantes empresas eléctricas con un creciente interés por el tema de las energías renovables, en el que basaban en gran medida su expansión futura adaptándose a nuevas políticas energéticas. A veces contrataban con la Administración, generalmente la municipal, dependiendo de la calificación de los terrenos en los que quisieran instalar el campo eólico.

Pero otras veces, la mayoría, la contratación la llevaban a cabo con agricultores tradicionales a los que se les venía a “vender” unas nuevas posibilidades para sus tierras, hasta el momento dedicadas a la agricultura y a la ganadería. ¡En un principio todo era tan nuevo! De

repente sus tierras, que en ocasiones pocos rendimientos producían por estar situadas en zonas de climatologías duras, fundamentalmente por el fuerte viento, resultaban interesantes económicamente precisamente por eso, por el viento.

Había empresas eléctricas interesadas en contratar, al parecer, el viento que soplaba por encima de esas tierras y que tanta desolación tantas veces producía. Una de las primeras cuestiones que se abordó fue, precisamente, esa relación: ¿Cuál es el objeto de ese contrato? ¿Qué derechos y obligaciones surgen del mismo para las partes? ¿Tendrá acceso al Registro de la Propiedad? ¿Podrán los propietarios seguir dando el uso habitual a sus tierras? ¿Será posible compatibilizar usos tan diversos? ¿Qué instalan allí esas empresas? ¿Cómo lo hacen? Estas cuestiones y otras tantas son las que se formulan y a las que con esta investigación se intenta dar respuesta.

La cuestión de la configuración jurídica del aire y del viento también encontró su espacio como consecuencia del interés que éste despertaba y su trascendencia. La posibilidad de obtener algún beneficio del viento por parte de los propietarios de esas fincas sobre las que soplaba con tanta fuerza supone un aprovechamiento singular del mismo que había que determinar.

Se ha investigado, también, la relación de los campos eólicos y el paisaje, la forma en que las alteraciones del paisaje eran valoradas y

evaluadas. El complicado *iter* administrativo hasta la aprobación de la instalación de un parque eólico, que *a priori* es una garantía al respecto, no supuso un obstáculo a la hora de atender especialmente el concepto de paisaje y su repercusión en el derecho de propiedad.

I.2.- Método y estructura.

Una de las grandes dificultades de la investigación es que no hay fuentes documentales cuando se trata de estudiar la forma en que se ocuparon los espacios en los que se sitúan las torres eólicas. Desde luego que no hay ninguna base de datos y se ha tenido que recurrir a la investigación de la práctica en esta materia, siguiendo los procedimientos de negociación, contratación y posterior instalación y explotación del parque eólico.

La instalación de un parque eólico es un complejo entramado de relaciones precontractuales y contractuales. En una primera aproximación al proceso de negociaciones se comprueba que hay dos fases. La empresa tiene que asegurarse de que el futuro parque es rentable, de que el viento, el aire que se mueve por encima del mismo, es el suficiente para generar la energía que justifique la inversión. Se pondrá en contacto con el propietario para que le permita entrar en sus tierras, instalar determinados “mecanismos” de medición, calcular el

posible impacto medioambiental para el posterior preceptivo informe... y sólo en el caso de que las pruebas tengan un resultado satisfactorio poder llegar a instalar el parque eólico. Pero claro, todo ello no puede quedar sin el respaldo o apoyo jurídico que corresponda. Desde que la empresa comienza sus investigaciones en unos terrenos determinados tiene que tener la seguridad de que instalará allí los molinos en el caso de que le convenga. No sería admisible, o así parece, que pudiera venir otra empresa distinta y por conveniencia, por ejemplo, del mismo propietario, se quedaría con la explotación del viento. En esta fase, además, normalmente las empresas aprovechan para buscar la financiación necesaria y las instituciones financieras les requieren ya garantías para concederla.

Las empresas pretenden en esta primera fase poder entrar, salir, realizar ciertos trabajos e instalaciones provisionales que probablemente puedan tener su fundamento jurídico en la creación de un derecho de carácter personal entre ambas partes. Por otra parte, en una segunda fase, sí se puede encontrar la necesidad de crear un auténtico derecho real, lógicamente limitado y no necesariamente típico. De todas formas se comprobará que no tiene por qué ser ésta la única solución a la cuestión.

Presentadas las bases que motivaron y justificaron esta investigación la estructura del trabajo se organizó partiendo de la observación y posterior constatación de que una realidad económica,

política y medioambiental, como la energía eólica, renovable y alternativa, tenía unas incidencias jurídico-privadas que podían ser merecedoras de estudio y profundización. Para ello se ha comenzado por una aproximación a lo que se ha llamado cuestión energética, a las energías renovables en general y concretamente a la eólica, a las estrategias europeas, nacionales y autonómicas y su regulación (Capítulo II).

Al abordar la cuestión enseguida hubo que referirse al aire y al viento. La configuración jurídica de ambos, especialmente del último, se hizo necesaria ya que energía eólica significa, lógicamente, viento. Su posible utilización de manera especial o singular por los propietarios de los terrenos en los que se instala el parque eólico supone un aprovechamiento distinto a como lo hacemos en nuestra vida cotidiana (Capítulo III).

A continuación se ha abordado el concepto de campo eólico y su carácter, comprobando cómo no hay una única definición. Se han estudiado por tanto las que se aportan, especialmente por la legislación autonómica y la doctrina, y también el carácter de la instalación eólica a la luz del Código civil y leyes especiales, mayoritariamente tributarias (Capítulo IV).

Se realiza después una aproximación al procedimiento que se ha de seguir para la autorización e instalación de un parque eólico.

Aquí se han atendido, fundamentalmente, las cuestiones relativas a las relaciones entre las empresas eléctricas, promotoras de energía eólica, y los particulares propietarios de los terrenos donde éstas pretendía instalar los molinos, el campo eólico. Dichas relaciones no son precisamente fáciles ya que atraviesan distintas fases y están influidas por el seguimiento de unos necesarios trámites administrativos que se desarrollan, normalmente, de forma paralela (Capítulo V).

Los contratos a que dan lugar esas relaciones entre empresas y propietarios, fuente de sus respectivos derechos y obligaciones, pueden adoptar distintas formas y se han estudiado las más frecuentes. Para ello ha habido que concretar los intereses jurídicos de los sujetos del contrato, esto es, por un lado la empresa que quiere instalar el parque eólico y por otra la persona titular dominical de donde quiere hacerlo (Capítulo VI).

La posibilidad de configurar un derecho real en esos contratos ha requerido un estudio aparte, hasta concluir con el que mejor responde a los interés que se habían concretado (Capítulo VII).

Como se ha constatado que en la práctica el derecho de superficie es el más utilizado se procede a su estudio, comprobando cómo se pueden ir ajustando los intereses de las partes y la regulación de este derecho (Capítulo VIII).

También se ha atendido la posibilidad de creación de un derecho real atípico y cómo estos contratos acceden al Registro de la Propiedad (Capítulo IX).

El impacto medioambiental de la energía eólica, la incidencia en el paisaje de los molinos y el ruido de estos han sido también objeto de estudio (Capítulo X).

Se dedica un capítulo a las conclusiones, en el que se recogen las ya manifestadas provisionalmente sobre alguno de los temas estudiados y se terminan de elaborar las que serán el corolario de los diferentes problemas abordados (Capítulo XI).

Se termina con los correspondientes apartados relativos a bibliografía, webgrafía, legislación y resoluciones judiciales utilizadas a lo largo de estas páginas y a los que se ha ido haciendo referencia (Capítulos XII, XIII y IVX).

Por último, se traen también a estas páginas modelos de contratos para la instalación de un campo eólico, en los que se pone de manifiesto cómo en la práctica se plasman las distintas cuestiones estudiadas (Anexos I, II y III).

II. REFLEXIONES SOBRE “LA CUESTIÓN ENERGÉTICA”. ENERGÍAS RENOVABLES: ESTRATEGIAS Y REGULACIÓN..... 17

II.1.- Introducción. Un recuerdo para la energía, sus fuentes y evolución..... 17

II.2.- ¿Qué entendemos por energía renovable? En concreto, la energía eólica. 18

II.3.- Las políticas energéticas a nivel europeo, nacional y autonómico andaluz. Regulación. 22

II.3.1.- La política energética de la Unión Europea.23

II.3.2.- Política energética y regulación nacional..... 29

II.3.3.- Necesaria referencia a la Ley del Suelo y Ley del Catastro Inmobiliario..... 41

II.3.4.- En especial, Andalucía. 45

II. REFLEXIONES SOBRE “LA CUESTIÓN ENERGÉTICA”. ENERGÍAS RENOVABLES: ESTRATEGIAS Y REGULACIÓN.

II.1.- Introducción. Un recuerdo para la energía, sus fuentes y evolución.

Para poder profundizar en el tema de esta investigación se ha de reflexionar sobre cuestiones que, en principio, podrían parecer alejadas de sus objetivos.

Cuanto mayor es el desarrollo de una sociedad mayor es su demanda de energía. El carácter finito de los recursos energéticos de origen fósil (primero el carbón y después el petróleo), la limitada capacidad del planeta para renovarlos y su posible afección sobre el medio ambiente, alerta sobre los límites del actual modelo de desarrollo, el cual genera grandes desigualdades y tensiones sobre estos recursos a los que se necesita tener acceso. La planificación energética tiene un enorme impacto en la economía y tiene por tanto una especial relevancia.

La cuestión se centra en problemas relacionados principalmente con la escasez de las fuentes en las que se basa el

modelo actual. La vulnerabilidad del modelo ante futuros problemas de abastecimiento energético y el cambio climático derivado de las emisiones de gases de efecto invernadero incide en las políticas energéticas adoptadas a nivel mundial y particularmente en el marco energético europeo y nacional.

II.2.- ¿Qué entendemos por energía renovable? En concreto, la energía eólica.

El Diccionario de la RAE (Actualización 2017) ¹ define las energías renovables como aquellas “*cuyas fuentes se presentan en la naturaleza de modo continuo y prácticamente inagotable, p. ej., la hidráulica, la solar o la eólica*”. Si se pretende un concepto preciso legal de la misma ha de acudir al ordenamiento comunitario. La Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001², las definió como las “no fósiles” y citaba, entre otras, la “energía eólica”. Esta Directiva fue derogada por la

¹ <http://dle.rae.es/index.html>

² LCEur 2001\3766. Esta [Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, LCEur 2001\3766](#), relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y la [Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, LCEur 2003\1330](#), relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, definieron los diferentes tipos de energía procedentes de fuentes renovables. La [Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, LCEur 2003\2133](#), sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, estableció definiciones aplicables al sector eléctrico en general. Se siguen utilizando las mismas o similares por seguridad jurídica y claridad.

2009/28, de 23 de abril³, aunque mantiene la mayor parte de sus definiciones y entre ellas, en el art. 2 a) dice que se entenderá por “energía procedente de fuentes renovables: la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás”.

Las técnicas para la obtención de este tipo de energía son muy variadas, como lo son también los mecanismos necesarios para este aprovechamiento en cada caso. Además hay veces que sólo son necesarias pequeñas instalaciones (cuando se pretende hacer un uso doméstico de la misma a través, por ejemplo, de la instalación de placas solares en una vivienda) y otras que se requieren infraestructuras muy complejas, como es el caso de un parque eólico.

En cuanto a la energía eólica, su definición no la encontramos en el Diccionario de la RAE. Al buscar “eólico” su cuarta acepción es “producido o impulsado por el viento” y aparece el término “aerogenerador” como “molino eólico”. Un aerogenerador es un “aparato que transforma la energía eólica en energía eléctrica mediante rotores de palas”⁴. De esta forma encaja la energía que producen los aerogeneradores al transformar la energía producida por

³ LCEur 2009\780.

⁴ <http://dle.rae.es/?id=0ttaaJY>

el viento, en una clase de energía renovable que se encuentra entre las muchas recogidas en el art. 2 a) de la Directiva 2009/28, de 23 de abril, ya citada.

Según los datos de producción eléctrica publicados por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía⁵ la energía eólica viene creciendo durante la última década de forma imparable en España.

Al respecto también nos proporciona datos el Observatorio de la Electricidad y Red Eléctrica de España⁶. En mayo de 2016 (últimos datos publicados por el Observatorio) la energía eólica ocupaba el segundo puesto, con una aportación del 20,2 % al sistema eléctrico habiendo disminuido su producción respecto al mismo mes del año anterior. El primer lugar lo ocupa la energía hidráulica con una cobertura de la demanda del 27,5%, según este observatorio. Esta

⁵ IDAE, www.idae.es, Instituto perteneciente al recientemente bautizado como Ministerio para la Transición Ecológica.

⁶ Datos tomados del informe de mayo de 2016, elaborados por el Observatorio de la Electricidad, herramienta que en forma de boletín, se publica en la página web de WWF (World Wide Fund For Nature, www.wwf.es) y ofrece información a los consumidores de electricidad sobre los tipos de tecnologías que se han usado en ese periodo. También ofrece un resumen de las emisiones de CO₂, de gases contaminantes y residuos radioactivos generados para producir la electricidad que hemos consumido. Su objetivo principal es sensibilizar al consumidor sobre la importancia de ahorrar energía y apostar por las fuentes renovables para reducir los impactos sobre el [medio ambiente](#) y luchar contra el cambio climático. A su vez, WWF es una de las mayores organizaciones internacionales de conservación de la naturaleza desde 1961.

La página fue consultada por última vez el 3 de agosto de 2018 y no había datos más recientes.

tecnología limpia, al igual que el resto de energías renovables, contribuye a la disminución de las emisiones de CO₂ del sistema eléctrico y además es de carácter autóctono y renovable, por lo que ayuda a reducir nuestra alta dependencia energética exterior. Además un aumento del porcentaje de energías renovables en el mercado eléctrico favorece la bajada de los precios en el mercado mayorista y por tanto contribuye a una reducción de la tarifa eléctrica para el consumidor”⁷.

Por otra parte, si hablamos de energía eólica lo hacemos, lógicamente, de viento. Resultará interesante a esta investigación hacer, en su momento, referencia a la naturaleza jurídica del mismo y a su posible valor económico, ya que esta generación de energía supone aprovechar el viento de una forma distinta a como lo hacemos los seres humanos en nuestra vida cotidiana. Se requiere para ello un uso intensivo o una “utilización especial” del recurso eólico que como recoge la STS de 28 de marzo de 2006, “no siendo consuntiva, como resulta obvio, sí puede atenuar la disfrutable por otras instalaciones”⁸.

Como se tendrá ocasión de comprobar y estudiar, son numerosas las ocasiones en las que el TS se ha manifestado en relación a las energías

⁷ El Observatorio de la Electricidad de mayo de WWF www.wwf.es muestra una disminución en las emisiones totales de CO₂, debido principalmente al descenso de quema de carbón y al aumento de la energía hidráulica y eólica. Repunta la generación renovable situando a la energía hidráulica en el primer puesto del mix eléctrico. WWF exige una apuesta definitiva por las energías renovables para generar empleo, dinamizar nuestra economía, hacer frente al cambio climático y cumplir con el Acuerdo de París.

Consultada por última vez el 3 de agosto de 2018 y no había datos más recientes.

⁸ RJ 2006\1115

renovables. En este momento es destacable la STS de 11 de diciembre de 2013⁹. Esta Sentencia pone de manifiesto como la ordenación de las energías renovables presenta una gran complejidad, y de ahí su el interés. En el F.J.7, dice que “...esta Sala ha reconocido en numerosas ocasiones la función medioambiental que desempeñan las energías renovables en cuanto contribuyen a reducir la dependencia de los combustibles fósiles y, en esa misma medida, a disminuir las emisiones nocivas de gases de efecto invernadero. Una de las tecnologías más avanzadas y extendidas en España para producir energía eléctrica renovable es precisamente la eólica, cuyo desarrollo e incremento constituye un objetivo legal y socialmente prioritario. Aquella función medioambiental (a la par que estrictamente industrial) no debe ser ajena a otras del mismo orden como son las relativas a la protección de la biodiversidad y, más en concreto, de las especies animales amenazadas de extinción”.

II.3.- Las políticas energéticas a nivel europeo, nacional y autonómico andaluz. Regulación.

El elevado precio de la energía, los problemas de suministro ante una demanda creciente, la desigualdad en el acceso a la misma, a la que más arriba se hacía referencia, y las recientes y justificadas preocupaciones por el impacto ambiental son, a grandes rasgos, las

⁹ RJ 2014\198

bases de la política energética mundial y afectan, por tanto, a las que se desarrollan a nivel europeo, nacional y autonómico.

La decisión política de promoción de estas energías, con la aplicación de estímulos económicos y fiscales y los planes que respecto a ella se han formulado a nivel autonómico, estatal, europeo y mundial hacen pensar que sea ésta una cuestión de largo alcance.

Es el momento de situar, aunque sea a grandes rasgos, a qué legislación queda sometida la instalación de energías renovables. Más adelante se atenderá especialmente al procedimiento de instalación de un campo eólico y las normas a las que concretamente éstos están sometidos.

La selección realizada no es exhaustiva ni lo pretendía. Se ha tratado de reseñar la legislación que, por los motivos que a lo largo de la investigación se irán resaltando, han marcado la evolución de la cuestión energética en España y han incidido en las cuestiones jurídico-privadas que aquí se estudian.

II.3.1.- La política energética de la Unión Europea.

El Libro Blanco de la Comisión Europea, “Una política energética para la Unión Europea”, aprobado por Resolución de 14 de

noviembre de 1996¹⁰, contenía las propuestas de acción específica relacionadas con estas cuestiones. Entre otras muchas aborda la relativa al desarrollo sostenible refiriéndose a cuatro aspectos básicos como son la protección del medio ambiente, la eficiencia energética, las energías renovables y el papel de las regiones y zonas rurales y urbanas.

La Ley Orgánica 9/2010, de 22 de diciembre¹¹, autoriza la ratificación por España del Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la energía Atómica, firmado en Bruselas el 23 de abril de 2010. En ese Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹², en su art. 4, se establecía que la UE dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros en el ámbito de la energía (art. 4.2 i). Además el art. 194 dice que “1. En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros:

a) Garantizar el funcionamiento del mercado de la energía;

¹⁰ LCEur 1996\4475

¹¹ RCL 2010\3232

¹² Tratado de 25 de marzo 1957, ratificado por Instrumento de 13 de diciembre 2007. RCL 2009\2300

b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión;

c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y

d) fomentar la interconexión de las redes energéticas”.

Con estas bases, los objetivos estratégicos de la Unión Europea en relación con la energía renovable se han centrado principalmente en:

A.- Promover la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, en cumplimiento de las disposiciones recogidas en la ya derogada Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001¹³, relativa a la promoción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad.

B.- Fomentar la utilización de biocarburantes u otros combustibles renovables como sustitutivos del gasóleo o la gasolina a efectos de transporte, como se establecía en la también derogada Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003¹⁴.

¹³ LCEur 2001\3766.

¹⁴ LCEur 2003\1330.

La Unión Europea sigue planteando objetivos cada vez más ambiciosos enmarcados en su política de fomento de energías renovables y de ahorro y eficiencia energética.

Atendiendo al mandato establecido en el Real Decreto 661/2007¹⁵, de 4 de marzo, por el que se regula la producción de energía eléctrica en régimen especial, derogado por Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio¹⁶, y posteriormente reiterado en la Ley 2/2011, de 4 de marzo¹⁷, de Economía Sostenible, el Gobierno de España elaboró, agotado el período de vigencia del Plan de Energías Renovables 2005-2010, un nuevo Plan para el periodo 2011-2020. Este Plan incluye el diseño de nuevos escenarios energéticos y la incorporación de objetivos acordes con la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009¹⁸, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, la cual establece objetivos mínimos vinculantes para el conjunto de la Unión Europea y para cada uno de los Estados miembros. Todo Estado miembro tendría que elaborar un Plan de Acción Nacional en

¹⁵ RCL 2007\1007.

¹⁶ RCL 2013\1092, Disposición Derogatoria Única 2 a).

¹⁷ RCL 2011\384. La última modificación de esta Ley, aunque no en la materia que nos ocupa, se ha producido por Ley 1/2018, de 6 de marzo, RCL 2018\373, que adopta medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio de 2001, RCL 2001/1824.

¹⁸ LCEur 2009\780.

materia de Energías Renovables (PANER) para conseguir los objetivos nacionales fijados en la propia Directiva.

La Directiva establece como objetivo conseguir una cuota mínima del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión Europea, estableciendo el mismo objetivo para España, y una cuota mínima del 10% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de energía en el sector del transporte en cada Estado miembro para el año 2020.

Posteriormente estos objetivos y políticas energéticas pasaron a recogerse y regularse en la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril¹⁹, relativa al Fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, que derogó las dos anteriormente citadas. Esta Directiva establece un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables y fija objetivos nacionales obligatorios en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía y con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el transporte. A su vez ha sido modificada

¹⁹ LCEur 2009\780. En ella se recoge que “(9) El Consejo Europeo de marzo de 2007 reafirmó el compromiso de la Comunidad con el desarrollo de la energía procedente de fuentes renovables, a escala de la Unión, más allá de 2010. Aprobó el objetivo obligatorio de alcanzar una cuota del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo total de energía de la UE en 2020...” y “(10) En su Resolución de 25 de septiembre de 2007 sobre el programa de trabajo de la energía renovable en Europa (DOC 219 E, de 28 de agosto de 2008), el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que, para finales de 2007 a más tardar, presentara una propuesta de marco legislativo para el sector de las energías renovables, mencionando la importancia de fijar objetivos para la proporción de fuentes de energía renovables a nivel comunitario y de los Estados miembros”.

por la 2015/1531/UE, de 9 de septiembre²⁰, en relación a los requisitos de sostenibilidad de los biocarburantes.

La Unión Europea se ha fijado como objetivo para 2020 aumentar en un 20 por ciento la eficiencia energética, al tratarse de un aspecto esencial de la estrategia europea para un crecimiento sostenible y una de las formas más rentables para reforzar la seguridad del abastecimiento energético y para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras sustancias contaminantes. Por ello, y para alcanzar el objetivo general, se actualizó el marco legal de la Unión Europea y se dictó la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía²¹. Esta crea un marco común para fomentar la eficiencia energética dentro de la Unión Europea y establece acciones concretas para alcanzar el considerable potencial de ahorro de energía no realizado.

Todo ello lleva a un mayor protagonismo de las fuentes de energía renovables producidas localmente. Frente a las fuentes convencionales, las energías renovables, como recursos limpios e inagotables que proporciona la naturaleza, tienen un impacto

²⁰ LCEur 2015\1341.

²¹ LCEur 2012\1797.

prácticamente nulo y siempre reversible. Además, por su carácter autóctono contribuyen a disminuir la dependencia del país de los suministros externos. De esta forma también se haría frente a la vulnerabilidad de la Unión Europea ante la necesaria elevada importación de hidrocarburos.

II.3.2.- Política energética y regulación nacional

A nivel nacional la regulación principal y reciente, en lo que a esta investigación interesa, está contenida en²²:

A.- Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero²³. Dada la crisis económica y la situación del sistema eléctrico, que arrastraba un elevado y creciente déficit de tarifa que amenaza su sostenibilidad, el Consejo de Ministros aprobó este Real Decreto-ley 1/2012, por el que se procedía a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

²² GALÁN VIOQUE, Roberto., “El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del Derecho de la Unión Europea y de la crisis económica”, en el vol. col. *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red*, (dir. González Ríos, I.), ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 97-136 estudia con detalle esta evolución legislativa que llevó a sustituir el régimen retributivo del 2007 por el de 2013, recortando progresivamente las ayudas.

²³ RCL 2012\78.

La compleja situación económica y financiera aconsejaba la supresión de los incentivos para la construcción de estas instalaciones, con carácter temporal, mientras se ponía en marcha una reforma del sistema eléctrico que evitara la generación de déficit tarifario, esto es, la diferencia entre los ingresos procedentes de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y los costes de las actividades reguladas del sistema.

En el año 2011, un 93% de la potencia instalada fue de origen renovable y estas instalaciones cubrieron un 33% de la demanda eléctrica, lo que convirtió a España en uno de los países más avanzados en este sentido. Sin embargo, mantener ese sistema de retribución no era compatible con la situación de crisis económica y de descenso de la demanda por lo que, mientras se reformaba el sistema y se avanzaba hacia un marco retributivo renovable que promoviera una asignación eficiente de recursos, se procedió a paralizar temporalmente el sistema retributivo.

La suspensión afectó a la energía eólica, solar fotovoltaica, termosolar, cogeneración, biomasa, biogás, minihidráulica y de residuos, así como a las instalaciones asimilables.

La norma no tenía carácter retroactivo, es decir, no se aplicó a las instalaciones ya en marcha

B.- Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio²⁴, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico Tras un intenso esfuerzo de adaptación normativa (Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero²⁵ y Real Decreto Ley 2/2013, de 1 de febrero²⁶) a las nuevas realidades del sistema y estando especialmente comprometida su sostenibilidad financiera del sistema, hubieron de adaptarse medidas urgentes, de vigencia inmediata, que permitieran poner término a esa situación y que la garantizaran.

Este Real Decreto supuso una importante medida dentro del proceso de reforma del sector eléctrico ya que incorporaba un mandato al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de energía eléctrica existentes a partir de energías renovables, cogeneración y residuos, enunciando los principios sobre los que se articularía el régimen aplicable y que posteriormente se integrarían en la Ley 247/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y luego desarrollados en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, ambos reseñados más abajo. En su momento supusieron la reducción de primas a las energías renovables y han

²⁴ RCL 2013\1092.

²⁵ RCL 2012\78, por el que se llevó a cabo la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energías renovables y residuos.

²⁶ RCL 2013\181, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

dado lugar a muchas reclamaciones e indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública²⁷.

²⁷ Sentencia Tribunal Superior de Galicia de 29 de marzo de 2017, JUR 2017\103334. El Tribunal superior de Justicia condena a la Administración al abono de una importante suma, en la línea de otras Sentencias condenatorias. Con todo, según LÓPEZ PÉREZ, Fernando., *Actualidad Jurídica Ambiental*, Jurisprudencia al día, Tribunal Superior de Justicia, 28 de junio de 2017, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-galicia-energia-eolica/> “es bien cierto que los continuos vaivenes normativos (paradigmático es el caso de la rebaja de primas), muchas veces causados por un verdadero estado de necesidad financiera a fin de disminuir el déficit público, está trayendo no pocos quebraderos de cabeza a las administraciones implicadas y a quienes apostaron por esta inversión” aunque “nada comparable a las indemnizaciones que se prevén por las rebajas en las primas pagadas a las renovables, sobre todo a raíz de la primera condena a España por la Corte Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”. Esta condena a la que López hace referencia se trata el laudo del tribunal arbitral del CIADI en el asunto Eiser Infrastructure c. España. (<https://www.italaw.com/cases/5721>) Esta decisión se enmarca en el contexto de las numerosas demandas arbitrales iniciadas por inversores extranjeros contra el Reino de España a raíz de los cambios regulatorios introducidos en el régimen de la producción eléctrica a través del empleo de energías renovables. El laudo es relevante, en la medida en que constituye la primera decisión sobre el fondo que se pronuncia sobre las modificaciones regulatorias más drásticas, las introducidas a partir de 2013. Por otra parte, pretende explicar y valorar los principales argumentos y razonamientos empleados por el tribunal que, finalmente, le han llevado a condenar al estado español al pago de una compensación millonaria.

Según IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, Iñigo., que comenta el laudo en “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los «recortes» en el ámbito de las energías renovables” en *Diario La Ley*, Nº 9013, Sección Tribuna, 4 de Julio de 2017, Ed. Wolters Kluwer, http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA-AEAMtMSbF1CTEAAiMTSxNzM7Wy1KLizPw8WyMDO3MDMyNDtbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQUKJLMtEqX_OSQyoJU27TEnOJUtdSk_PxsFJPi4SakpmSWA1I0SSxJtTUwUTUyMTAHEiBpANTio1I-AAAAWKE,

“dibuja, de cara al futuro, un panorama inquietante para España” ya que el laudo “puede actuar como un precedente —no *de iure* pero sí *de facto*— para la treintena de tribunales arbitrales que todavía no se han pronunciado. Se trata, así, de una decisión clave, la primera, aquella todos estaban esperando, que propone una argumentación que, de confirmarse en sucesivos laudos, abre un escenario francamente complejo de gestionar (y costoso) para España”. Era el primer laudo condenatorio.

Como recoge ALENZA GARCÍA, José Francisco, “La energía renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]” *Actualidad Jurídica Ambiental*, 1 de marzo de 2016, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-las-energias-renovables-ante-la-fugacidad-legislativa-la-mitificacion-de-los-principios-de-inseguridad-juridica-y-de-desconfianza-legitima-a-proposito-de-la-stc-270/> “El primer laudo (arbitraje nº 062/2012 del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo) de fecha 21 de enero de 2016, ha sido favorable al Reino de España y ha desestimado la demanda considerando que las modificaciones del marco regulatorio no han vulnerado las disposiciones del Tratado de la Carta de la Energía al tener un carácter limitado, no haber suprimido sus características esenciales y no ser

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015²⁸ rechazó la inconstitucionalidad de este Real Decreto y su nuevo sistema retributivo, negando que se hubieran vulnerado los principios de seguridad jurídica y legítima confianza. Era esta una Sentencia muy esperada ya que en anteriores pronunciamientos sobre los recortes de ayudas a las renovables el Tribunal Constitucional no había entrado en el fondo del asunto²⁹.

desproporcionadas, injustas o incoherentes. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el laudo se refiere únicamente a las primeras reformas parciales del sistema retributivo de las energías renovables (las del 2010) y que como el propio laudo arbitral advierte su conclusión no prejuzga las conclusiones a las que pudiera llegar otro tribunal arbitral “con base en el análisis conjunto de las normas adoptadas hasta la fecha, incluyendo las normas de 2013 que han quedado por elección de las partes fuera del análisis sometido a este Tribunal”. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el laudo se aprobó con una opinión disidente que la modificación normativa de 2010 sí violó las expectativas legítimas creadas y, con ello, el trato justo y equitativo protegido en el artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía”, p.17.

Respecto al Real Decreto 413/2014, de 6 de junio (RCL 2014\807), ante una solicitud de indemnización de los perjuicios ocasionados por su aprobación, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de junio de 2018 (RJ 2018\2632) confirma que no concurren los requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial, ni la relación de la causalidad entre la aprobación de las disposiciones a cuyo amparo se ejercita la acción, ni la antijuridicidad del daño. El Supremo ya había declarado (Sentencia 13 de junio de 2016, JUR 2016\143067) la conformidad a derecho de las normas. No existe daño porque no se puede hacer derivar los daños de la comparación entre la retribución que conferían las normas anteriores a las cuestionadas, sin tener también en cuenta las normas posteriores que ya habían modificado el régimen retributivo. Así que en este caso la modificación del régimen económico de las energías renovables no genera derecho a indemnización haciendo el Tribunal Supremo un recorrido por otras Sentencias anteriores, legislación aplicable y causas que darían lugar a esa indemnización. Por ello y por ser muy reciente es por lo que se hace referencia aquí a la misma.

²⁸ RTC 2015\270.

²⁹ Sí lo ha hecho posteriormente, por citar las más inmediatas, en las Sentencias de 4 de febrero de 2016 (RTC 2016\19), de 18 de febrero de 2016 (RTC 2016\29) y otra también de esta última fecha (RTC 2016\30). En todas ellas se descartaba la pretendida vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima que invocaban las recurrentes.

No obstante, en opinión de ALENZA GARCÍA³⁰, “estos principios han quedado seriamente debilitados al demostrar su incapacidad para limitar una mutabilidad legislativa tan vertiginosa, incoherente y caótica como la producida en el sector de las energías renovables”.

C.- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico³¹ que deroga expresamente la Ley 54/1997³², salvo algunas de sus Disposiciones Adicionales (Disposición Derogatoria Única), que quedan modificadas pero vigentes (Disposición Final Primera).

Según su Preámbulo, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, se había revelado insuficiente para garantizar el equilibrio financiero del sistema y, por ello, junto a la continua evolución del sector, el legislador se vio obligado a adaptarla en numerosas ocasiones³³, muchas de ellas, mediante la aprobación de medidas urgentes por Real

³⁰ ALENZA GARCÍA, José Francisco, *op. ult. cit.* <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-las-energias-renovables-ante-la-fugacidad-legislativa-la-mitificacion-de-los-principios-de-inseguridad-juridica-y-de-desconfianza-legitima-a-proposito-de-la-stc-270/> . Según este autor “En un breve lapso de tiempo se ha pasado del más entusiasta fervor en el apoyo de las energías renovables a su vituperio y condena. Aunque existían ya importantes medidas de fomento de las energías renovables, fue la instauración de un nuevo paradigma energético por la Unión Europea lo que aceleró el impulso de las energías renovables. Ese nuevo paradigma, consistente en la integración de la política energética y la climática con el objetivo de transformar la economía europea en una economía de alta eficiencia energética y baja emisión de CO2, no significó un cambio de rumbo de la política energética europea, sino más bien un salto cualitativo a través de la intensificación de los tres objetivos clásicos de la política energética (seguridad del abastecimiento, competitividad y protección ambiental) a la luz de las exigencias impuestas por la lucha contra el cambio climático”, p.3.

³¹ RCL 2013\1852.

³² RCL 1997\2821.

Decreto-Ley³⁴, existiendo una dispersión normativa no deseable en un sector económico tan relevante.

Esos continuos cambios normativos habían supuesto una importante distorsión en el normal funcionamiento del sistema eléctrico, y se entendía necesaria su corrección con una actuación del legislador que aportara la estabilidad regulatoria que la actividad eléctrica necesita. Se hacía aconsejable la aprobación de una reforma global del sector, basada en un nuevo régimen de ingresos y gastos del sistema eléctrico, para tratar de devolver al sistema una sostenibilidad financiera no conseguida hasta ese momento con la adopción de medidas parciales.

La nueva Ley “tiene como finalidad básica establecer la regulación del sector eléctrico garantizando el suministro eléctrico con los niveles necesarios de calidad y al mínimo coste posible, asegurar la sostenibilidad económica y financiera del sistema y permitir un nivel de competencia efectiva en el sector eléctrico, todo ello dentro de los principios de protección medioambiental de una sociedad moderna”³⁵.

³⁴ ARANA GARCÍA, Estanislao, “Uso y abuso del Decreto-Ley”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 337-365. Realiza este autor un estudio sobre la potestad que tiene el poder ejecutivo para dictar este tipo de normas con rango de ley sólo debería ejercerse en casos de verdadera y auténtica «extraordinaria y urgente necesidad» y como la situación de crisis económica amparó, en su opinión, un uso absolutamente desproporcionado. Recoge las tres fases por las que estima que ha pasado la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el control de los Decretos-Leyes, que utilizó un criterio generoso y flexible, posteriormente desde el año 2007 hasta el 2011 hubo un control más exigente y, posteriormente volvió a esa interpretación más laxa y complaciente. Esp. pp. 358 y 359. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4386736>.

³⁵ RCL 2013\1852. Preámbulo II.

Como destaca BLASCO HEDO, “esta norma concibe el suministro de energía eléctrica como un servicio de interés general. Esencialmente se fundamenta en la necesidad de adaptarse a los cambios fundamentales que se han producido desde la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, uno de cuyos hitos viene representado por la elevada penetración de las tecnologías de generación eléctrica renovables y, sobre todo, por la acumulación de desequilibrios anuales entre ingresos y costes del sistema eléctrico, lo que ha provocado la aparición de un déficit estructural y una deuda acumulada que supera los veintiséis mil millones de euros. Esta inestabilidad financiera, unida a la dispersión normativa existente en un sector económico tan relevante, ha llevado al legislador a aprobar esta nueva ley, que implica una reforma global del sector, basada en un nuevo régimen de ingresos y gastos del sistema eléctrico”³⁶.

De conformidad con su art. 1, esta ley tiene por objeto “establecer la regulación del sector eléctrico con la finalidad de garantizar el suministro de energía eléctrica, y de adecuarlo a las necesidades de los consumidores en términos de seguridad, calidad, eficiencia, objetividad, transparencia y al mínimo coste”.

³⁶ BLASCO HEDO, Eva, “Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013) “Legislación al día. Estado. Energía eléctrica”. *Actualidad Jurídica Ambiental* 5 de febrero de 2014 <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-estado-energia-electrica-5/> Consultada el 3 de julio de 2018.

En su art. 2.3 establece que “corresponde al Gobierno y a las Administraciones Públicas la regulación y el control de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica”

Según MORA RUÍZ, esta Ley “insiste en la necesidad de tratar de manera análoga todas las tecnologías de producción de energía eléctrica que se integran en el mercado, de forma que la consideración de las fuentes de energías renovables se hará no en atención a la potencia de las instalaciones, sino a la tecnología e implicaciones en el sistema. Con ello se pretende una regulación unificada que, sin perjuicio de consideraciones singulares, abandona la diferenciación entre régimen ordinario y especial”. Además “la ordenación de estas energías... se vincula directamente a la ordenación del Sector Eléctrico, y, por tanto, a un especialísimo modelo de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, tal y como se plantea en la Sentencia de referencia, en el que la potencia de las instalaciones se convierte en el dato delimitador del mismo”³⁷.

El art. 5 regula la coordinación con planes urbanísticos³⁸. Los proyectos de energía renovable deberán obtener los correspondientes

³⁷ MORA RUÍZ, Manuela, *Actualidad Jurídica Ambiental*, Jurisprudencia al día. Tribunal Supremo, 13 de febrero de 2014, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-supremo-autorizacion-parques-eolicos/>. Consultada el 2 de agosto de 2018.

³⁸ Art. 5. “1. La planificación de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica, que se ubiquen o discurran en cualquier clase y categoría de suelo, deberá tenerse en cuenta en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio y urbanístico, el cual deberá precisar las posibles instalaciones y calificar adecuadamente los terrenos, estableciendo, en ambos casos, las reservas de suelo necesarias para la ubicación de las nuevas instalaciones y la protección de las existentes.

permisos urbanísticos, con carácter previo a su instalación, ya sean autonómicos o locales.

Estas instalaciones suelen proyectarse en zonas no habilitadas para ello por el planeamiento urbanístico por lo que se hace preciso, con carácter previo a la licencia de obras, a través de la cual se verifica por parte de los Ayuntamientos si el proyecto de instalación se ajusta a las determinaciones urbanísticas, ya sea la modificación del planeamiento o la aprobación de alguno de los instrumentos de interés público en suelo rústico. De esta manera no puede otorgarse licencia de obras si previamente no se ha obtenido la autorización especial en suelo no urbanizable, tras la correspondiente planificación.

D.- Real Decreto 413/2014, de 6 de junio³⁹, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos.

2. Cuando existan razones justificadas de urgencia o excepcional interés para el suministro de energía eléctrica que aconsejen el establecimiento de instalaciones de transporte y distribución que precisen de un acto de intervención municipal previo, se estará a lo dispuesto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el [Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio \(RCL 2008\1260\)](#) . El mismo procedimiento será aplicable en los casos en que existan instrumentos de ordenación territorial y urbanística ya aprobados definitivamente, en los que no se haya tenido en cuenta la planificación eléctrica conforme al apartado anterior.

3. En todo caso, en lo relativo a las instalaciones de transporte cuya autorización sea competencia de la Administración General del Estado se estará a lo establecido en la [disposición adicional duodécima](#) de la [Ley 13/2003, de 23 de mayo \(RCL 2003\1373\)](#) , reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

4. A todos los efectos, las infraestructuras propias de las actividades del suministro eléctrico, reconocidas de utilidad pública por la presente ley, tendrán la condición de sistemas generales”.

³⁹ RCL 2014\807.

En línea de continuidad y desarrollando la Ley 24/2013 asume uno de los principios fundamentales desde la derogada Ley 54/1997 y es que “los regímenes retributivos que se articulen deben permitir a este tipo de instalaciones cubrir los costes necesarios para competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable sobre el conjunto del proyecto”⁴⁰. Junto con el resto de medidas en el ámbito del sector eléctrico aprobadas a lo largo de 2013 y 2014, se encuadraba este Real Decreto “dentro del Programa Nacional de Reformas, presentado por el Gobierno de España a la Comisión Europea el 30 de abril de 2013, en el que se contenía el compromiso del Gobierno de presentar un paquete de medidas normativas con vistas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico”⁴¹.

E.- Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero⁴², por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del

⁴⁰ Exposición de Motivos I.

⁴¹ Exposición de Motivos II.

⁴² RCL 2016\183. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2018, RJ 2018\3320, el Tribunal Supremo vuelve a abordar una impugnación relacionada con el [Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos](#), y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, que introdujeron cambios importantes en el régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables y cogeneración. En esta ocasión, se trata de la desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por una entidad mercantil afectada por la modificación del régimen retributivo en materia de energías renovables y cogeneración. El Tribunal Supremo Tribunal Supremo, “trayendo a colación la jurisprudencia constitucional (en particular, la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el [Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio](#)) y las Sentencias del propio Tribunal Supremo que resuelven los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra

Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, a la que se hacía referencia anteriormente.

Se transpone parcialmente la Directiva y se pretende impulsar y promover un conjunto de actuaciones que puedan contribuir al ahorro y la eficiencia de la energía consumida, además de optimizar la demanda energética de la instalación, equipos o sistemas consumidores de energía.

F.- Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre⁴³, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los

el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, y reiterando la doctrina ya sentada en otras Sentencias anteriores que resuelven recursos similares contra desestimaciones de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por instalaciones de producción de electricidad procedentes de energías renovables, desestima el recurso y determina la inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la modificación de la normativa reguladora del régimen retributivo en materia de energías renovables y cogeneración. En su opinión, no se vulneran los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, por lo que el daño provocado no tiene la calificación de antijurídico, faltando así uno de los presupuestos básicos para la existencia de responsabilidad patrimonial.

No olvidemos, sin embargo, que paralelamente a esta ya consolidada jurisprudencia contencioso-administrativa, España ha perdido varios arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, en relación con el nuevo marco regulatorio introducido y el cambio del régimen retributivo sobre las energías renovables a partir de 2010. Así, el CIADI, en varios casos, ha declarado que España ha violado el artículo 10 de la Carta de la Energía y ha estimado parcialmente las reclamaciones de los demandantes, condenando a España a pagar compensaciones por concepto de daños por el cambio acontecido en el marco legislativo español relativo al sector (128 millones de euros a la compañía británica Eiser Infrastructured Limited y su filial luxemburguesa Energía Solar Luxembourg; 65 millones de euros a Masdar; y 112 millones de euros a Antin)". CASADO CASADO, Lucía, *Actualidad Jurídica ambiental*, Jurisprudencia al día. Tribunal Supremo. España. Responsabilidad patrimonial. Energías renovables, 4 de octubre de 2018, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-supremo-espana-responsabilidad-patrimonial-energias-renovables/>.

⁴³ RCL 2018\1366.

consumidores. El Gobierno adopta una serie de medidas urgentes con la finalidad de que los consumidores dispongan de información e instrumentos para gestionar la demanda eléctrica, optimizar su consumo y reducir su factura energética. Además, se pretende acelerar la integración de las energías renovables, el fomento de la movilidad sostenible y la eficiencia energética.

Estas medidas han supuesto modificaciones, entre otras, de la Ley del Sector Eléctrico del año 2013, ya reseñada.

II.3.3.- Necesaria referencia a la Ley del Suelo y Ley del Catastro Inmobiliario.

Según el art. 13 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre⁴⁴, los terrenos que se encuentren en situación de suelo rural deben utilizarse según su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Excepcionalmente podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural.

⁴⁴ RCL 2015\1699

Por ello, cada legislación urbanística regula la autorización especial necesaria para la construcción de un proyecto de energías renovables en suelo no urbanizable, autorización que se otorgará por el órgano urbanístico competente de cada Comunidad Autónoma⁴⁵.

⁴⁵ Artículo 13. Contenido del derecho de propiedad del suelo en situación rural: facultades

1. En el suelo en situación rural a que se refiere el artículo 21.2,a), las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

La utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice.

Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural.

2. En el suelo en situación rural para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado las facultades del derecho de propiedad incluyen las siguientes:

a) El derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística fijará el plazo máximo de contestación de la consulta, que no podrá exceder de tres meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor, así como los efectos que se sigan de ella. En todo caso, la alteración de los criterios y las previsiones facilitados en la contestación, dentro del plazo en el que ésta surta efectos, podrá dar derecho a la indemnización de los gastos en que se haya incurrido por la elaboración de proyectos necesarios que resulten inútiles, en los términos del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

b) El derecho de elaborar y presentar el instrumento de ordenación que corresponda, cuando la Administración no se haya reservado la iniciativa pública de la ordenación y ejecución.

c) El derecho a participar en la ejecución de las actuaciones de nueva urbanización, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación.

Para ejercer esta facultad, o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes ni contarse desde un momento anterior a aquél en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados.

d) La realización de usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos por la legislación territorial y urbanística, o la sectorial y sean compatibles con la ordenación urbanística. Estos usos y obras deberán cesar y, en todo caso, ser demolidas las obras, sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo acuerde la Administración urbanística.

Una vez que se obtiene esta autorización se necesitará la licencia municipal del correspondiente Ayuntamiento para comprobar si se respetan los valores naturales existentes en la zona. Se habrá de tener en cuenta, ante todo, las normas urbanísticas que tengan como objeto conseguir una armonización de las construcciones con las características morfológicas y estéticas de los inmuebles y del entorno o área en que se sitúan. Al respecto el art. 20 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana⁴⁶ recoge los criterios básicos de utilización del suelo, luego contemplados en las distintas normativas autonómicas.

La eficacia de las autorizaciones correspondientes, bajo las indicadas condiciones expresamente aceptadas por sus destinatarios, quedará supeditada a su constancia en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria.

El arrendamiento y el derecho de superficie de los terrenos a que se refiere este apartado, o de las construcciones provisionales que se levanten en ellos, estarán excluidos del régimen especial de arrendamientos rústicos y urbanos, y, en todo caso, finalizarán automáticamente con la orden de la Administración urbanística acordando la demolición o desalojo para ejecutar los proyectos de urbanización. En estos supuestos no existirá derecho de realojamiento, ni de retorno.

e) El derecho de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con lo previsto en el apartado 1, siempre que el ejercicio de estas facultades sea compatible con la previsión ya contenida en el instrumento de ordenación territorial y urbanística en relación con su paso a la situación de suelo urbanizado.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación.

⁴⁶ Art. 20. Criterios básicos de utilización del suelo

1. Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:

- a) Atribuir en la ordenación territorial y urbanística un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural.
- b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta,

Hasta la entrada en vigor de la Ley del Catastro Inmobiliario⁴⁷ la naturaleza del bien se determinaba por la del elemento principal, suelo o construcción, por lo que los parques eólicos se calificaban como urbanos porque su elemento principal era la construcción. Con la LCI y según su art. 7.1⁴⁸ su calificación depende de la naturaleza del suelo, por lo que al instalarse sobre suelos rústicos los parques eólicos se consideran bienes rústicos.

alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación, garantizará una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social y comprenderá, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 10 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización.

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior o eximirlos para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.

c) Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.

2. Las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo.

⁴⁷ Ley del Catastro Inmobiliario, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. RCL 2004\599.

⁴⁸ Art. 7.1: “El carácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza de su suelo”.

La LCI clasifica catastralmente los bienes inmuebles en urbanos, rústicos y de características especiales⁴⁹. Esta última categoría fue introducida por la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, y se mantiene en la vigente Ley. Con ello, esta cuestión quedó simplificada conceptualmente, como se verá más adelante.

II.3.4.- En especial, Andalucía.

La cuestión aparece regulada en esta Comunidad por la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y Ahorro Energético de Andalucía⁵⁰, modificada la última vez por Decreto Ley 5/2014, de 22 de abril⁵¹. El Reglamento de Fomento de las Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética en Andalucía fue aprobado por el Decreto 169/2011, de 31 de mayo⁵², y posteriormente modificado por Decreto 2/2013, de 15 de enero⁵³.

La estrategia de la Junta de Andalucía en materia de planificación y ordenación energética tiene entre sus objetivos principales contribuir al uso sostenible y eficiente de los recursos

⁴⁹ Art. 6.4: “Los bienes inmuebles se clasifican catastralmente en urbanos, rústicos y de características especiales”

⁵⁰ BOJA 7 de mayo de 2007, LAN 2007\147.

⁵¹ BOJA 30 de abril de 2014, LAN 2014\137.

⁵² BOJA 9 de junio de 2011, LAN 2011\239.

⁵³ BOJA 17 de enero de 2013, LAN 2013\20.

energéticos de la Comunidad, recogiendo y trasladando los principios y objetivos de la política energética europea y nacional⁵⁴. Para ello se han desarrollado y aprobado a lo largo de los años, distintos trabajos de planificación energética entre los que hay que destacar el Plan Energético de Andalucía 2003-2006 (PLEAN) y el Plan Andaluz de Sostenibilidad Energética 2007-20013 (PASENER). Este último Plan contemplaba entre sus objetivos impulsar el ahorro y la eficiencia energética, potenciar las energías renovables y limpias, la suficiencia energética y la sostenibilidad.

Con su finalización se planteó un nuevo marco y el 26 de febrero de 2013 el Consejo de Gobierno aprobó el inicio de los trámites para la elaboración de la Estrategia Energética de Andalucía 2014-2020, en el que se establecieran las bases de la política de la Junta en ahorro y eficiencia, fomento de las renovables y desarrollo de infraestructuras. El documento seguiría las orientaciones tanto de la legislación autonómica vigente como de la Estrategia Europa 2020, que se propone alcanzar en ese año el 20% de energías limpias en el consumo total, reducir las emisiones de efecto invernadero en un 20% respecto a 1990 y disminuir en ese mismo porcentaje el consumo de energía primaria de la Unión Europea⁵⁵. Se pretendía la continuidad de una planificación energética andaluza estable y coherente en el

⁵⁴ <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaycomercio/areas/energia/planificacion-ordenacion.html>. Consultada el 25 de junio de 2018.

⁵⁵ El 31 de julio de 2014 se realizó el anuncio de la Viceconsejería por el que se sometió a información pública la Estrategia Energética de Andalucía 2020 y su informe de Sostenibilidad Ambiental.

tiempo, que tuviera en cuenta los importantes recursos renovables de nuestra región.

El 27 de octubre de 2015 el Consejo de Gobierno aprobó la Estrategia Energética de Andalucía 2020⁵⁶. Las razones para este retraso de dos años habría que buscarlas, tal vez, en la promulgación del Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio de 2013⁵⁷, al que se hacía referencia, por el que se adoptaron medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sector eléctrico como presupuesto ineludible de su sostenibilidad económica y de la seguridad de suministro, medidas que iban dirigidas a todas las actividades del sector eléctrico. También influiría, aunque se estima que en menor medida, el procedimiento que se siguió para su elaboración. La redacción de la Estrategia Energética de Andalucía 2020 corrió a cargo de una Comisión de Redacción formada por representantes de todas las Consejerías de la Junta de Andalucía, que hicieron aportaciones desde sus respectivos ámbitos de trabajo para que el resultado fuera un documento dotado de coherencia en las políticas, transversal, solidario, equitativo, eficaz y eficiente en la gestión de los recursos públicos. Se consideró necesario incorporar la opinión de todos los actores de la sociedad andaluza (entidades empresariales,

⁵⁶ BOJA 11 de noviembre de 2015.

⁵⁷ RCL 2013\1092 Exposición de Motivos I “el presente real decreto-ley articula, con carácter urgente, una serie de medidas, equilibradas, proporcionadas y de amplio alcance, destinadas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico como presupuesto ineludible de su sostenibilidad económica y de la seguridad de suministro, y dirigidas a todas las actividades del sector eléctrico”.

consumidores, particulares, empresas y colegios profesionales) a través de distintos grupos de trabajo, enriqueciéndose el documento con sus aportaciones y opiniones. Así mismo, se garantizó la participación ciudadana a través de una plataforma digital y durante el período de información pública previo a la aprobación de la Estrategia⁵⁸.

El modelo energético que propone se basa en los siguientes “principios⁵⁹”:

1. Contribuir a un uso eficiente e inteligente de la energía, priorizando el uso de los recursos autóctonos sostenibles, así como los sistemas de autoconsumo
2. Situar a los sectores de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética como motores de la economía andaluza
3. Garantizar la calidad del suministro energético, impulsando la transición de las infraestructuras energéticas hacia un modelo inteligente y descentralizado, integrado en el paisaje
4. Actuar desde la demanda para hacer al ciudadano protagonista del sistema energético
5. Optimizar el consumo energético en la Administración de la Junta de Andalucía, mejorando la eficiencia de sus

⁵⁸ <https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/estrategia-energetica/proceso-participativo> Consultada el 28 de junio de 2018.

⁵⁹ <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaycomercio/areas/energia/planificacion-ordenacion.html>. Consultada el 25 de junio de 2018.

instalaciones e incorporando criterios de gestión orientados al ahorro energético”

A su vez, estos principios llevan aparejados cinco “Programas de Actuación:

- Energía Inteligente (para configurar un sistema energético más eficiente principalmente en la edificación sostenible y la movilidad),
- Mejora de la Competitividad (para mejorar la economía andaluza y de sus empresas mediante una mayor eficiencia en el uso de la energía y potenciando la innovación),
- Mejora de las Infraestructuras y Calidad de los Servicios Energéticos (que garanticen el suministro energético de calidad y aprovechamiento de los recursos autóctonos),
- Cultura Energética (cambio de comportamiento en la ciudadanía, la empresa y la administración hacia un mejor uso de la energía), y
- Gestión Energética en las Administraciones Públicas de Andalucía”⁶⁰.

⁶⁰<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaycomercio/areas/energia/planificacion-ordenacion.html>. Consultada el 25 de junio de 2018.

Esta Estrategia se ejecutaría mediante Planes de Acción bienales que incorporarían las acciones específicas

El primero de ellos, el Plan de Acción 2016-2017, recoge 117 acciones y ha sido aprobado por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio.

El 60% del total de las acciones se concentran en los programas de Gestión Energética de las Administraciones Públicas de Andalucía y Mejora de la Competitividad. Se da así preferencia a la generación de actividad económica empresarial y a la mejora de su competitividad mediante el uso eficaz de la energía y se refuerza el papel ejemplarizante de la administración. El resto se distribuye en los Programas Energía Inteligente, Mejora de las Infraestructuras y Calidad de los Servicios Energéticos y Cultura Energética⁶¹.

Hay anunciado un segundo Plan de Acción, el 2018-2020, que ya no será bienal como anunciaba la Estrategia, al no estar todavía aprobado, aunque igual termina siéndolo.

Con todo ello, las inversiones realizadas en los últimos años han hecho que las energías renovables tengan cada vez un mayor protagonismo en el sector eléctrico andaluz.

⁶¹ <https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/plan-de-accion-2016-2017>

La Agencia Andaluza de la Energía⁶² es la encargada de desarrollar las políticas de la Junta de Andalucía destinadas a optimizar, desde el punto de vista energético, económico y ambiental, el abastecimiento de la Comunidad Autónoma.

“La Agencia Andaluza de la Energía es un instrumento para la puesta en práctica de la política energética del Gobierno andaluz, participando en la definición de la planificación en materia energética, contribuyendo a la optimización en términos económicos y medioambientales del autoabastecimiento energético de nuestra Comunidad Autónoma y apoyando proyectos de interés para la transformación del sistema energético andaluz, desarrollando programas e iniciativas para fomentar el ahorro, la eficiencia energética y la utilización de recursos renovables.

En este sentido, entre los principales objetivos de la Agencia se encuentran:

- Fomentar el uso de los recursos renovables autóctonos y las acciones de ahorro y eficiencia energética y gestión de la demanda, como medidas para incrementar el autoabastecimiento energético, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente en Andalucía.

⁶² Creada por Ley 4/2003, de 23 de septiembre, BOJA 1 de octubre de 2003, LAN 2003\486. Sus Estatutos se aprobaron por el Decreto 21/2005, de 1 de febrero, BOJA 11 de febrero de 2005, LAN 2005\73 y posteriormente modificados por el Decreto 8/2014, de 21 de enero, BOJA 11 de febrero de 2014, LAN 2014\51.

- Promover y difundir los principios de una nueva cultura energética basada en un uso responsable y sostenible de la energía.
- Contribuir a la ordenación equilibrada del territorio y al crecimiento económico, mediante el apoyo técnico a una planificación energética que garantice un suministro seguro, estable, diversificado, eficiente y de calidad a toda la ciudadanía andaluza.
- Impulsar un tejido empresarial competitivo en tecnologías energéticas eficientes, limpias e innovadoras”⁶³.

Recientemente el Decreto-ley 2/2018, de 26 de junio⁶⁴, de simplificación de normas en materia de energía y fomento de las energías renovables en Andalucía, incorpora medidas tendentes a la simplificación de las obligaciones en materia de ahorro, eficiencia energética y aprovechamiento de recursos renovables, tanto en el ámbito de la edificación como en el de las actividades empresariales que se desarrollen en Andalucía. Igualmente establece medidas de impulso y promoción de proyectos de energías renovables en nuestra Comunidad Autónoma, declarando el carácter estratégico de algunas de estas inversiones.

⁶³ <https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/conoce-la-agencia/mision-y-objetivos>. Consultada el 28 de junio de 2018.

⁶⁴ LAN 2018\263.

Por último, aún sin estar todavía en vigor, la Ley 8/2018, de 8 de octubre⁶⁵, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético. Nuestra Comunidad Autónoma apuesta por una ley cuya finalidad es establecer los objetivos y medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero e incrementar la capacidad de los sumideros de CO₂. Asimismo, se pretende impulsar una transición energética justa hacia un futuro modelo social, económico y ambiental en el que el consumo de combustibles fósiles tienda a ser nulo. Todo ello, a través de una promoción de fuentes de energía renovables preferentemente de proximidad. En definitiva, se establece un marco normativo para estructurar y organizar la lucha contra el cambio climático en el ámbito andaluz. Esta Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, esto es, el 15 de enero de 2019.

⁶⁵ LAN 2018\414.

III.- AIRE, VIENTO Y ENERGÍA EÓLICA	55
III.1.- Conceptos.....	55
III.2.- Configuración jurídica del viento.	56
III.2.1.- Introducción.	56
III.2.2.- Caracterización del viento.	62
III.3.- ¿Es el viento “cosa”?	70
III.3.1.- Artículo 333 del Cc.	70
III.3.2.- Cosa o bien.	73
III.3.4.- Apropiabilidad.....	78
III.3.5. Conclusiones provisionales al respecto.	82
III.4.- Bien mueble o inmueble.	85
III.5.- Consecuencias del aprovechamiento “singular” del viento.....	89

III.- AIRE, VIENTO Y ENERGÍA EÓLICA

III.1.- Conceptos.

En su primera acepción la RAE define “aire” como “gas que constituye la atmósfera terrestre, formado principalmente de oxígeno y nitrógeno, y con otros componentes como el dióxido de carbono y el vapor de agua” y “viento” como “corriente de aire”⁶⁶. Define también este último como “corriente de aire producida en la atmósfera por causas naturales, como diferencias de presión o temperatura”⁶⁷.

Si hablamos de energía eólica lo hacemos, lógicamente, de viento. Resultará interesante a esta investigación hacer, a continuación, referencia a la configuración jurídica del mismo y a su posible valor o interés económico. Como adelantábamos en el anterior capítulo, esta generación de energía supone aprovechar el viento de una forma distinta a como lo hacemos los seres humanos en nuestra vida cotidiana. Se requiere para ello un uso intensivo o una “utilización especial” del recurso eólico que como recoge la STS de

⁶⁶ <http://dle.rae.es/?id=1L3KU50|1L4xmvc>

⁶⁷ <http://dle.rae.es/?id=bnYP5E0|bnaUoWv>

28 de marzo de 2006, “no siendo consuntiva, como resulta obvio, sí puede atenuar la disfrutable por otras instalaciones”⁶⁸.

En relación a la energía eólica, no encontrábamos su definición en el Diccionario de la RAE. Al buscar “eólico” su cuarta acepción es “producido o impulsado por el viento” y aparece el término “aerogenerador” como “molino eólico”. Un aerogenerador es un “aparato que transforma la energía eólica en energía eléctrica mediante rotores de palas”⁶⁹. De esta forma la energía que producen los aerogeneradores al transformar la energía producida por el viento es una clase de energía renovable que se encuentra entre las muchas recogidas en el art. 2 a) de la Directiva 2009/28, de 23 de abril, ya citada⁷⁰.

III.2.- Configuración jurídica del viento.

III.2.1.- Introducción.

⁶⁸ RJ 2006\1115.

⁶⁹ <http://dle.rae.es/?id=0ttaaJY>

⁷⁰ LCEur 2009\780, modificada por la 2015/1531/UE, de 9 de septiembre, LCEur 2015\1341.

El viento no es un bien de dominio público y una posible declaración al respecto cuenta con partidarios y detractores, “nadie sostiene... que a día de hoy, el viento, la energía eólica si se prefiere, sean bienes de dominio público en nuestro país⁷¹”.

La STS de 28 marzo 2006⁷² tuvo ocasión de manifestarse al respecto. Los actores y recurrentes eran titulares de diversas parcelas. Sus parcelas lindaban en una parte con la línea perimetral de un Parque Eólico y entendían que la colocación de aerogeneradores próximos a la línea de delimitación, afectaba a sus intereses porque modificaba el uso del terreno de los recurrentes y disminuía las perspectivas económicas de sus fincas.

Los recurrentes habían convenido con otra empresa promotora la cesión de sus terrenos para la instalación de otro parque eólico. Por ello solicitaban que los aerogeneradores se desplazaran para no privarles del uso del recurso eólico ya que se estaban vulnerando sus derechos dominicales e intereses legítimos, privándoles del disfrute de su propiedad en los términos que establece el Código Civil y de la posibilidad de obtener en su día la autorización para instalar un parque eólico.

⁷¹ DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La naturaleza jurídica de la energía eólica”, en TORRES LÓPEZ, M^a Asunción y ARANA GARCÍA, Estanislao (Dir.) y LÓPEZ SAKO, Masao Javier (Coord.), *Energía Eólica: Cuestiones Jurídicas, Económicas y Ambientales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p 225.

⁷² RJ 2006\1115.

Según el Tribunal Supremo “los actos administrativos impugnados no privan a los recurrentes de sus derechos dominicales en términos que vulneren el artículo 33.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y el artículo 349 del Código Civil (LEG 1889, 27) , esto es, que supongan expropiación forzosa por privación singular de bienes o derechos”. Además, “los titulares dominicales de los terrenos no tienen, pues, un derecho preexistente e incondicionado a la instalación de aquella modalidad de aerogeneradores para producción de energía eléctrica” (Fundamento de derecho duodécimo).

A su vez, la Sentencia de 26 junio 2006⁷³, en un supuesto de hecho que se plantea de forma similar, recoge “unas iniciales consideraciones generales sobre los dos preceptos supuestamente infringidos y de las consideraciones derivadas de las sentencias del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre (RTC 1986, 166) y 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988, 227) , para concluir que del artículo 33.3 CE derivan tres garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos: 1), un fin de utilidad pública o interés social, o causa *expropriandi*; 2), el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización, y 3), la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las Leyes” (Fundamento de derecho cuarto). Después reproduce las argumentaciones de la Sentencia de marzo.

⁷³ RJ 2006\3974.

Afirma el Tribunal Supremo en estas Sentencias que el viento pertenece a las *res communis omnium* por tener carácter inapropiable⁷⁴. A continuación se transcribe esta doctrina por su interés para solucionar la cuestión que se plantea en este apartado⁷⁵:

La utilización tradicional de la energía del viento para fines industriales ("aquellos que allí se parecen no son gigantes, sino molinos de viento, y lo que en ellos parecen brazos son las aspas, que, volteadas del viento, hacen andar la piedra del molino") se ha visto extraordinariamente potenciada en los últimos años mediante instalaciones que la transforman en energía eléctrica. A través de grandes aerogeneradores cuyas palas del rotor son movidas por el viento, la energía mecánica de éste, variable en función de su velocidad, se convierte en energía eléctrica según unos mecanismos y Leyes físicas que permiten el aprovechamiento energético de los recursos eólicos. La utilización de esta fuente de energía renovable y "limpia" que permite producir electricidad sin consumir combustibles fósiles y sin emitir gases contaminantes va en constante y progresivo aumento y ha conseguido en España (cuya legislación del sector eléctrico trata de favorecerla de modo singular) cotas de desarrollo técnico e importancia económica muy relevantes.

⁷⁴ Este carácter de inapropiable será objeto de reflexión en un apartado diferenciado.

⁷⁵ La doctrina es idéntica en ambas Sentencias; los recurrentes entendían que la cercanía de sendos parques eólicos cerca de los linderos de las fincas de su propiedad y por la denominada "zona de influencia" de los mismos, les privaba del uso del recurso eólico de sus propias fincas.

La regulación jurídica de la energía eólica aprovechable para producir electricidad no ha alcanzado, sin embargo, quizá por su reciente implantación, un grado de madurez suficiente. A diferencia de otros recursos naturales con capacidad energética que cuentan con una norma legal específica como son las aguas o los hidrocarburos (y, en general, los recursos mineros), no hay una Ley paralela sobre los vientos como objeto de dominio público ni sobre el aprovechamiento de los recursos eólicos. La referencia que contiene el artículo 3 de la Ley de Aguas (texto refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio [RCL 2001, 1824, 2906]) a la "fase atmosférica del ciclo hidrológico, que sólo podrá ser modificada artificialmente por la Administración del Estado o por aquellos a quienes ésta autorice", tiene un propósito y un contenido ajenos a las cuestiones aquí suscitadas, al igual que sucede con las disposiciones de la Ley 48/1960 (RCL 1960, 1041, 1259) , de Navegación Aérea, cuyo artículo primero se limita a proclamar la sujeción a la soberanía del Estado del espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial.

No es difícil concluir, sin embargo, que los vientos –si es que pudiera calificárseles de "cosas"– entran dentro de la categoría de las res communis omnium, las "cosas" que son comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza, de modo que,

en principio, nadie puede reivindicar para sí su uso exclusivo. Es propio de aquella categoría que las "cosas" que en ella se comprenden tengan, por sus mismas características, la condición simultánea de res extra commercium, esto es, sustraídas al tráfico mercantil.

Ocurre, sin embargo que los avances tecnológicos permiten ahora la posibilidad de una utilización industrial del viento, esto es, de los "recursos eólicos" que bajo esta denominación revelan ya su importancia económica. El viento como recurso natural – o, más propiamente, la energía que en él se contiene– va adquiriendo, en paralelo a su valoración económica, una significación jurídica que requiere la intervención del legislador, tanto más cuanto que las características de los aerogeneradores con los que se trata de aprovechar aquella energía implican una cierta "utilización especial" del recurso eólico que, no siendo consuntiva, como resulta obvio, sí puede atenuar la disfrutable por otras instalaciones cercanas. El hecho de que la corriente de viento tras el paso por las palas del rotor sea menor e incorpore turbulencias, comparada con la corriente que llega a aquéllas, supone que los aerogeneradores ralentizan el viento que dejan tras de sí, lo que obliga a que en los parques eólicos integrados por varios se fije una distancia mínima entre aerogeneradores (mayor en la dirección de los vientos dominantes y menor en la perpendicular) para disminuir las

pérdidas de energía derivadas del apantallamiento entre unos y otros.

III.2.2.- Caracterización del viento.

El viento entra en la categoría de las *res communis omnium*, cosas que son comunes a todos los hombres (si es que efectivamente puede calificarse de “cosa”, como reflexiona el Tribunal Supremo) e inapropiables por naturaleza. Nadie puede reivindicar para sí su uso exclusivo. Por lo mismo, por sus propias características, es *res extra commercium*, sustraída al tráfico mercantil. Respecto a la posibilidad de considerarlo un bien de dominio público LAFUENTE BENACHES critica esta consideración de parte de la doctrina y la jurisprudencia⁷⁶. No se trata, desde luego, de un bien destinado a un uso o servicio

⁷⁶ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, “La valoración de la aptitud eólica en el justiprecio del suelo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 190, Madrid, enero-abril 2013, pp. 367-403. Recoge además la posición doctrinal minoritaria que considera el aire como bien de dominio público. También las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de octubre de 2008 (JUR 2009\106314) y de 9 de noviembre de 2010 (JUR 2011\51952) que “niegan al viento su consideración como elemento patrimonial privado de cuya coactiva exacción se deba resarcir, mediante el instituto de la expropiación, en atención a su naturaleza demanial”. Esta calificación supone y pone en evidencia “el desconocimiento de la categoría de los bienes de dominio público, que exige, entre otros requisitos, el de una norma legal que así los califique, los excluya del tráfico jurídico y les dote de un nivel mayor de protección jurídica, lo que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico”(p.377). Añade esta autora que “ni en nuestro Código Civil, ni en la Constitución española (art. 132), ni en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico se incluyen el aire y el viento como bienes de dominio público” (p.378).

público según los arts. 132 de la Constitución Española⁷⁷ y 338 del Código civil⁷⁸.

Ahora bien, en palabras de la misma autora, “la industria eólica no aprovecha el viento en la misma medida que los seres vivos utilizan las propiedades del viento para respirar el aire en él contenido o para emplearlo para utilidades naturales que obtienen un beneficio del viento...sino que conlleva un uso y aprovechamiento más intensivos. Este uso intensivo requiere la ocupación del suelo o terreno sobre el que el viento sopla, lo que determina importantes afecciones sobre las utilidades del mismo y limita la disponibilidad del viento en el terreno en cuestión y en los terrenos colindantes, por lo que no resulta adecuado seguir considerando que estamos en presencia de una modalidad más de aprovechamiento común del viento, sino ante un aprovechamiento singular que incluso puede llegar a ser, según los caso, excluyente”⁷⁹. A esto precisamente se referían las dos Sentencias del Tribunal Supremo del año 2006 antes citadas⁸⁰, ya que los recurrentes defendían que los parques eólicos colindantes con sus fincas les privaban del uso del recurso eólico de las suyas propias

⁷⁷ RCL 1978\2836. Art. 132. 2. “Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo- terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”.

⁷⁸ LEG 1889\27. Art. 338 “Los bienes son de dominio público o de propiedad privada”.

⁷⁹ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 370.

⁸⁰ STS de 28 de marzo de 2006, RJ 2006\1115, y de 26 de junio de 2006, RJ 2006\3974.

III.2.3.- ¿Influye la utilización “singular” del viento en su configuración jurídica?

Los avances tecnológicos permiten ahora la utilización industrial del aire en movimiento, del viento, de los recursos eólicos. La energía que éste genera, la que en él se contiene, hace que el viento como recurso natural haya ido adquiriendo una enorme trascendencia económica y que, a la vez, requiera, como se ha comprobado, la intervención del legislador desde la perspectiva de la energía que proporciona. Pero la instalación de aerogeneradores para aprovechar su energía implica una utilización especial del recurso eólico que, aun sin ser consuntiva, obviamente, sí puede atenuar la que puedan disfrutar otras instalaciones cercanas.

En este sentido y en la línea marcada por las STS citadas, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en la sentencia de 8 de julio de 2011⁸¹, entra a valorar “los perjuicios patrimoniales y económicos causados en la propiedad y en la empresa por el hecho de ser colindante con las fincas donde están los molinos” y “concreta dicha afectación en varios aspectos; por un lado en la imposibilidad de la recurrente de que pueda aprovechar la energía eólica en la finca, al haberse agotado el aprovechamiento con el parque de...; por otro en que la finca queda encerrada entre los aerogeneradores, lo que entraña

⁸¹JUR 2011\275874.

un riesgo para la salud de los empleados y las familias y perjudica gravemente a su proyecto empresarial de actividades agroturísticas; supone la instalación aprobada una serie de impactos acústicos, paisajísticos, cinegéticos, ambientales y otros que trascienden más allá del lugar donde materialmente se ubican las instalaciones”⁸². En esa ocasión, según el Tribunal, la pretensión no podía reconocerse “sin perjuicio de que en determinados aspectos sea razonable su planteamiento” ya que “es cierto que la atribución del aprovechamiento de la energía eólica a una empresa o persona puede impedir su aprovechamiento a otros, como es el caso, pues la instalación de varios parques eólicos en una misma zona puede llegar a agotar el uso industrial del viento”. Igualmente, “la autorización de la instalación de aerogeneradores en las proximidades de fincas limítrofes no priva a los propietarios de esas fincas de derechos dominicales, u otro tipo de derechos cuya privación deba ser indemnizada”.

El viento es inagotable pero determinados aprovechamientos del mismo pueden impedir el aprovechamiento de otros e incluso agotar su uso industrial. Tampoco lo son por tanto los lugares idóneos para la instalación de los aerogeneradores. Se desaconseja su instalación en zonas urbanizadas, “por razones de seguridad y para evitar las molestias acústicas a la población”⁸³. Igualmente estarán excluidas las

⁸² Fundamento de Derecho Quinto.

⁸³ Así que producen molestias acústicas, cuestión que será tratada más adelante.

áreas naturales protegidas, para no perturbar la fauna natural de por sí amenazada o en peligro de extinción. Aunque se puede admitir que la percepción del impacto paisajístico⁸⁴ tiene bastante de subjetiva, parece innegable que la conservación de un lugar reconocido por sus valores paisajísticos no resulta compatible con unas instalaciones artificiales semejantes⁸⁵.

Si además se tiene en cuenta el régimen de vientos (cuestiones relativas a su velocidad, a cuál sea el viento dominante, a que no existan obstáculos en esa dirección...) se deduce que los emplazamientos posibles de un parque eólico son limitados⁸⁶.

⁸⁴ Se reconocen en general impactos acústicos, paisajísticos, cinegéticos ambientales y, como decía la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de julio de 2011, JUR 2011\275874, “otros que trascienden más allá del lugar donde materialmente se ubican las instalaciones”.

⁸⁵ DELGADO PIQUERAS, Francisco, *op. ult. cit.*, p. 220.

⁸⁶ El Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía <http://www.idae.es/>, al que ya se ha hecho referencia, dependiente del Ministerio para la Transición Ecológica, publica en su web un Atlas Eólico <http://atlaseolico.idae.es/> (el 22 de agosto de 2018 sigue constando el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital como autor del mismo). Se persigue con el mismo “un doble objetivo: En primer lugar, servir de apoyo para la totalidad de administraciones públicas en la elaboración de planificaciones relacionadas con el área eólica. En particular, por parte de la Administración General del Estado, podrá utilizarse para la evaluación del potencial eólico en España, como estudio previo a la elaboración de futuros Planes de Energías Renovables. En segundo lugar, dotar a los agentes del sector, y al público en general, de una herramienta que permita identificar y realizar una evaluación inicial del recurso eólico existente en cualquier área del territorio nacional. De esta manera, se trata de evitar pérdidas de tiempo y costes improductivos para los potenciales promotores de futuros proyectos eólicos durante su fase previa”. En base al mismo cada Comunidad Autónoma elabora su plan eólico específico, en nuestro caso a través de la Agencia Andaluza de la Energía <https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/la-energia-en-andalucia/cartografia-energetica/recursos-y-potencial-de-energias-renovables/mapa-de-recurso-eolico-de-andalucia>. Con el objeto de aumentar la potencia eólica instalada en Andalucía y mejorar la calidad de estas instalaciones para conseguir un máximo aprovechamiento energético se considera de gran importancia impulsar el conocimiento, lo más exhaustivo posible, del recurso eólico a nivel regional y para ello” se ha desarrollado el Mapa de recurso eólico terrestre en Andalucía. Esta herramienta está basada en una serie de simulaciones de viento con un modelo

Andalucía cuenta con un elevado potencial de recurso eólico y en los últimos años ha liderado el crecimiento de potencia instalada en España. La evaluación del recurso eólico es una de las fases más importantes en el desarrollo de un proyecto de energía eólica, ya que los datos obtenidos determinan la viabilidad del mismo. El objetivo de la evaluación será la elección del emplazamiento idóneo del aerogenerador y la estimación de su producción. La forma en que aparece el viento (velocidad, dirección, turbulencia, etc.) es complicada de predecir, ya que depende de distintos factores globales y locales: rotación de la tierra, posición de la luna, diferencia de temperaturas, orografía del terreno, entre otros. Los procesos de evaluación deberán incluir: datos de viento (rosas de los vientos), reconocimiento de la orografía, obstáculos y rugosidad del terreno, altura del montaje, elección del emplazamiento y dimensionado y estimación de la producción.

Todo ello es premisa para la autorización de instalación de un parque eólico, ya que la Administración, al admitir a trámite la solicitud, comprobará que la petición recae en una zona declarada idónea por el plan eólico de la Comunidad Autónoma correspondiente.

meteorológico, y permite estimar el potencial eólico existente en Andalucía y su variabilidad en diferentes escalas temporales (mensual, estacional y anual)”.

Pero por otra parte, la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de noviembre de 2010⁸⁷, analiza la cuestión relativa a determinar si la aptitud para generar energía eólica de un terreno es susceptible de formar parte del justiprecio que ha de recibir el expropiado; esto es, si el viento que recibe una finca es un activo de naturaleza patrimonial que debe incluirse en la indemnización que reciba el expropiado; es decir, si la aptitud de un terreno para la producción de energía eólica debe ser un concepto más a integrarse en el justiprecio. En relación con la cuestión analizada y objeto del recurso el Tribunal afirma que “no resulta discutible que el viento, como el aire o el sol que recibe una finca no es algo susceptible de ser apropiado por un particular, es decir, no forma parte del derecho de propiedad, del haz de usos y facultades del que es titular el propietario del suelo sobre el que está asentada la finca expropiada. Entendemos, en una primera aproximación, que el viento que recibe una finca no tiene a efectos expropiatorios un contenido patrimonial de cuya privación deba quedar indemne el expropiado, en tanto en cuanto no es un elemento de lo que se pueda disponer (comprar, vender) por sí solo. A nuestro juicio, no puede confundirse el que una finca, dado el viento que recibe, (que al igual que el aire que existe en la misma o el sol que recibe no forma parte del dominio privado) pueda ser destinada de modo primordial o incluso único a la producción de energía eólica, con el hecho de que esa aptitud para la que está especialmente dotada dependa de un elemento físico, el viento, cuya

⁸⁷ JUR 2011\51952.

naturaleza demanial, no susceptible de apropiación privada, le impide ser entendida como un elemento patrimonial privado de cuya coactiva exacción se deba resarcir mediante el instituto del justiprecio. En suma, nos parece que para sostener que el viento forma parte de los elementos expropiables, ello supone extender el derecho de propiedad mas allá de lo que autorizan los artículos 33 y 128 de la CE. A nuestro juicio, solamente puede aceptarse la inclusión en el justiprecio de las rentas que genere un elemento perteneciente al dominio público como es el viento si se prescinde del concepto social de propiedad proclamado en la Constitución”⁸⁸. Esta Sentencia y sus afirmaciones han sido criticadas en lo relativo a la calificación como demanial de la naturaleza del viento por LAFUENTE BENACHES⁸⁹, como se ha evidenciado más arriba, ya que para esta autora la idea de que el aire como elemento es un bien de dominio público es una posición minoritaria que pone en evidencia “el desconocimiento de la categoría de los bienes de dominio público, que exige, entre otros requisitos, el de una norma legal que así los califique, los excluya del tráfico jurídico y les dote de un nivel mayor de protección jurídica, lo que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico”.

Por lo que ahora interesa conviene destacar esa afirmación que hace el Tribunal de que el viento no es susceptible de apropiación privada, no puede ser un entendido como un elemento patrimonial

⁸⁸ Razonamiento Jurídico Segundo.

⁸⁹ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 377.

privado. Aunque claro, esta afirmación se deduce de su calificación como demanial y si se duda de la misma las conclusiones pueden ser distintas. Si se sigue esa doctrina administrativista, calificada por LAFUENTE BENACHES⁹⁰ como minoritaria, supondría, entre otras cuestiones, negarle la nota de apropiabilidad, a la que más adelante se hará referencia.

Realizadas estas consideraciones previas e introductorias se pasará a estudiar la posible incidencia de las mismas en la calificación jurídica del viento.

III.3.- ¿Es el viento “cosa”?

III.3.1.- Artículo 333 del Cc.

Aprovechando la reflexión del Tribunal Supremo sobre la consideración o no como cosa del viento⁹¹, se hace necesario acudir al Título I del Libro II del Cc. El primero de los artículos del mismo, el 333, dice que “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles”. Según GUTIÉRREZ SANTIAGO la finalidad de este artículo es, “de acuerdo con la opinión más generalizada y tal y como señala la STS

⁹⁰ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *ibidem*.

⁹¹ “...los vientos –si es que pudiera calificárseles de “cosas”– “. SSTS de 28 de marzo de 2006, RJ 2006\1115, y de 26 de junio de 2006, RJ 2006\3974.

2.1.2006, primordialmente clasificatoria. En él se contemplan dos cuestiones diversas: de un lado, la apropiabilidad de las «cosas» -a la que va ligada la interrelación entre las propias ideas de cosa y bien-, y, de otra parte, la tradicional distinción entre «bienes» muebles e inmuebles”⁹².

Son bienes, muebles o inmuebles, aquellas cosas que son o pueden ser susceptibles de apropiación. En base a esta afirmación hay un sector de la doctrina encabezado por CLAVERÍA GOSÁLBEZ⁹³, que defiende la distinción entre cosa y bien, aun reconociendo su estrecha vinculación. Con todo “puede entenderse que, desde el punto de vista del Código civil, las expresiones «cosas» y «bienes» son sinónimas”: así se desprende de la lectura de algunos preceptos (v. gr. arts.336, 346, 437, 1024, 1271 o 1936) en los cuales el legislador utiliza indistintamente una u otra palabra para referirse a la misma idea”⁹⁴

⁹² GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “Comentario artículos 333 a 336 del Código civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (Dir), *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.2700 <http://biblioteca.tirant.com.us.debiblio.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356#ulNotainformativaTitle>

La Sentencia a la que la autora hace referencia, de 2 de enero de 2016 (RJ 2006\163), recoge que “en la palabra genérica bienes que el artículo 333 utiliza se comprende todas las cosas, corporales o incorporables, susceptibles de adquisición y transmisión” y además que “el artículo 333 del Código civil no contiene más que un concepto de las cosas para clasificarlas como bienes muebles o inmuebles”.

⁹³ CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis Humberto, “Comentario al artículo 333 del Código civil”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (Dir.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p 921-923.

⁹⁴ GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “Comentario a los artículos 333 a 337 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 555.

Para el mismo autor, el artículo 333 presenta una sencillez solo aparente ya que “comprende elementos de innegable complejidad, que son los siguientes: conceptos jurídicos de cosa y de bien y distinción entre ambos; problema de la apropiabilidad, con la consiguiente diferenciación entre cosas apropiables e inapropiables; y, por último, distinción entre muebles e inmuebles”. Además, según MEDINA DE LEMUS⁹⁵ “no es posible agotar en una clasificación teórica de los bienes todos los imaginables, de los que pudiera derivarse alguna ventaja o diferencia de protección y régimen jurídico” por lo que no “debemos ceñirnos a la sobriedad del Código Civil” y se hará referencia a otras posibles calificaciones ignoradas, en principio, por nuestro Código. Siguiendo a este último autor se diferenciará entre cosas corporales y cosas incorporeales, que es una distinción silenciada en el Cc pero que se hace operativa “en la regulación de la venta –la rúbrica antecedente al artículo 1526 reza «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporeales»-, como también con motivo de la especificación de formas instrumentales de *traditio* –art. 1464- y, sobre todo, cuando trata de atender las peculiaridades de la incorporeidad, a propósito de la regulación de algunos derechos reales...”⁹⁶.

⁹⁵ MEDINA DE LEMUS, Manuel, “Comentario al artículo 333 del Código Civil”, en RAMS ALBESA, Joaquín (Coord.), MORENO FLÓREZ, Rosa María (Coord. Adj.), *Comentarios al Código Civil, III*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 9-25. En esp. p. 14.

⁹⁶ *Op. ult.cit.* p. 14.

Ante tan complejas cuestiones, hará falta detenerse.

III.3.2.- Cosa o bien.

Parece que la primera cuestión que se ha de resolver es si nos encontramos ante una cosa o ante un bien, en el caso de que sea posible hacer esta distinción. Según CLAVERÍA GOSÁLBEZ⁹⁷ para ello hay que definir previamente la figura del objeto del derecho subjetivo, “de la que cosas y bienes son solo especies”, como contrapuesta a la de sujeto⁹⁸. Afirma este autor, siguiendo a DE CASTRO, que objeto de derecho subjetivo es “la realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que se ha confiado a su titular”. Objeto es “aquello sobre lo que el derecho recae” y “pueden ser cosas corporales (muebles o inmuebles), energías, fluidos, líquidos gases, ideas y creaciones, atributos personales, conductas, abstenciones, participaciones en asociaciones o sociedades etc.”⁹⁹. A pesar de que puede llegar a identificarse el término “bien” con el de objeto de derecho, para CLAVERÍA es

⁹⁷ *Op.ult.cit.* p. 921.

⁹⁸ En este sentido, según el artículo 810 del Código civil italiano “sono beni le cose che possono formare oggetto di diritto”.

http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm

<http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/10/dei-beni>

⁹⁹ *Ibidem.*

“aconsejable, para permanecer más cerca del espíritu del CC en sus arts. 333 y ss., excluir del concepto de “bienes” al menos a las conductas y a las abstenciones, siendo, además, al menos discutible que sea conveniente denominar “bienes” a los atributos y a las ideas y creaciones, lo que restringiría el concepto solo a las llamadas cosas corporales, dotadas de perceptibilidad sensorial y delimitación espacial y a las energías, los fluidos, líquidos, gases, etc., carentes de tal posibilidad de delimitación pero perceptibles por los sentidos en cuanto realidades del mundo físico”¹⁰⁰.

En síntesis, para CLAVERÍA, en el lenguaje decimonónico del CC “menos escrupuloso con las denominaciones técnicas que con el contenido de los preceptos”, los dos términos suelen utilizarse como sinónimos¹⁰¹, aunque cabe afirmar que “todas las cosas son bienes pero hay bienes que no son cosas (atributos, ideas y creaciones); y que, si bien todos los bienes pueden ser objeto de derecho, hay objetos de derecho que no son bienes (conductas y abstenciones)”¹⁰².

III.3.3.- Cosas corporales e incorpóreas. La energía.

¹⁰⁰ *Op.ult.cit.* p. 922.

¹⁰¹ También para GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, que afirma que “...desde el punto de vista de su regulación en el Código Civil, las expresiones «cosas» y «bienes» aparecen como sinónimas”. *op.ult.cit.* p. 2700.

¹⁰² *Ibidem.*

En lo que a esta investigación interesa, CLAVERÍA en todo momento considera a las energías como bienes que pueden ser objeto de derecho, junto con los fluidos, líquidos y gases, ya que, aunque imposibles de delimitación espacial sí son perceptibles por los sentidos al tratarse de realidades del mundo físico. Según el mismo “hoy ningún autor niega que, p. ej., la electricidad o el gas butano sean «bienes» pero solo cierta flexibilidad mental permite subsumirlos en una de las categorías de muebles o inmuebles, contemplada en este o en otros artículos del CC. De lo dicho se infiere que no todos los bienes son cosas, pues estas son los cuerpos individualizados en dos o tres dimensiones (terreno, armario), objetos con existencia corporal comprobable por los sentidos o mediante instrumentos (automóvil, electricidad, respectivamente)”¹⁰³.

Si se pretende abundar en esta última afirmación de que cosas son también los objetos con existencia corporal comprobable mediante instrumentos parece que se llega al concepto, al que ante se aludía, de cosas incorpóreas. Según MEDINA “las incorpóreas son aquellos entes que, sin corporeidad, pueden ser objeto de derechos absolutos como las energías, las ideas y los atributos personales”¹⁰⁴. Afirma este autor que “llegadas tardíamente al campo el Derecho, por pereza,

¹⁰³ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. *Op.ult cit.* p. 922.

¹⁰⁴ MEDINA DE LEMUS, Manuel, *op.ult ci.* p.15.

necesidad o falta de imaginación, se les ha tratado de aplicar normas ya existentes para las cosas corporales, lo cual sólo es posible en tanto las normas se adapten a la especial naturaleza de estos bienes”¹⁰⁵. Para el mismo “entre las cosas incorpóreas se encuentran las energías, natural o artificialmente producidas, que se consideran tales, merced a una ampliación del concepto de cosa, toda vez que no estamos en presencia de porciones de materia, pero sí de algunos desenvolvimientos de ella, y tienen valor económico, por lo que el derecho las acoge y regula en cuanto percepción sensible, ajena al concepto espacial”¹⁰⁶.

Este autor, tras calificar las energías como cosa incorpórea al hablar de la electricidad afirma que no tiene dimensiones ni peso aunque es “perceptible por el sentido del tacto” y ello permite “aplicar la normativa de las cosas corporales, si bien con particularidades para algunos supuestos”¹⁰⁷ por lo que finalmente parece establecer una diferencia entre energía y electricidad que no resulta en absoluto clarificadora. Se entiende que se refiere a que la electricidad, sin estar delimitada en el espacio, cuando se guarda o acumula podrá considerarse cosa. Así lo define un poco más adelante, cuando habla de cosas corporales y las define como “entes que ocupan un espacio tangible o, por lo menos, con existencia corporal comprobable por los

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

sentidos o acaso por instrumentos”¹⁰⁸. A esto mismo se refería CLAVERÍA cuando consideraba la electricidad como cosa, al ser comprobable por los sentidos mediante instrumentos¹⁰⁹. No se entiende entonces la distinción realizada por MEDINA que le lleva a considerar las energías como cosas incorpóreas para luego terminar afirmando, por las mismas razones que CLAVERÍA, que la electricidad es cosa corporal.

Siguiendo a MEDINA¹¹⁰, en la medida que nos ayudará a avanzar en esta cuestión, las cosas corporales se caracterizan en primer lugar por su “perceptibilidad sensorial, pues el bien debe ser sensible, comprobable por los sentidos y, en último término, ayudado por instrumentos”. En segundo lugar por su “delimitación espacial. En tal sentido la electricidad y la luz no son cosas, y el agua de mar, el río o el aire ocupan un lugar en el espacio, pero no están suficientemente delimitados. Sólo cuando se guardan en recipientes, o se contienen en acumuladores, etc., pueden considerarse tales”. Y por último, “por su posibilidad de dominación real y efectiva”.

Se puede considerar, entonces, que ambos autores consideran cosa a la energía, aunque MEDINA da un paso más y especifica que la electricidad es cosa corporal.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *op.ult.cit* p. 922.

¹¹⁰ MEDINA DE LEMUS, Manuel, *op.ult ci.* p.15.

Como “cabe afirmar en síntesis que según la doctrina dominante todas las cosas son bienes pero hay bienes que no son cosas (atributos, ideas y creaciones)”¹¹¹ se califican así las energías, entre las que está la eólica, como bien. Nada se ha afirmado todavía del aire o el viento, salvo breves alusiones¹¹². Al respecto LAFUENTE BENACHES¹¹³ afirma que “en nuestro ordenamiento el viento no ha merecido el interés del Derecho administrativo” y “ni siquiera el Derecho civil, más propenso a llevar a cabo clasificaciones¹¹⁴, ha conseguido incluir el viento en una concreta categoría jurídica sin vacilación” Por ello se ha de avanzar e introducir la siguiente y no menos compleja cuestión, la de la apropiabilidad.

III.3.4.- Apropiabilidad.

Esta característica completa la noción de cosa y, según GUTIÉRREZ SANTIAGO, su concepto “aparece conformado por todo aquello que es susceptible de ser adquirido o transmitido, estando

¹¹¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *op. ult cit.* p.922.

¹¹² Se hace alusión a la posibilidad de que se contenga en acumuladores como cualidad significativa para que sea considerado cosa. MEDINA DE LEMUS, Manuel, *op.ult cit.* p.15.

¹¹³ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult.cit.* p.373.

¹¹⁴ No se puede olvidar la trascendencia de esta clasificación y la consiguiente distinción entre muebles e inmuebles, lo que no significa que la finalidad última sea la calificación y clasificación en sí misma considerada, sino los aspectos prácticos que de ella se derivan.

«dentro del comercio de los hombres» (art. 1271 CC), por revestir alguna utilidad o aprovechamiento para las personas”¹¹⁵. Aquí se incluyen no solo las cosas corpóreas y materialmente tangibles, sino también las que se perciben por los sentidos, como las energías, que tienen un valor patrimonial indudable.

La apropiabilidad caracteriza a las cosas, por lo que aquellas no susceptibles de apropiación no podrán ser consideradas como tales, como es el caso de las *res communi ómnium* (aire, Sol, nubes, lluvia...). Por la misma razón “tradicionalmente se reputaban además inapropiables los bienes de dominio público: calles, plazas, parques, autobuses etc., pero ello no parece hoy aceptable, pues los bienes de dominio público son... de titularidad del Estado o de cualquier otra persona jurídico-pública: además, mediante su desafectación, pasan a ser de propiedad privada de la Administración o, ulteriormente, de particulares”¹¹⁶. De igual manera se han venido considerando no susceptibles de apropiación las cosas fuera del comercio de los hombres, sean las sagradas o religiosas, las de tráfico prohibido o las de comercialización restringida. Según CLAVERÍA “todas estas cosas (salvo el cuerpo humano vivo, con importantes matizaciones: cabello,

¹¹⁵ GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “Comentario artículos 333 a 336 del Código civil”, *op.ult.cit.* p. 2701.
<http://biblioteca.tirant.com.us.debiblio.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356#ulNotainformativaTitle>.

¹¹⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *op. ult cit.* p.922.

sangre, semen, óvulos) son, en cierta medida, apropiables, si bien mediante determinados requisitos jurídicos”¹¹⁷.

Esta última afirmación introduce un punto de reflexión. Efectivamente se afirmaba más arriba que el viento, aire en movimiento, era susceptible de aprovechamiento singular. De acuerdo con LAFUENTE BENACHES, una vez descartada su posible consideración como demanial¹¹⁸, “el aire y el viento no son conceptos idénticos. El aire está constituido por la acumulación de los diferentes gases componentes de la atmósfera, y el viento, en cambio, es el aire en movimiento generado por las diferencias de temperatura y de presiones en la atmósfera. El aire no se puede apropiar, pero sí puede serlo el viento como energía”¹¹⁹.

Para esta autora la nota de la apropiabilidad propicia discusión en cuanto a su propio significado y extensión¹²⁰. Destaca al respecto que recientemente LÓPEZ RAMÓN¹²¹ “ponía de manifiesto cómo el carácter ilimitado de los avances tecnológicos impide mantener a día de hoy que ningún objeto pueda considerarse insusceptible de ser

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult.cit.* p.377.

¹¹⁹ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 378.

¹²⁰ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 374.

¹²¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre 200, pp. 9-51. Citado por la autora en *op. ult. cit.* p. 375. También en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/29333>, en esp. p. 11.

apropiado, por lo que el carácter inapropiable de algunas cosas es más un efecto establecido y buscado a propósito por el Derecho que una propiedad o cualidad inherente a los propios objetos”. Además afirma que “el aire o el viento, como todo, resultan inapropiables íntegramente pues nadie puede convertirse en su dueño, pero nada impide un uso o aprovechamiento singular del mismo. Es el viento, circulando sobre la superficie del terreno, el destinado a ser aprovechado de forma intensiva, por su mismo propietario o por quien lo ocupe con autorización de aquel”¹²².

Al hilo de estas afirmaciones se puede retomar la doctrina jurisprudencial que se citaba más arriba. Desde las Sentencias del TS de 2006¹²³ son varias las que se han manifestado en el mismo sentido. Es interesante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2011¹²⁴ que a la vez que reitera argumentos de otras anteriores, defiende que es razonable y cierto el argumento de que “la atribución del aprovechamiento de la energía eólica a una empresa o persona puede impedir su aprovechamiento a otros, como es el caso, pues la instalación de varios parques eólicos en una misma zona puede llegar a agotar el uso industrial del viento”¹²⁵. Pero a esta afirmación añade los reiterados argumentos de Sentencias

¹²² LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 375.

¹²³ STS de 28 de marzo y de 26 de junio de 2006 (RJ 2006\1115 y RJ 2006\3974).

¹²⁴ JUR 2011\275874.

¹²⁵ Fundamento de Derecho Quinto.

anteriores¹²⁶ y ya citados en cuanto a la consideración de los vientos como cosas comunes, inapropiables por naturaleza y, por tanto, sustraídas al tráfico mercantil”.

Da la sensación de que a la vez que “rompe una lanza” por una novedosa calificación o apreciación de la configuración jurídica del viento después intenta que encaje con la asentada doctrina jurisprudencial.

En definitiva, siguiendo los razonamientos que se recogen, superando las teorías más clásicas al respecto, se puede afirmar la apropiabilidad del viento ya que se permite un aprovechamiento singular del mismo que puede incluso llegar a impedir el aprovechamiento de otros y a agotar, como recoge el TS, el uso industrial del mismo.

III.3.5. Conclusiones provisionales al respecto.

Se puede concluir, siguiendo la doctrina estudiada, que no hay impedimento para calificar la energía como un bien. Así se hace unánimemente¹²⁷.

¹²⁶ Cita, por todas, la STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007\319).

¹²⁷ Por todos, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *op. ult cit.* p.922, “hoy ningún autor niega que p. ej. la electricidad o el gas butano sean bienes”.

Respecto a si se trata de una cosa corporal o incorporeal CLAVERÍA GOSÁLVEZ considera la energía como cosa corporal y la cita como ejemplo de éstas junto con los muebles o inmuebles, fluidos, líquidos etc.¹²⁸. En cambio MEDINA DE LEMUS sitúa las energías entre las cosas incorporeales, considerando que son tales “merced a una ampliación del concepto de cosa...y tienen valor económico, por lo que el Derecho las acoge y regula en cuanto percepción sensible”¹²⁹ aunque luego define las cosas corporales tal y como define CLAVERÍA “cosa” con independencia de su corporeidad o no, esto es, como objetos con existencia corporal comprobable por los sentidos (automóvil) o mediante instrumentos (electricidad)¹³⁰. En definitiva, corporal o incorporeal, la energía, la electricidad, es un bien.

Si esto se afirma de la energía, respecto al aire o el viento no se encuentra una única respuesta. Descartada su naturaleza demanial, se comprueba que la jurisprudencia¹³¹ considera que los vientos entran dentro de la categoría de cosas comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza.

Precisamente en esta nota de la apropiabilidad es donde se encuentra una quiebra a esas afirmaciones. Ahora se puede afirmar

¹²⁸ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *op. ult cit.* p.921.

¹²⁹ MEDINA DE LEMUS, Manuel, *op.ult ci.* p.15.

¹³⁰ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *op. ult cit.* p.922.

¹³¹ SSTs de 26 de junio de 2006 y 30 de enero de 2007. Además, STSJ de Galicia de 22 de octubre de 2008, ya reseñadas.

que nada impide un “uso o aprovechamiento singular del mismo que implique una apropiación parcial o temporal del mismo”¹³². En esta línea afirma LÓPEZ RAMÓN que la “creencia contemporánea en el carácter ilimitado de los avances tecnológicos ha determinado que ningún objeto se considere ya como absolutamente insusceptible de ser apropiado, al menos, en el futuro”. Y el viento, circulando sobre la superficie del terreno y destinado a ser aprovechado de forma intensiva, por su mismo propietario o por quien lo ocupe con autorización de aquel¹³³ es en cierta manera susceptible pues de esa apropiación. A esta argumentación se le puede sumar la de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2011, ya reseñada, en el sentido de entender cómo la atribución del aprovechamiento de la energía eólica a una empresa o persona puede impedir su aprovechamiento a otros y que la instalación de varios parques eólicos en una misma zona puede llegar a agotar el uso industrial del viento.

Así que puede quedar de alguna forma matizada la nota de la apropiabilidad y tal vez hoy en día haya que pensar mejor en la posibilidad de aprovechamiento singular, una clase, tipo o modo de apropiación que, lógicamente, era una cuestión impensable e imposible hace no tantos años.

¹³² LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 375.

¹³³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre 2001, pp. 9-51, en esp. p. 11.

III.4.- Bien mueble o inmueble.

Si se considera entonces susceptible de esta especial apropiación habría que poder determinar si se trata de un bien mueble o inmueble. Al respecto, no hay ninguna referencia en el Código civil¹³⁴.

Será interesante recordar la trascendencia de esta distinción. Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN¹³⁵ esta distinción asume en nuestro ordenamiento jurídico “el papel de una verdadera *summa rerum divisio*”. Por otra parte “la distinción originariamente no se aplica más que a las cosas corporales o materiales, y parece hallarse su raíz en la naturaleza de las cosas: los bienes muebles son susceptibles de desplazamiento de un lugar a otro; los inmuebles son bienes de situación fija e inmodificable en el espacio. (...) Sin embargo la

¹³⁴ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 378. Esta autora, tras afirmar que no hay en nuestro ordenamiento norma alguna que incluya el aire y el viento entre los bienes de dominio público añade que si se hace en otros textos legales, “como los Códigos Civiles suizo y peruano, al considerar cosas muebles las «fuerzas naturales» o las «energías naturales» que posean valor económico, y el viento –nos aclara Marienhoff-, como fuerzas o energía, es susceptible de apropiación y de tener valor económico”.

Por otra parte, el código civil italiano en el art 814 dice que “Si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore económico”.

<http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/10/dei-beni>

[Al respecto, FRANCESCHELLI, Vincenzo, se refiere a la necesidad del legislador de especificar la naturaleza de la energía “...ribadendo che le energie naturali...sono beni in senso giuridico, e vanno considerato beni mobili”, *Diritto Privato*, Giuffrè Editore, p. 245.](#)

¹³⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*, Tecnos, Madrid, 2013, p.388.

evolución económica que se inicia con la revolución industrial y prosigue en nuestros días no hay duda de que modifica estos puntos de vista clásicos (...). Se abandona, pues, el criterio de la facilidad de desplazamiento y en su lugar se atiende al de la posibilidad de identificación...”.

Para CLAVERÍA GOSÁLVEZ “la distinción de cosas muebles e inmuebles tiene en nuestro Derecho una enorme trascendencia hasta el punto de ser la distinción fundamental en materia de bienes”¹³⁶. Añade que hay objetos de derecho que no “parecen ser subsumibles fácilmente en ninguna de estas dos categorías, encajándolos forzosamente, sin embargo, la ley o la doctrina en uno o en otro molde con la finalidad de cumplir este art. 333 CC y así atribuir un determinado régimen jurídico a cada bien por peculiar que sea: el principio del art. 335 CC permite, dado su tenor, esta operación”¹³⁷.

Respecto a la energía, según apunta MEDINA DE LEMUS, la necesidad de sancionar la defraudación de fluido eléctrico, llevó a su calificación “como cosa mueble, hasta que se incorpora definitivamente al Código penal”¹³⁸. Se entiende de esta afirmación que históricamente tales conductas se reconducían al delito de hurto,

¹³⁶ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *op. ult cit.* p.923.

¹³⁷ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *ibídem.*

¹³⁸ MEDINA DE LEMUS, Manuel, *op.ult ci.* p.14.

consistente en tomar cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño con ánimo de lucro, lo que significaba que, ante la necesidad de sanción y falta de tipo, se calificaba la energía como cosa mueble. Ello hasta que en 1944 se incorporó la protección expresa de la defraudación de energía eléctrica¹³⁹. Hoy está recogido en el artículo 255 del Código penal¹⁴⁰.

Pero “el concepto de bien mueble que se induce del art. 335 CC no coincide necesariamente y en todo caso con el de cosa mueble previsto en el orden penal. Según LÓPEZ SUÁREZ¹⁴¹ “puede afirmarse que en la esfera penal el concepto de bien mueble es, a la vez, más amplio y, paradójicamente, más restringido: más amplio, por cuanto que se reputan muebles determinados bienes que conforme al art. 334 del CC serían inmuebles, tales como árboles o las estatuas incorporadas a un edificio; pero al mismo tiempo es más restringido,

¹³⁹ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el Código Penal, texto refundido de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE 13 de enero de 1945.

¹⁴⁰ Art. 255 “1. Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiére defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

1º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.

2º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.

3º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

2. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”.

Modificado por el artículo único 132 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, RCL 2015\439.

¹⁴¹ LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A., “Comentario al artículo 335 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 465.

ya que quedan excluidos de esta noción los objetos incorporeales, sean derechos o energías¹⁴²”.

Así que la calificación como cosa mueble del Derecho penal, que perseguía poder sancionar la defraudación de fluido eléctrico, con la posterior incorporación de este tipo penal, no cuenta con unanimidad en la actualidad.

Según el art. 335 del Cc ¹⁴³ al no estar el viento entre los bienes recogidos en el art. 333, único artículo del capítulo anterior, esto es, del Capítulo Primero, se podrá entonces afirmar que se trata de un bien mueble¹⁴⁴.

¹⁴² Sigue el autor doctrina penalista, citando a Vives Antón y González Cussac. *Ibidem*.

¹⁴³ Art. 335: “Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa mueble a que estuvieren unidos”.

¹⁴⁴ El Cc italiano en el art. 812, sobre *Distinzione dei beni*, utiliza esta misma técnica y dice que “*Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo o sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione. Sono mobili tutti gli altri beni*”.

<http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/10/dei-beni>

III.5.- Consecuencias del aprovechamiento “singular” del viento.

Este aprovechamiento del viento que puede realizar el propietario del terreno o quien tenga su autorización aporta una utilidad añadida a la finca. “Quien sobre su terreno dispone de suficiente recurso eólico cuenta con una utilidad derivada de la energía que le proporciona el viento sobre su terreno a modo de activo o cualidad del mismo que incrementa su valor”¹⁴⁵. Ya se señalaron los objetivos de la política comunitaria, estatal y autonómica y como se valora el recurso eólico como uno de los medios para disminuir el uso de otras energías e incrementar el uso de las renovables para alcanzar los objetivos marcados para nuestro país por la Unión Europea. Se puede así, siguiendo a LAFUENTE¹⁴⁶ afirmar que los bienes y recursos naturales tienen valor porque se lo otorga la comunidad, porque la comunidad los valora. Por tanto habrá de atribuírsele una valoración económica que repercutirá en el terreno apropiado para su aprovechamiento, máxime cuando esos terrenos idóneos y adecuados

¹⁴⁵ “No cabe duda de que el viento le reporta una utilidad –otra cosa es que no le interese-, pues de lo contrario nadie hubiera querido instalar en su terreno dicho artilugio, como tampoco puede discutirse la utilidad inmediata que proporciona al promotor eólico porque precisa ese emplazamiento donde el viento circula para aprovecharse de él y transformarlo en electricidad. Quien sobre su terreno dispone de suficiente recurso eólico cuenta con una utilidad derivada de la energía que le proporciona el viento sobre su terreno a modo de activo o cualidad del mismo que incrementa su valor”. LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 380.

¹⁴⁶ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *ibídem*.

los fija la Administración en esos mapas eólicos a los que antes se aludía¹⁴⁷.

La posibilidad de obtener rendimiento del viento, si le interesa al propietario, forma parte de las calidades y cualidades de su finca y, por tanto, de su derecho de propiedad.

Distinta cuestión es preguntarse en virtud de qué título jurídico se apropia del mismo. Esto es lo que hace LAFUENTE para acabar concluyendo que no se trata de una accesión y que, en todo caso, sería una ocupación¹⁴⁸. Lo importante, y que se comparte con la autora desde estas líneas, es que “el viento se integra en el patrimonio del titular del terreno como una extensión de su derecho de propiedad que le permite utilizar todas aquellas cosas situadas en su espacio, y entre ellas el viento, como un activo más del mismo que lo cualifica y merece, desde esa consideración, ser valorado económicamente”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ MEDINA DE LEMUS, Manuel, dedica un apartado de su comentario al aprovechamiento urbanístico como nueva modalidad de cosa, entendiendo por tal “el número de unidades o m² que se puede apropiar un sujeto, por expresa declaración legal, con vistas a ocuparlas con edificación o bien, subsidiariamente, para obtener su valor, por actos de cesión o venta, o por expropiación”, *op. ult. cit.* p.19. En el mismo sentido LAFUENTE, *op. ult. cit.* p. 386, afirma que desde algún sector se está propiciando la creación de una nueva categoría, la de “solar eólico” y cita a REGUEIRO y ROLDÁN como defensores de la misma puntualizando que “el viento es libre pero no su aprovechamiento eólico para obtener electricidad, por lo que cuando se acomete este tipo de explotación la empresa lo hace sobre terrenos que tienen este valor intrínseco y natural, pues no todos los terrenos son aptos para la industria eólica”

¹⁴⁸ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* pp.381-383.

¹⁴⁹ *Ibidem.*

La Ley del Sector Eléctrico¹⁵⁰ declara de utilidad pública la industria eólica, lo que deberá concretarse en una resolución que justifique la misma para el concreto proyecto eólico. Pero esa genérica declaración que hace la Ley¹⁵¹ y que conllevaría la expropiación forzosa y ocupación de los terrenos será para aquellos casos en los que no fuera posible negociar y llegar a un acuerdo con los particulares propietarios de esos terrenos, intentando que la intervención en la propiedad privada sea mínima y proporcionada. Hay que valorar la

¹⁵⁰ Ley 24/2013, de 26 de diciembre, RCL 2013\1852.

¹⁵¹ Art. 54. “1 Se declaran de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso.

2. Dicha declaración de utilidad pública se extiende a los efectos de la expropiación forzosa de instalaciones eléctricas y de sus emplazamientos cuando por razones de eficiencia energética, tecnológicas, o medioambientales sea oportuna su sustitución por nuevas instalaciones o la realización de modificaciones sustanciales en las mismas”.

Según el art. 56: “1. Para el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de las instalaciones aludidas en el artículo anterior, será necesario que la empresa interesada lo solicite, incluyendo el proyecto de ejecución de la instalación y una relación concreta e individualizada de los bienes o derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación.

2. La petición se someterá a información pública y se recabará informe de los organismos afectados.

3. Concluida la tramitación, el reconocimiento de la utilidad pública será acordado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, si la autorización de la instalación corresponde al Estado, sin perjuicio de la competencia del Consejo de Ministros en caso de oposición de organismos u otras entidades de derecho público, o por el organismo competente de las Comunidades Autónomas o Ciudades de Ceuta y Melilla en los demás casos”.

Además el art. 56 establece: “1. La declaración de utilidad pública llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del [artículo 52](#) de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.

2. Igualmente, supondrá el derecho a que le sea otorgada la oportuna autorización, en los términos que en la declaración de utilidad pública se determinen, para el establecimiento, paso u ocupación de la instalación eléctrica sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, o de uso público, propios o comunales de la provincia o municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública”.

necesidad de la expropiación en cada caso¹⁵². Estas negociaciones y sus posibles resultados se abordarán más adelante.

¹⁵² En este sentido es interesante la STS de 26 de junio de 2007, RJ 2007\3898, citada por LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *op. ult. cit.* p. 385. Efectivamente, el Fundamento de Derecho Cuarto de la misma dice que la necesidad de expropiación “...viene determinada por la falta de disponibilidad de los terrenos precisos para tal instalación por parte de la titular de la explotación, que justifica la expropiación como medio de dotar a la entidad beneficiaria de tal disponibilidad y a los exclusivos efectos de la instalación que el legislador califica de utilidad pública, de manera que la expropiación deja de tener justificación cuando el titular de la explotación goza de la disponibilidad de los terrenos en cuestión por un título hábil para el establecimiento y funcionamiento de la instalación eléctrica...”.

IV. CONCEPTO DE PARQUE EÓLICO.....	94
IV.1.- Ausencia de una única definición.	94
IV.2.- Conceptos “autonómicos”.	94
IV.3.- Concepto doctrinal.....	96
IV.4.- Carácter inmueble de la instalación eólica. Inmueble rústico o inmueble urbano.	97
IV.4.1.- Bienes inmuebles en el Cc.	98
IV.4.2.- Código civil y Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.	99
IV.4.3.- Ley Reguladora de las Haciendas Locales y Ley del Catastro Inmobiliario. Bienes inmuebles rústicos o urbanos.	101
IV.4.4.- Bienes inmuebles de características especiales.....	107
IV.4.5.- Conclusiones.	109

IV. CONCEPTO DE PARQUE EÓLICO

IV.1.- Ausencia de una única definición.

Se hace necesario determinar el concepto jurídico de parque eólico. A falta de una definición en la legislación estatal que hubiera podido ser útil como punto de partida habrá que acudir a otra fuente. Será de la normativa autonómica que regula los procedimientos de autorización de parques eólicos de donde se pueden deducir algunos elementos definitorios comunes.

IV.2.- Conceptos “autonómicos”.

Aunque sólo sea como muestra y en relación con esta cuestión, el Decreto 302/2001, de 25 de octubre, sobre aprovechamiento de energía eólica en Galicia¹⁵³, significó un importante precedente para la definición de parque eólico. En el art. 2 se define como un “establecimiento industrial de producción de energía eléctrica constituido por un conjunto de aerogeneradores interconectados eléctricamente que comparten instalaciones comunes por las que se trasvasa la energía a la red de transporte y distribución”. Luego la Ley

¹⁵³ LG 2001\350.

8/2009, de 22 de diciembre, que regula el aprovechamiento eólico en Galicia y crea el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, lo define como una “instalación de producción de electricidad a partir de energía eólica, constituida por uno o varios aerogeneradores interconectados eléctricamente con líneas propias, que comparten una misma estructura de accesos y control, con medición de energía propia, así como con la obra civil necesaria”¹⁵⁴.

En el ámbito de la comunidad Autónoma de Extremadura, el Decreto 192/2005, de 30 de agosto¹⁵⁵, que regulaba el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, a través de parques eólicos, definió en su art. 2 el parque eólico como “los proyectos de inversión que se materialicen en la instalación integrada de un conjunto de aerogeneradores, interconectados eléctricamente mediante redes propias, compartiendo una misma estructura de acceso y control, con medición de energía propia y con conexión a la red general”. Fue derogado por el Decreto 169/2010, de 16 de julio¹⁵⁶, aunque se mantuvo esta definición, entre otras.

Por su parte, respecto al Principado de Asturias, fue el Decreto 43/2008, de 15 de mayo, sobre procedimiento para la instalación de

¹⁵⁴ Artículo 2.1, LG 2009\426. Su disposición transitoria cuarta contiene previsiones en relación con los parques eólicos y parques eólicos singulares admitidos a trámite por el Decreto 302/2001, de 25 de octubre.

¹⁵⁵ DOE 6 de septiembre de 2005.

¹⁵⁶ DOE 21 de julio de 2010.

parques eólicos en esa Comunidad¹⁵⁷, el que estableció en su art. 2.2: “A los efectos de lo dispuesto en este decreto, se entiende por parque eólico el conjunto de instalaciones utilizadas para generar energía eléctrica mediante el viento, constituidas por un aerogenerador o una agrupación de éstos, así como la línea eléctrica de evacuación, la subestación y otras instalaciones necesarias para su interconexión a la red de distribución o transporte de energía eléctrica”.

En otras normas autonómicas se encuentran definiciones similares.

Por otra parte a esos aerogeneradores que constituyen el parque eólico se les llama también “molinos”, utilizando un lenguaje tal vez menos técnico pero si más expresivo, plástico y tradicional en España. El propio Tribunal Supremo así hace en ocasiones las referencias, como se tendrá ocasión de comprobar.

IV.3.- Concepto doctrinal.

Según doctrina especializada¹⁵⁸ se puede afirmar que un parque eólico es una instalación integrada de producción de energía eléctrica que utiliza como energía primaria el viento y que se

¹⁵⁷ BOPA 3 de junio de 2008.

¹⁵⁸ LÓPEZ SAKO, Masao Javier, *Regulación y Autorización de los Parques Eólicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

constituye por uno o varios aerogeneradores con todos los elementos auxiliares de los mismos, interconectados eléctricamente mediante redes propias, compartiendo una misma estructura de acceso y control, con medición de energía propia y con conexión a la red general en un único punto. Este concepto o definición es el resultado de la suma de las aportaciones al respecto de cada una de las legislaciones autonómicas.

IV.4.- Carácter inmueble de la instalación eólica. Inmueble rústico o inmueble urbano.

Interesa conocer el carácter de mueble o inmueble, inmueble en este caso, de los parques eólicos porque supone profundizar en su definición y, además, podría influir, finalmente, en el régimen jurídico y carácter de los derechos que sobre los mismos se constituyan.

El concepto incluyente que nuestro ordenamiento tiene de bien inmueble plantea una interesante problemática en relación a los parques eólicos¹⁵⁹.

La Dirección General de Tributos ha sido la principal interesada en determinar el carácter mueble o inmueble de estas instalaciones. Este interés y dedicación se justifica en la necesidad de

¹⁵⁹ BERICOCHEA MIRANDA, Benito y BACHILLER GARCÍA, Luis, “Los bienes inmuebles de características especiales. Revisión de una nueva categoría de inmuebles en el Catastro español”, *CT/Catastro*, num.71, Abril 2011, pp. 7-17.

determinar su tributación por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), sobre todo, y por el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), surgiendo la cuestión a la hora de determinar las respectivas bases imponibles.

En concreto, el hecho imponible del IBI es la titularidad de derechos sobre bienes inmuebles, esto es, la propiedad u otro derecho real. Grava el valor de los bienes inmuebles. Se trata de la figura impositiva más importante sobre la riqueza inmobiliaria. La falta de afectación de los elementos accesorios a inmuebles justifica el interés de esta cuestión a efectos fiscales¹⁶⁰.

IV.4.1.- Bienes inmuebles en el Cc.

El art. 334 del Cc enumera los bienes que tienen consideración de inmueble, sin que los parques eólicos aparezcan, lógicamente, recogidos en este listado.

No obstante lo anterior, y atendiendo a la tradicional clasificación de los inmuebles realizada por la doctrina (inmuebles por

¹⁶⁰ CAÑAL GARCÍA, Francisco José, “Las instalaciones de energía renovable en el IBI”, Comunicación Jornadas sobre el régimen jurídico y fiscal de las energías renovables, 22 y 23 de septiembre de 2011, Universidad de Alcalá, pp. 669-704.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=552476>

naturaleza, por incorporación, por destino o por analogía), cabría plantearse si las instalaciones eólicas pueden encontrar acomodo en alguna de dichas categorías, y en concreto en la de inmuebles por incorporación o inmuebles por destino.

Respecto a los inmuebles por incorporación, los criterios de adherencia e incorporación a que hacen referencia los apartados 1 y 3 del art. 334 podrían dar cierto margen para excluir estas instalaciones de energía renovable del concepto de bien inmueble.

En cuanto a los inmuebles por destino, en ellos no existe esa adherencia o inseparabilidad, por lo que, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del mismo art. y en la medida en que el parque eólico se ubique sobre terrenos que también sean propiedad del dueño de las instalaciones, las mismas tendrían la consideración de inmueble.

¿Cuál es la respuesta si la instalación eólica no pertenece al propietario de los terrenos?

IV.4.2.- Código civil y Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Se parte de la consideración de un parque eólico como una instalación de carácter permanente. El art. 3 del Real Decreto

Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹⁶¹ (TRLITP-AJD), aun remitiéndose a la calificación jurídica de los bienes que dispone el Cc¹⁶², establece en su párrafo segundo un criterio excepcional, en virtud del cual se consideran bienes inmuebles, únicamente a efectos del ITP-AJD, “las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos”.

Aunque esta regla parece guardar cierta similitud con la contenida en el artículo 334.5º del Cc, según el cual, como se ha señalado, determinados bienes muebles se considerarán inmuebles por el destino que han recibido, existen diferencias esenciales entre ambas. En efecto, mientras que en el artículo 334.5º del Código Civil la afectación de los muebles únicamente la puede efectuar el propietario del inmueble, el artículo 3 del TRLITP-AJD prevé expresamente que no es necesaria la concurrencia de dicha titularidad, con lo que amplía de forma sustancial su ámbito de aplicación.

¹⁶¹ RCL 1993\2849. Última modificación por Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, RCL 2018\1497.

¹⁶² Art. 3 TRLITP-AJD: “Para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo. Se considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos”

Por tanto, en virtud de lo establecido en este precepto, los parques eólicos tienen la consideración de bien inmueble a efectos del ITP-AJD, incluso en aquellos supuestos en que la condición de titular de los mismos y del terreno sobre el que se asientan no recaiga sobre una misma persona.

Precisamente esta es la situación más frecuente en los parques eólicos: la titularidad del parque y la del terreno no recae sobre la misma persona.

IV.4.3.- Ley Reguladora de las Haciendas Locales y Ley del Catastro Inmobiliario. Bienes inmuebles rústicos o urbanos.

Según BERICOCHEA y BACHILLER¹⁶³ la derogada Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 1988, Ley 39/1988, de 28 de diciembre¹⁶⁴, siguiendo el Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana de 1966, aprobado por Decreto 1251/1966, de 12 de mayo¹⁶⁵, daba una definición muy amplia e incluyente del concepto

¹⁶³ *op. ult. cit.* p. 8.

¹⁶⁴ RCL 1988\2607.

¹⁶⁵ BOE 30 de mayo de 1966.

de construcción urbana¹⁶⁶ Esta definición tan amplia y comprensiva “que incluía como tal desde un edificio de oficinas a una subestación eléctrica, pasando por un tanque o una autopista, tuvo como primera consecuencia la incorporación al Catastro urbano de una larga serie de construcciones “atípicas” que planteaban una serie de problemas tanto de orden valorativo como tributario y de gestión”. Desde el punto de vista tributario la tradicional clasificación de inmuebles urbanos y rústicos “no daba respuesta a alguna de las necesidades de eficacia y equidad a las que debe satisfacer la tributación inmobiliaria”¹⁶⁷

Si se trata estrictamente de los parques eólicos, se observan determinadas características que los apartan de la norma. Siguiendo estos autores¹⁶⁸ se puede hacer la siguiente enumeración: 1. Son bienes complejos integrados por elementos de diversa índole necesarios todos ellos para su funcionamiento. 2. Pueden abarcar porciones de suelo de diferente naturaleza. 3. Suelen ser bienes de gran tamaño destinados generalmente a infraestructuras o centros de producción. 4. Pueden abarcar diferentes municipios, provincias o comunidades autónomas y parcelas de terreno discontinuas. 5.

¹⁶⁶ Art. 5 del derogado Texto Refundido de la contribución Territorial Urbana: se considerarán construcciones: a) Los edificios, en el sentido más amplio de esta palabra, sean cualesquiera los elementos de que estén contruidos, los lugares en que se hallen emplazados y el uso a que se destinen, aun cuando por la forma de su construcción sean perfectamente transportables y aun cuando el terreno sobre el que hallen situados no pertenezca al dueño de la construcción, y las instalaciones comerciales e industriales asimilables a los mismos como diques, tanques y cargaderos. b) Las obras de urbanización y de mejora, como las explanaciones y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos, considerándose como tales los recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, los muelles, los estacionamientos y los espacios anejos a las construcciones.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *op. ult. cit.* p. 11

Generalmente son de titularidad de una persona jurídica o una corporación de derecho público. Estas serían, entre otras, las razones que ahora interesan por las que no encajan los parques eólicos en dicha norma, por lo que se necesitaba una modificación que solucionara este inconveniente.

La solución vino con el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo¹⁶⁹, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo¹⁷⁰, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Hasta su entrada en vigor la naturaleza del bien se determinaba por la del elemento principal, suelo o construcción, por lo que los parques eólicos se calificaban como urbanos porque su elemento principal era la construcción. A partir de este momento su calificación depende de la naturaleza del suelo, según el art. 7.1 de la Ley del Catastro Inmobiliario¹⁷¹, por lo que al instalarse sobre suelos rústicos los parques eólicos se consideran bienes rústicos.

La Ley Reguladora de las Haciendas Locales se remite a la Ley del Catastro Inmobiliario para la definición y caracterización de

¹⁶⁹ RCL 2004\599.

¹⁷⁰ RCL 2004\602.

¹⁷¹ Art. 7.1: “El carácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza de su suelo”.

los bienes inmuebles. Esta última, en el art. 6 señala que los bienes inmuebles son las parcelas de terrenos y las construcciones emplazadas en ellas¹⁷². Sorprende la simplicidad de la definición.

La primera cuestión a conocer será entonces si se pueden considerar los parques eólicos como “construcciones”. La Ley del Catastro Inmobiliario considera como tales los edificios y las instalaciones industriales (no la maquinaria y el utillaje). En cuanto a la posibilidad de considerarlos edificios, la doctrina y la jurisprudencia, según CAÑAL GARCÍA¹⁷³, consideran que en todo caso han de ser obras capaces de albergar personas o cosas por lo que puede “descartarse totalmente la consideración de los elementos de energía renovable (parques eólicos o fotovoltaicos) como edificios”.

Si no se consideran edificios, ha de plantearse entonces si se trata de instalaciones, que es la segunda posibilidad para poder considerar un parque eólico como construcción y por tanto como bien inmueble a estos efectos. Y lo que es más importante a efectos tributarios, que no se trate de maquinaria, ya que en este último caso no estaría gravada. Al respecto hay que diferenciar dos posibilidades: a) que la instalación esté incorporada a un edificio, en cuyo caso

¹⁷² Art. 6: Concepto y clases de bienes inmuebles. “1. A los exclusivos efectos catastrales, tienen la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios pro indiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble. 2...”.

¹⁷³ *op. ult. cit.* p. 4.

puede estar o no al servicio del mismo y b) que no esté incorporada a edificio alguno.

Los parques eólicos, tal y como se han definido, son instalaciones autónomas, esto es, no forman parte de otra construcción, que es la posibilidad b) de las citadas arriba. En opinión de CAÑAL GARCÍA, “no hay argumento ni razón suficiente contrarios a la consideración de las instalaciones de energía eólica y fotovoltaica como instalaciones industriales –construcciones por tanto según el art. 7.4 b) LCI- y no como simple maquinaria no gravada”¹⁷⁴. No podrán ser consideradas como accesorias de un edificio sino que habrá de ser tenidas en cuenta con carácter independiente.

Pero pudiera ser que estén unidas o incorporadas a un edificio, esto es, la posibilidad a). En el caso de que la instalación esté al servicio del mismo la posición de los Tribunales ha sido la de considerar “que forman parte inseparable del edificio en el que se sitúan y al que sirven y se han pronunciado por la inclusión del valor de dichos elementos en la valoración de los edificios y, por tanto, por el gravamen mediante su integración en la base imponible del IBI”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ CAÑAL GARCÍA basa su argumento y opinión, entre otras, en las Sentencias del TSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2005, JUR 2007\13503, y de 20 de diciembre del mismo año, JUR 2007\4867; 16 de enero, 19 de septiembre y 11 de octubre de 2006, JUR 2007\298654, JUR 2007\305891 y JUR 2007\305829 respectivamente; y de 8 de abril de 2008, JUR 2009\84324.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=552476>

¹⁷⁵ *op. ult. cit.* p. 6

Por lo que interesa a esta investigación, en todo caso, se trataría, por tanto, de bienes inmuebles por incorporación, al formar “parte inseparable del edificio”. Este caso es infrecuente en instalaciones eólicas (¿uno o dos molinos que formen parte inseparable de un edificio?) pero sí lo es para otros tipos de renovables como la fotovoltaica (placas solares).

Por último, podría tratarse del supuesto, también incluido en a), de una pequeña instalación de energía renovable situada en un edificio pero que no sirva al mismo porque la energía que obtenga se venda a empresas de distribución de energía eléctrica. Ni pueden ser consideradas instalaciones autónomas ni como instalaciones que formen parte del edificio, ya que no sirven al mismo y se explotan de manera independiente. Se considerarían maquinaria albergada en el edificio pero con una finalidad independiente del mismo, quedando fuera del gravamen del IBI.

En el caso, más frecuente, de que se haya realizado esta instalación para el autoconsumo, entonces sí podría considerarse propia del edificio, surgiendo el problema, destacado por CAÑAL GARCÍA¹⁷⁶, del distinto tratamiento fiscal entre unas y otras.

¹⁷⁶ *ibidem* En su opinión “el distinto tratamiento fiscal entre unas y otras constituye una situación de agravio que puede considerarse discriminatoria”.

IV.4.4.- Bienes inmuebles de características especiales.

La categoría de bienes inmuebles de categorías especiales (BICES) fue introducida por la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, y se mantiene en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la vigente Ley del Catastro Inmobiliario¹⁷⁷. Hasta su entrada en vigor las instalaciones eólicas independientes sólo podían ser consideradas bienes inmuebles,

El art. 8.1 de Ley del Catastro Inmobiliario define los BICES como conjuntos complejos de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora¹⁷⁸. La solución adoptada por la Ley de crear una nueva clase de bienes es calificada por BERICOCHEA y BACHILLER de acertada¹⁷⁹. Se podría cuestionar la necesidad de la introducción de esta nueva categoría desde el punto de vista estrictamente civil.

¹⁷⁷ RCL 2004\599.

¹⁷⁸ Art. 8.1: “Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora, que por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble”.

¹⁷⁹ *op. ult. cit.* p. 12 “...y probablemente la única capaz de dar solución completa al conjunto de problemas planteados, ya que permitía tanto la definición de los conceptos necesarios para la inclusión de estos bienes en el ámbito catastral como el diseño de un régimen valorativo y tributario propio”.

El legislador, consciente de la disparidad de bienes incluidos en la definición, contempla cuatro clases de bienes que se consideran BICES y en el art. 8.2 considera BICES los bienes destinados a la producción de energía eléctrica¹⁸⁰. Introduce así esta Ley una clasificación tripartita de los bienes desconocida para el Cc, aunque sólo sea a efectos catastrales. Según recoge CAÑAL GARCÍA la razón predominante para justificar la creación de esta nueva categoría además de “la dificultad para subsumir ciertos bienes en las categorías clásicas (urbanos y rústicos) y los subsiguientes problemas de valoración a los efectos de cuantificar las cuotas; el reparto de éstas entre los distintos Ayuntamientos en que con frecuencia se localiza un bien, etc”¹⁸¹ es de carácter recaudatorio. La cuestión excede, por el momento, esta investigación y sólo se deja así apuntada.

En el concepto de parque eólico del que se parte se reconocen todas las características de la Ley del Catastro Inmobiliario para considerarlo un BICE. Su descripción encaja con la del art. 8.1 LCI, esto es, se trata de un complejo de suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora con una finalidad especializada. Además, y por si quedaba alguna duda, aparece recogido en la lista del art. 8.2.

¹⁸⁰ Art. 8.2: “Se consideran bienes inmuebles de característica especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos: a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares. b) Las presas, saltos de agua y embalses, incluido su lecho o vaso, excepto las destinadas exclusivamente al riego. c) Las autopistas, carreteras y túneles de peaje. d) Los aeropuertos y puertos comerciales”.

¹⁸¹ *op. ult. cit.* . p. 7

IV.4.5.- Conclusiones.

Según el apartado 5º del artículo 334 del Código Civil sólo si las instalaciones eólicas se ubican sobre terrenos que también son propiedad del dueño de las mismas, tendrían la consideración de bienes inmuebles.

La necesidad de conocer si las instalaciones de energía renovable forman parte del hecho imponible de determinados impuestos ha contribuido, por tanto, a la clarificación de su condición de bien inmueble.

Como no siempre se da esta coincidencia entre titular de la instalación eólica y del terreno donde se ubica, sino que es precisamente la menos frecuente, y dada la trascendencia de la cuestión a efectos tributarios, el art. 3 del TRLITP-AJD establece un criterio excepcional. Según este artículo se consideran bienes inmuebles, únicamente a efectos del ITP-AJD, “las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos”. Por tanto, en virtud de lo establecido en este precepto, un parque eólico tendrá la consideración de bien inmueble a efectos del ITP-AJD incluso en aquellos supuestos en que la condición de titular de la

instalación y del terreno sobre el que se asientan no recaiga sobre una misma persona.

Respecto a su condición de inmueble urbano o rústico, hasta la entrada en vigor de la vigente LRHL, la naturaleza del bien se determinaba por la del elemento principal, suelo o construcción, por lo que los parques eólicos se calificaban como urbanos porque su elemento principal era la construcción (art. 62 de la derogada LRHL al que antes se hacía referencia).

Hoy, su calificación como rústico o urbanos, depende de la naturaleza del suelo (art. 7.1 LCI), por lo que al instalarse sobre suelos rústicos los parques eólicos se consideran bienes rústicos.

Se trata de bienes inmuebles de características especiales (BICES), esto es, conjuntos complejos de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora.

V.- PROCEDIMIENTO DE INSTALACIÓN DE UN PARQUE EÓLICO: PRIMERAS NEGOCIACIONES CON LA PROPIEDAD DE LAS TIERRAS ELEGIDAS.	112
V.1.- La persona, destinataria última de la cuestión energética.....	112
V.2.- Planteamiento inicial.....	113
V.3.- Procedimiento para la instalación de un parque eólico.....	114
V.4.- Escasez o falta de documentación de base de las relaciones con los propietarios de los terrenos.....	119
V.5.- Inicio de los trámites.	121
V.5.1 Evaluación económica.	122
V.5.2 La propiedad de los terrenos y las primeras relaciones con las empresas eléctricas promotoras del futuro parque.	124
V.5.3 Cómo se trasladan al contrato estas cuestiones. Conclusiones.....	128

V.- PROCEDIMIENTO DE INSTALACIÓN DE UN PARQUE EÓLICO: PRIMERAS NEGOCIACIONES CON LA PROPIEDAD DE LAS TIERRAS ELEGIDAS.

V.1.- La persona, destinataria última de la cuestión energética.

Se pretende ahora encontrar el punto de intersección entre las energías renovables y las cuestiones relativas a la persona como última protagonista de la cuestión energética. Toda política al respecto, a cualquier nivel, conlleva afectación de la esfera privada y lógicas implicaciones y consecuencias civiles. Además, la política de promoción de estas energías, con la aplicación de estímulos económicos y fiscales y los planes que respecto a ella se han formulado a nivel autonómico, estatal, europeo y mundial hacen de esta una cuestión de largo alcance. A esto hay que añadir las medidas adoptadas para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, a las que se hizo referencia. El Gobierno sigue apostando de manera clara por las energías renovables, intentando trasladar a los consumidores, últimos destinatarios de la misma, la realidad sobre el coste de la misma y la necesaria implicación de todos los afectados¹⁸².

¹⁸² XI Encuentro del Sector Eléctrico, celebrado en Madrid el 22 de julio de 2013, organizado por Expansión, en el Hotel Intercontinental, www.conferenciasyformación.com. Se puso de manifiesto por el entonces Ministro de Industria, Energía y Turismo (hoy Ministerio de Transición Ecológica), José Manuel Soria, que en España el precio medio de producir un megavatio es de 50 euros, si lo produce la energía eólica son 90 euros y si es la fotovoltaica, 450 euros.

V.2.- Planteamiento inicial.

Es necesario, en la medida en que lo permite y requiere el objetivo de esta investigación, abordar una prolija legislación administrativa para poder rastrear las consecuencias jurídico-privadas de la implantación de energía eólica.

Para ello, ha de tenerse en cuenta que, por un lado, normalmente, se encuentran importantes empresas eléctricas con un creciente interés por el tema de las energías renovables, en el que basan en gran medida su expansión futura adaptándose a nuevas políticas energéticas.

Estas empresas, a veces contratan con la Administración, generalmente la municipal, dependiendo de la calificación de los terrenos en los que quieren instalar el campo eólico. Pero otras veces, la mayoría, la contratación la llevan a cabo con agricultores tradicionales a los que se les viene a “vender” unas nuevas posibilidades para sus tierras, hasta el momento dedicadas a la agricultura y a la ganadería.

¡En un principio todo era tan nuevo! De repente esas tierras, que en ocasiones pocos rendimientos producían por estar situadas en

zonas de climatologías duras, fundamentalmente por el fuerte viento, resultaban interesantes económicamente precisamente por eso, por el viento. Había empresas interesadas en contratar el viento que soplaba por encima de sus tierras y que tanta desolación producía.

¿Cuál es el objeto de ese contrato? ¿Qué derechos y obligaciones surgen del mismo para las partes? ¿Tendrá acceso al Registro de la Propiedad? ¿Podrán los propietarios seguir dando el uso habitual a sus tierras? ¿Será posible compatibilizar usos tan diversos? ¿Qué instalan allí esas empresas? ¿Cómo lo hacen? Estas cuestiones y otras tantas son las que se formulan y a las que con esta investigación se intenta dar respuesta.

V.3.- Procedimiento para la instalación de un parque eólico.

Las técnicas para la obtención de energía renovable son muy variadas como lo son también los mecanismos necesarios para este aprovechamiento en cada caso. Hay veces que sólo son necesarias pequeñas instalaciones (cuando se pretende hacer un uso doméstico de la misma a través, por ejemplo, de la instalación de placas solares en una vivienda) y otras que se requieren infraestructuras muy complejas, como es el caso de un parque eólico.

La instalación de un parque eólico tiene forzosamente que ser el resultado de un complejo entramado de relaciones precontractuales y contractuales: la decisión por parte de la empresa correspondiente de qué terrenos pueden resultarle interesantes por su potencial eólico; las primeras relaciones, jurídicas o no, con los propietarios de los mismos para medir su disponibilidad; el asegurar la posibilidad de realizar en los mismos largas y costosas investigaciones y, todo ello, para que si finalmente se comprueba la idoneidad del lugar, contratar definitivamente su instalación y explotación. El coste económico de todo ello es elevadísimo.

Además de las negociaciones privadas, que pudieran no producirse en todos los casos, la tramitación de un parque eólico sigue un largo y complejo procedimiento administrativo. En cambio, constata LÓPEZ SAKO¹⁸³, en comparación con otros proyectos de instalaciones de generación eléctrica, la fase de construcción del parque resulta corta. Por otra parte, antes de iniciar propiamente la tramitación administrativa, habrán de realizarse unos estudios previos, a los que ya se ha hecho alusión, sobre la aptitud de los terrenos, la fuerza del viento, cuestiones ambientales etc.

Este autor resume los trámites por los que tiene que pasar un promotor para la instalación y posterior explotación de una instalación eléctrica. Es interesante conocerlos y enumerarlos, tal y como él lo

¹⁸³ LÓPEZ SAKO, Masao Javier, *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp 450 y ss

hace, para así poder diferenciar el momento en el que se producen las relaciones con los particulares propietarios de las tierras donde se van a instalar los aerogeneradores:

- 1.- Solicitudes de acceso y conexiones a la red.
- 2.- Autorización administrativa del proyecto de construcción de la instalación de generación eléctrica para lo que hay que cumplimentar los trámites de información a otras Administraciones, organismos o empresas de servicios públicos afectados aportando las correspondientes separatas y obteniendo los informes sectoriales necesarios y la evaluación de impacto ambiental
- 3.- Aprobación del proyecto de ejecución.
- 4.- Negociación con los propietarios y subsiguientes contratos de arrendamiento¹⁸⁴ o declaración de utilidad pública y procedimientos de expropiación. Este trámite se puede realizar de forma simultánea o con posterioridad a la obtención de la autorización.
- 5.- Autorizaciones urbanísticas y de ordenación territorial.
- 6.- Licencia municipal de apertura si no estuviera exenta de la misma por aplicársele el régimen de prevención ambiental.
- 7.- Otras autorizaciones ambientales que en su caso fueran necesarias.
- 8.- Concesiones de dominio público.

¹⁸⁴ Llama la atención la calificación del contrato que hace López Sako.

9.- Autorización para la explotación.

10.- Reconocimiento y registro del régimen especial.

No se entrará a estudiar todos y cada uno de los trámites expuestos, la mayoría puramente administrativos, aunque sí es interesante destacar que no todos ellos son necesarios en todo caso. Concretamente el que más interesa ahora, esto es, la negociación con los propietarios, no tiene por qué serlo al poder existir una declaración de utilidad pública. Esta declaración de utilidad pública, a la que seguirían las correspondientes expropiaciones, no será necesaria si hay acuerdo con los propietarios de las tierras o fincas para la cesión de las mismas. Se habla por el momento de cesión, sin tipificar el contrato que se puede celebrar.

Es frecuente que los promotores no soliciten directamente la declaración de utilidad pública sino que intenten llegar a un acuerdo con los propietarios para que cedan los terrenos necesarios para la instalación de los aerogeneradores. Como señala DÍAZ VEGA¹⁸⁵, el llegar a un acuerdo con todos los propietarios puede ser muy complicado, especialmente en zonas como Galicia, donde la construcción de un parque eólico puede significar tener que llegar a negociar con más de 5.000 afectados.

¹⁸⁵ DÍAZ VEGA, Juan Diego, “Construcciones de parques eólicos: una historia de molinos y gigantes”, *Anales de Mecánica y Electricidad*, núm. 4, julio-agosto 2002, pp.42-45.

La cuestión se empieza a definir o configurar desde el punto de vista jurídico-privado, y por tanto objeto central de este trabajo, en el momento en que comienzan las relaciones entre las empresas que pretenden instalar un parque eólico y el o los propietarios de los terrenos donde se pretende ubicar, además de la cuestión relativa al paisaje y al ruido, a la que se aludirá más adelante.

Como se adelantaba, es interesante “rastrear” por la legislación, eminentemente administrativa, en búsqueda de las lógicas implicaciones y consecuencias civiles de este tema. Se comprueba cómo la enumeración de trámites que hay que seguir no significa que los mismos hayan de darse en el orden cronológico que se exponen. Muchos de ellos necesariamente tendrán que seguirse de manera simultánea. Y este es el caso de las negociaciones con los particulares. Sin la seguridad de que los propietarios de los terrenos van a formalizar su cesión, aún teniendo la posibilidad de solicitar la declaración de utilidad pública y la consiguiente posterior expropiación de los mismos, la mayoría de los otros trámites carecerían de sentido. Además las empresas promotoras, lo primero que intentan y pretenden, por resultarles lógicamente más sencillo, es llegar a un acuerdo con el o los propietarios de las fincas, ahorrándose un trámite administrativo que podría ralentizar aún más el procedimiento.

V.4.- Escasez o falta de documentación de base de las relaciones con los propietarios de los terrenos.

Una de las grandes dificultades de esta investigación es que no hay fuentes documentales cuando se trata de estudiar la forma en que se ocuparon los espacios en los que se sitúan los parques eólicos. No hay ninguna base de datos y, la mayoría de las veces, recurriendo a la investigación de la práctica en esta materia, es como se ha podido tener acceso a las negociaciones y posteriores contratos. En este sentido es relativamente consolador saber que no se trataba de una dificultad particular o personal: investigadores del Grupo de Economía Ecológica y Agroecológica de la Universidad de Vigo¹⁸⁶ realizaron un estudio sobre los parques eólicos en el mundo rural gallego¹⁸⁷ y también la pusieron de manifiesto.

Su investigación parte, precisamente, de que uno de los aspectos más complicados es el contacto con los propietarios. El grupo realizó su estudio para denunciar el expolio del mundo rural como principal impacto de la energía eólica en Galicia basándose en que en lugar de fortalecerse las comunidades rurales los habitantes de las aldeas seguían “teniendo que marcharse” porque habían quedado

¹⁸⁶ <http://www.uvigo.es>; Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales <http://fccee.uvigo.es>; Grupo de Investigación en Economía Ecológica y Agroecológica <http://economiaecologica.uvigo.es>.

¹⁸⁷ Diario de la Universidad de Vigo, DUVI, 30 de marzo de 2009, <http://www.uvigo.es>

indefensos frente a compañías que ni siquiera estaban vinculadas con el tejido empresarial gallego.

Siendo interesantes los resultados de su estudio desde el punto de vista económico y medioambiental lo que ahora se quiere destacar es que su punto de partida venía a ser el mismo que el de este trabajo: la falta de documentación. Fue el grupo el que tuvo que elaborar una base de datos confiando, en muchas ocasiones y tal y como ellos mismos dicen, en “la suerte”. El Director del estudio llegó a acusar a las empresas del sector de haber forzado la firma de acuerdos, en la mayoría de los casos “ridículos” afirmando incluso que “en el 95% de los casos las empresas engañaron vilmente a los dueños de los terrenos”.

Lo incipiente de toda esta materia tal vez fuera la justificación de los datos que estos investigadores constataron. La Xunta de Galicia fue pionera en la regulación de la energía eólica. La Ley 8/2009, de 22 de diciembre¹⁸⁸, en la que regula el aprovechamiento eólico y crea el canon eólico o fondo de Compensación Medioambiental, fue muestra de ello. La realidad es que es la comunidad española con más campos eólicos.

¹⁸⁸ LG 2009\426.

V.5.- Inicio de los trámites.

Los terrenos sobre los que se asientan los parques eólicos pueden ser de naturaleza pública o privada. En el primer caso se seguirán los correspondientes trámites para la contratación de su uso y posterior instalación de los molinos y nos serán objeto de esta investigación. Sí lo son las cuestiones relativas a la contratación con los particulares propietarios de los terrenos de naturaleza privada.

La empresa eléctrica iniciará las conversaciones y los tratos con la propiedad de esos terrenos a la vez que la tramitación administrativa y la solicitud de las correspondientes licencias. Es importante resaltar que no tiene la seguridad de que finalmente le concedan la instalación y explotación del mismo. Para la elaboración de los necesarios informes, mediciones, proyectos y solicitud de licencias las empresas necesitan poder tener acceso a esos terrenos. Y también necesitan encontrar la forma de comprometer a la propiedad, ya que, si efectivamente obtiene el permiso para la instalación y explotación del parque, supondría un tropiezo importante el que no llegara a buen puerto ese acuerdo. Podría solicitar la declaración de utilidad pública y la consiguiente expropiación forzosa pero ello, como ya se ha dicho, ralentizaría el procedimiento que ya de por sí es bastante largo la mayoría de las veces.

Hay autores¹⁸⁹ que destacaron que una de las quejas principales del sector privado es la relativa a la lentitud de los procedimientos y que la efectiva instalación de una central tiene que soportar complicados trámites durante los cuales “los expedientes se trasladan de unas instancias administrativas a otras de modo continuo”. Al respecto, López Sako¹⁹⁰ puso de manifiesto que “Andalucía ha recuperado el protagonismo que perdió en los inicios del desarrollo eólico en este país, lo que se debe, sin duda, a un importante esfuerzo en la agilización de la tramitación administrativa, ya que solicitudes de tramitación no faltaban”.

Respecto a este momento inicial hay dos cuestiones que merecen especial atención: la evaluación económica del proyecto y cómo se formalizan los primeros acuerdos.

V.5.1 Evaluación económica.

La evaluación económica de la futura instalación es decisiva para el proyecto. Desde que un promotor aborda la construcción de un parque eólico hasta que los aerogeneradores instalados empiezan a verter energía en la red eléctrica pueden pasar años. En ese tiempo, habrá sido necesario realizar evaluaciones de viento, analizar la

¹⁸⁹ Por todos, DOMINGO LÓPEZ, E., *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, p.124.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

viabilidad económica, redactar el proyecto y el estudio de impacto ambiental, negociar con los propietarios de los terrenos la “utilización” de los mismos, resolver la evacuación eléctrica, conseguir financiación, lograr todos los permisos administrativos, abrir vías de acceso, cerrar los contratos de compra-venta de la energía, trasladar las piezas, montar los aerogeneradores, probar los equipos... Se trata sin duda de un largo y arduo camino. Y, además, muy costoso, pues una instalación requiere una inversión de decenas o cientos de millones de euros que ha de amortizarse a largo plazo. Por ello, solo se emprenderá el proyecto si desde el principio se comprueba que es viable ambiental y económicamente. Y esto depende, antes que nada, de los vientos que soplen en el lugar seleccionado, de ahí la importancia de contar con evaluaciones rigurosas.

Tras evaluar de forma rigurosa la velocidad del viento y estimar la producción de energía previsible habrá de analizarse la viabilidad económica del proyecto. Para valorarlo se debe tener en cuenta la inversión necesaria para promover, construir y poner en marcha la planta, los costes de explotación a lo largo de la vida operativa de la misma y la previsión de la evolución en el tiempo del precio de la energía. Estos datos unidos a las tasas impositivas, amortizaciones etc. permitirán calcular la rentabilidad económica del proyecto y la decisión de seguir adelante o no con la inversión.

V.5.2 La propiedad de los terrenos y las primeras relaciones con las empresas eléctricas promotoras del futuro parque.

La empresa eléctrica se dispone a instalar y explotar el parque eólico. Su interés es, en definitiva, contratar el viento que pasa por las tierras donde va a instalarlo. Siendo ese y no otro su objetivo principal, para cuya consecución tendrá que poner los medios necesarios (instalar los aerogeneradores y su conexión con la red eléctrica para la evacuación de la electricidad generada), tiene que buscar la forma jurídica más oportuna y conveniente.

Para cumplir su objetivo necesita tener libre acceso a esas tierras, realizar instalaciones en superficie y subterráneas (dato este último que puede resultar muy condicionante en determinados supuestos) y terminar colocando, en la forma y número que más le convenga y que haya sido aprobada en su proyecto (cuestión de enorme trascendencia a efectos registrales), los gigantescos molinos de viento que tanto van a transformar la identidad y características de la zona. Los molinos, además, tienen que quedar como propiedad de la empresa promotora durante el tiempo necesario y suficiente para justificar y optimizar económicamente la inversión que ya ha empezado a realizar. Todo ello va dando pistas del tipo contractual al que tienden estas relaciones jurídicas y especialmente si se atienden a los derechos que pretenden crear y a la necesidad de publicidad y

eficacia frente a terceros de los mismos. Efectivamente, la empresa quiere que se conozca que en esas tierras va a instalar su campo eólico y que éste, además, será de su propiedad durante el tiempo que se acuerde, con lo que ello implica en relación con los usos, accesos etc. en los terrenos.

Por otra parte, el propietario quiere asegurarse de que mantiene la propiedad de su finca, fundamentalmente su poder de disposición, y que este dato sea conocido y oponible *erga omnes*. Además la duración del contrato, necesariamente extensa en el tiempo, es un factor de “preocupación” en este sentido. El acceso al Registro de la Propiedad debe ser, por tanto, objeto de atención y estudio.

En cuanto al régimen jurídico de ocupación de estos terrenos las referencias más repetidas son las relativas al régimen de alquiler de los mismos por parte de las empresas promotoras. Así, por ejemplo, el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio¹⁹¹, al referirse a la energía eólica ponía de manifiesto que este alquiler está ayudando muy positivamente a promocionar la energía eólica en las poblaciones rurales, porque no impide que se sigan aprovechando los terrenos para otros usos, como los agrícolas o ganaderos.

¹⁹¹ www.idae.es

También LÓPEZ SAKO, al aludir a la cesión y posterior ocupación de los terrenos por parte de la promotora, se refiere al arrendamiento de los mismos¹⁹².

Llama la atención que parece que debe haber dos fases, por así denominarlas por el momento, en las relaciones entre las empresas eléctricas promotoras y la propiedad de las tierras en las que se pretende instalar el campo eólico.

En una primera fase las empresas pretenden poder entrar, salir, realizar ciertos trabajos e instalaciones provisionales. Tiene que asegurarse de que el futuro parque es rentable, de que el viento, el aire que se mueve por encima del mismo, es el suficiente para generar la energía que justifique la inversión. Para ello se pondrá en contacto con la propiedad para que le permita entrar en sus tierras, instalar determinados “mecanismos” de medición, calcular el posible impacto medioambiental para el posterior preceptivo informe... y sólo en el caso de que las pruebas tengan un resultado satisfactorio poder llegar a instalar el parque eólico. Pero claro, todo ello no puede quedar “en el aire”, sin el respaldo o apoyo jurídico que corresponda. Desde que la empresa comienza sus investigaciones en unos terrenos determinados tiene que tener la seguridad de que, en el caso de que le convenga, instalará allí sus molinos. No sería admisible, o así lo parece, que una promotora distinta se quedara con la explotación del

¹⁹² *Ibidem.*

viento, por realizar, por ejemplo, mejor oferta a la propiedad. En esta fase, además, normalmente las empresas aprovechan para buscar la financiación necesaria y las instituciones financieras les requieren ya garantías para concederla.

Si el propietario no pretende el uso de sus tierras, un contrato de arrendamiento podría ser la solución definitiva. En este sentido sí se entienden las alusiones a este tipo contractual a las que se ha hecho referencia.

Al respecto, aunque referido a la ocupación de montes vecinales en Galicia, SIMÓN FERNÁNDEZ y COPENA RODRÍGUEZ, del Grupo de Investigación de Economía Ecológica y Agroecológica de la Universidad de Vigo, se refieren a esta posibilidad como algo temporal y mientras duren las obras¹⁹³.

Ello se debe a que si el propietario pretende seguir destinando las tierras a la agricultura, ganadería... se trataría de una respuesta o solución de carácter provisional. Además, como los molinos son propiedad de la empresa se introduce un elemento decisivo en las relaciones entre las partes. Llegará un momento en que resulte absolutamente insuficiente ese contrato de arrendamiento, salvo que en el mismo se hubieran ya recogido una serie de cláusulas, atípicas

¹⁹³ "... a ocupación temporal dos terreos puede ser durante o prazo que duren as obras ou por un tempo determinado..." SIMÓN FERNÁNDEZ, Javier y COPENA RODRÍGUEZ, Damián, *Guía para os propietarios de terreos eólicos*, <http://economiaecoloxica.uvigo.es>.

para este tipo de contratos, y en las cuales se estuvieran creando otro tipo de derechos, concretamente de carácter real. Y esto todavía no interesa a las partes, especialmente a la empresa promotora, que no está todavía segura de obtener los permisos administrativos y no pretende, por tanto, afrontar cuando menos los gastos (Notaría, Registro...) que conllevaría la creación de un derecho real.

De esta manera, se llegará a una segunda fase, continuando con la terminología que se ha establecido, en la que puede surgir la necesidad de crear un auténtico derecho real, lógicamente limitado y no necesariamente típico.

V.5.3 Cómo se trasladan al contrato estas cuestiones. Conclusiones.

Dada su trascendencia práctica las partes pueden y suelen introducir en el contrato para la instalación y explotación de la planta eólica cláusulas que garanticen a la empresa cumplir con estos trámites previos, comprometiendo a la propiedad al respeto de los mismos durante un determinado plazo de tiempo.

Un ejemplo de estas cláusulas sería:

La empresa eléctrica “...podrá realizar trabajos de toma de datos de viento y meteorológicos...y realizar otras actividades

complementarias que se precisen...durante el plazo temporal que se establece por la presente y con sujeción a los términos que aquí se pactan... ”¹⁹⁴.

También pueden recoger estas dos fases, a las que se ha hecho referencia, en su acuerdo, especificando la primera de ellas de la siguiente manera:

“Fase I Evaluación del recurso eólico de la zona: Esta fase contempla la realización en los terrenos de referencia de una campaña de medidas meteorológicas por un periodo de tiempo de... meses... La entidad...para alcanzar los objetivos perseguidos tiene previsto realizar las siguientes actividades: a) Instalación en los terrenos referidos de una o varias estaciones meteorológicas para la adquisición de datos que permitan la caracterización del viento de la zona. b) Recogida, tratamiento y análisis de datos eólicos. c) Evaluación técnico económica del proyecto. d) Toma de decisiones acerca de la viabilidad del proyecto ”¹⁹⁵

De esta forma quedan previstos los problemas a los que se ha hecho referencia sobre el inicio de los trámites por parte de las empresas y primeras relaciones con los propietarios de las tierras: pueden quedar recogidos en el mismo contrato en el que se estipulan

¹⁹⁴ Contrato Anexo I, p 4.

¹⁹⁵ Contrato Anexo II, pp 4 y 5.

las cuestiones relativas a la instalación y explotación del campo eólico
sin que se haga necesario un previo contrato de arrendamiento.

**VI.- CONCRETANDO LOS INTERESES JURÍDICOS
EN JUEGO.132**

VI.1.- Los sujetos del contrato.....132

VI.2.- Intereses de las partes.....132

**VI.3.- Cómo se configura el derecho de uso que se
cede.....134**

**VI.3.1.- Arrendamiento de los terrenos en los que se
va a instalar el parque eólico.134**

VI.3.2.- Constitución de un derecho real.....138

VI.- CONCRETANDO LOS INTERESES JURÍDICOS EN JUEGO.

VI.1.- Los sujetos del contrato.

Los sujetos que están en juego son, de un lado, la empresa eléctrica y promotora del futuro parque y, de otro, el o los propietarios de los terrenos donde se va a instalar el mismo. Hay que recordar que puede tratarse de terrenos de naturaleza pública o de carácter común de una población, en cuyo caso la contratación se hará con la Administración correspondiente (teniendo que hablar entonces de una concesión administrativa) y también que pudiera mediar la solicitud y posterior declaración de utilidad pública de esos terrenos y, por tanto, la consecuente expropiación forzosa. Estos supuestos exceden de los lógicos límites de este trabajo aunque se haga a ellos alguna referencia.

VI.2.- Intereses de las partes.

Habrán de retomarse cuáles son los intereses que persiguen cada una de las partes.

La empresa eléctrica promotora quiere contratar el viento que pasa por encima de determinada finca o fincas.

A su vez la propiedad de esos terrenos pretende, en principio, seguir ostentando ese derecho. El interés eólico de los mismos los habría revalorizado y la empresa promotora no se plantea su compra. También lo más frecuente es que pretenda conservar el uso agrícola y/o ganadero de los mismos que hasta ese momento ha venido desarrollando y que le ha garantizado, peor o mejor, su rentabilidad. A la vez tiene que “permitir” el acceso a sus tierras de la empresa para las primeras mediciones y cálculos para, posteriormente, aprobado el parque eólico, convivir con las obras necesarias (en tierra y subterráneas) para la instalación de los molinos aerogeneradores y después, durante años ver sus tierras transformadas por el nuevo uso añadido a las mismas. El interés de los propietarios en conocer lo que va a recibir a cambio y de qué forma va a hacerlo. Además, si quisiera, seguir explotando sus tierras tal y como lo venía haciendo, sus dudas pueden todavía verse incrementadas. ¿Bajará en número de kilos que viene obteniendo de las cosechas? ¿Darán las vacas la misma cantidad de leche?... Y tantas otras cuestiones similares que pudiera plantearse y que, por ahora, escapan de los estudios de impacto ambiental. Habrá que esperar.

VI.3.- Cómo se configura el derecho de uso que se cede.

Los razonamientos seguidos hasta el momento acotan en gran medida el contenido del contrato. Las partes, en el libre ejercicio de su autonomía, podrán elegir qué y cómo recoger todas estas cuestiones. Podrán hacerlo, si fuera posible y así lo estiman, en un contrato tipificado en el que se recojan sus derechos y obligaciones; o bien, percibiendo que esos derechos y obligaciones que están creando no se pueden acoger a ningún tipo, documentar legalmente la creación de los mismos. En principio pudiera pensarse que ninguna de las figuras típicas configuradas en el ordenamiento está pensada específicamente para la instalación y explotación de parques eólicos.

Se trata de dilucidar cómo se articula ese uso del suelo que se cede, salvando la posibilidad de tratarse de una concesión administrativa por realizarse la instalación en terrenos públicos o de la declaración de utilidad pública y consecuente expropiación forzosa.

VI.3.1.- Arrendamiento de los terrenos en los que se va a instalar el parque eólico.

Se ha aludido a la posibilidad de celebrar un contrato de arrendamiento, que ahora se retoma.

Se partía de que abundaban las referencias doctrinales al mismo, de entre las que destaca la de LOPEZ SAKO que se refería al mismo cuando en la enumeración de los trámites a seguir para la instalación de un parque eólico se llegaba al momento de la contratación con los particulares¹⁹⁶.

Interesa conocer si sería de aplicación a este contrato la Ley de Arrendamientos Rústicos o la de Arrendamientos Urbanos. Los suelos donde se instalan los parques son rústicos pero si se tiene en cuenta la naturaleza de la actividad a desarrollar no sería de aplicación esta Ley y no se trataría de un arrendamiento rústico¹⁹⁷. En cuanto a la posibilidad de tratarse de un arrendamiento urbano¹⁹⁸, su objeto no es una finca urbana por lo que tampoco sería de aplicación. Se tratará pues de un arrendamiento regulado por lo dispuesto en el Cc¹⁹⁹.

¹⁹⁶ LÓPEZ SAKO, Masao Javier, *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp 450 y ss.

¹⁹⁷ Ley 49/2003, de 26 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, RCL 2003\2755. Art. 1: “1. Se considerarán arrendamientos rústicos aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta”. Art. 6: “Quedan exceptuados de esta Ley:...d) los que tengan como objeto principal...5º Cualquier otra actividad diferente a la agrícola, ganadera o forestal.”

¹⁹⁸ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, RCL 1994\3272. Art. 1 “La presente ley establece el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos al de vivienda.”

¹⁹⁹ Cuestión distinta es la relativa a la consideración de los parques eólicos como inmuebles rústicos o urbanos. Cuando se abordó la misma se concluía que su calificación depende de la naturaleza del suelo, por lo que al instalarse sobre suelos rústicos se consideran bienes rústicos. Además, se trata de bienes inmuebles de características especiales (BICES), esto es, conjuntos complejos de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora.

Se hacía esta reflexión con la finalidad de intentar comprender por qué se presentan tantas alusiones al régimen de arrendamiento. Al respecto se decía que si el propietario no pretende el uso de sus tierras, este contrato podría ser la solución. Por otra parte, como la inscripción registral puede resultar uno de los principales problemas a la hora de configurar los derechos para la instalación y explotación de un campo eólico y el derecho de arrendamiento, si recae sobre una finca registral, puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 2.5 Ley Hipotecaria) queda a salvo su oponibilidad²⁰⁰.

Pero si el propietario pretende seguir destinando las tierras a la agricultura, ganadería... se trataría de una respuesta o solución de carácter provisional y llegaría un momento en que resulte insuficiente este contrato, salvo que en el mismo se hubieran ya recogido una serie de cláusulas, atípicas para este tipo de contratos, y en las cuales se estuvieran creando otro tipo de derechos, concretamente de carácter real. Y esto todavía no interesa a las partes, especialmente a la empresa promotora, que no está todavía segura de obtener los permisos administrativos y no pretende, por tanto, afrontar cuando menos los gastos que conllevaría la creación de un derecho real. Un contrato de arrendamiento garantiza el uso de las tierras a la promotora, entrará, saldrá, realizará sus primeras instalaciones para las mediciones, podrá realizar las obras legalmente permitidas... Incluso, como se ha dicho, se podría practicar la inscripción del mismo

²⁰⁰ Art. 2 “En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:...5º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.”

asegurándose así la publicidad necesaria. Pero, aun en el supuesto de un arrendamiento a largo plazo, llegado el momento de la instalación y explotación del parque esa promotora no tiene la propiedad del mismo y, por otra, el propietario pierde la posibilidad de seguir explotando sus tierras.

Destaca en este sentido la STS de 26 de junio de 2007²⁰¹ a la que ya se hizo referencia. Se trataba de un parque eólico asentado en terrenos sobre los que el titular de la instalación tenía suscrito un contrato de arrendamiento con el titular de los terrenos. A pesar de ello solicitó la declaración de utilidad pública a efectos de que los terrenos fueran expropiados en favor de la explotadora de la concesión. El TS consideró que la expropiación deja de tener justificación cuando el titular de la explotación goza de la disponibilidad de los terrenos en cuestión por un título hábil para el establecimiento y funcionamiento de la instalación eléctrica. Así que, el arrendamiento es título suficiente para la disponibilidad de los terrenos según el TS pero, a pesar de ello, no lo consideraba así la empresa titular del mismo y solicitó la declaración de utilidad pública y consiguiente expropiación.

Por otra parte, si en ese contrato de arrendamiento se incluyeran cláusulas tales como reconocer el derecho de propiedad de lo construido al arrendatario, nos encontraríamos con que, tras la

²⁰¹ RJ\2007\3898.

correspondiente inscripción (dato que tiene enorme trascendencia a este respecto), se estarían constituyendo otros derechos, lo que desbordaría el contenido típico del contrato de arrendamiento y se estarían creando un derecho real que resulta en principio, ajeno al mismo²⁰².

Por todo esto se ha descartado la posibilidad del arrendamiento, pudiéndose solventar esas primeras cuestiones con la inclusión de determinadas cláusulas en un contrato que recoja ya todas las cuestiones relativas a la futura instalación y explotación y se planteará a continuación la posibilidad, a la que ya se ha aludido, de que lo que mejor responda a los intereses de las partes pase por la creación, en el contrato, de un derecho real.

En todo caso se requeriría una ley específica para esta cuestión en la que se regulara ese posible arrendamiento especial, aunque se considera de utilidad cuestionable y quizás no satisfaga los intereses de las partes tal y como aquí se vienen planteando.

VI.3.2.- Constitución de un derecho real.

²⁰² MENA-BERNAL ESCOBAR, M^a José, *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Tecnos, Madrid, 1994, p 34

Como se trata de una cesión del uso de unos terrenos con la finalidad de instalar y explotar un campo eólico, se debe de estudiar la posibilidad de que las partes, en virtud del art. 609 del Cc., constituyan un derecho real de goce ya que estos atribuyen a su titular el disfrute total o parcial de la cosa de otro. Y, de entre los derechos reales limitados de goce se abordará la posibilidad de creación de aquel o aquellos que por su definición mejor responda a los intereses de las partes puestos de manifiesto.

Ya se ha hecho alusión a que los molinos son propiedad de la empresa eléctrica durante el tiempo necesario y suficiente para justificar y optimizar económicamente la inversión que ya ha empezado a realizar. Ello aporta un dato importante a las relaciones jurídicas entre ambas partes, especialmente si se atienden a los derechos que pretenden crear y a la necesidad de publicidad y eficacia frente a terceros de los mismos. Efectivamente, la empresa quiere que se conozca que en esas tierras va a instalar su campo eólico y que éste, además, será de su propiedad durante el tiempo que se acuerde, con lo que ello implica en relación con los usos, accesos etc. de los terrenos.

Por otra parte, el propietario quiere asegurarse de que mantiene la propiedad de su finca, fundamentalmente su poder de disposición, y que este dato sea conocido y oponible *erga omnes*. Además la duración del contrato, necesariamente extensa en el tiempo, es un factor de “preocupación” en este sentido. Interesa a las dos partes el

acceso al Registro de la Propiedad y, por tanto, será también objeto de atención y estudio.

VII.- CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO REAL.	142
VII.1.- Introducción.....	142
VII.2.- Dominio: límites y limitaciones.	143
VII.3.- Constitución de un derecho real de goce.....	144
VII.4.- Vuelo.	148
VII.4.1.- <i>Cuius est solum, eius est a caelo usque ad</i>	
<i>centrum, a sider usque ad ínferos.</i>	150
VII.4.2.- Régimen del vuelo.....	153

VII.- CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO REAL.

VII.1.- Introducción.

Se han puesto de manifiesto tres circunstancias decisivas para las partes a la hora de decidir cómo plasmar o formalizar en el contrato sus relaciones.

La primera de ellas es la relativa a esa fase previa a la instalación y explotación del parque eólico, que se constató que podía solucionarse a través de un contrato de arrendamiento previo o mediante la inclusión en el contrato definitivo de cláusulas que aseguraran a la empresa eléctrica la posibilidad de realizar las actividades, mediciones y comprobaciones necesarias antes de la construcción del parque.

La segunda es la relativa a la propiedad de lo construido. Los molinos serán propiedad de la empresa que explotará el parque.

Por último, la temporalidad. Esa explotación tiene que quedar asegurada el tiempo suficiente como para amortizar la inversión y lógicamente obtener los correspondientes beneficios para ambas partes.

VII.2.- Dominio: límites y limitaciones.

Se entiende aconsejable recordar aquí la distinción entre límites y limitaciones. Al respecto hace ALBALADEJO GARCÍA²⁰³ una clasificación muy clarificadora. Diferencia entre límites por razón de interés público, determinados por la muy variada intervención estatal en materia de propiedad, y límites por razón de interés privado, entre los que se encontrarían las relaciones de vecindad y los derechos reales de adquisición legalmente establecidos. A su vez también diferencia dentro de las limitaciones los derechos reales limitados de origen no legal, las servidumbres administrativas y las prohibiciones de disponer. MORILLO VELARDE, insiste al respecto en que lo que se pretende con las limitaciones es que los bienes realicen “una función de servicio a un aspecto del interés público concreto”, aunque ello no le haga perder su faceta de servicio al interés individual del propietario²⁰⁴.

²⁰³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho civil, III, derecho de bienes, Edisofer, Barcelona, 2010.

Respecto a esta cuestión López y López, Ángel M., *Propiedad: otras perspectivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013. La propiedad, como función en ella misma considerada, según este autor, es un concepto que «nació y se perfeccionó entre y por los científicos pertenecientes al ámbito del derecho público» en el siglo XX y «de ahí se incorporó al terreno iuscivilista donde arraigó profusamente». López y López recoge la acepción del término función de Santi Romano como un «poder que no se ejerce en interés propio, o no exclusivamente propio, o por un interés objetivo». Admitida la misma, afirma que «se puede aplicar al nuevo propietario la sugerente imagen con la que, muchos años antes, el filósofo del derecho italiano Giuseppe Capograssi, había descrito el débil Estado novecentesco: «un pobre gigante destronado» pp. 41-42.

²⁰⁴ MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, «El concepto de limitación a la propiedad privada», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 63, 1979, pág. 98,

VII.3.- Constitución de un derecho real de goce.

Ya se ha hecho alusión a que los molinos son propiedad de la empresa eléctrica durante el tiempo necesario y suficiente para justificar y optimizar económicamente la inversión que ya ha empezado a realizar. Además, necesita que se conozca que en esas tierras va a instalar su campo eólico

Por otra parte, el propietario quiere asegurarse de que mantiene la propiedad de su finca, y que este dato sea conocido y oponible *erga omnes*. Además la duración del contrato, necesariamente extensa en el tiempo aunque nunca ilimitada, es un factor de “preocupación” en este sentido.

Estas tres circunstancias determinan en gran medida el contenido del contrato. Las partes deberán dilucidar cómo se articula ese uso del suelo que se cede y el aprovechamiento del viento.

explica: «los límites establecen su contenido intrínseco en consideración al destino corriente de los bienes objeto de apropiación. Marcan el ámbito propio del derecho en su doble aspecto activo y pasivo. Mediante las limitaciones se pretende que los bienes apropiados jurídicamente realicen una función de servicio a un aspecto del interés público concreto, sin por ello perder la otra faceta de servicio a la utilidad individual».

Como la finalidad es la ocupación de unos terrenos para instalar y explotar un campo eólico, se debe abordar, como ya se adelantaba, la posibilidad de que las partes creen un derecho real de goce, ya que estos atribuyen a su titular el disfrute total o parcial de la cosa de otro²⁰⁵.

De entre los derechos de goce²⁰⁶, teniendo en cuenta las circunstancias expresadas, especialmente las relativas a la propiedad de lo construido y a la temporalidad, habrán de descartarse los que son incompatibles con las mismas dada su propia definición o concepto, como es el caso del usufructo, el uso y habitación o los censos.

En cuanto a las servidumbres, al no existir dos fundos se rechaza la servidumbre real y podría pensarse en la posibilidad de una servidumbre personal. Lo característico de las servidumbres es la existencia de un predio sirviente pero “no es preciso la existencia de

²⁰⁵ ROGEL VIDE, Carlos, *El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*, Reus, Madrid, 2017, dice que “es posible ceder a un tercero un derecho de superficie sobre el vuelo propio, derecho simplemente enunciado en el artículo 1611.III del Código civil y contemplado en su modalidad urbana, en el artículo 40 de la Ley del Suelo vigente” (se entenderá la referencia hecha a los artículos 53 y 54 de la Ley de Suelo de 2015), cabiendo, también, un derecho de superficie sobre fundos rústicos, referido en el artículo 30.3º del Reglamento Hipotecario, que permite sembrar y plantar sobre éstos, y un derecho de superficie sobre montes vecinales en mano común, a efectos de llevar a cabo, en los mismos, instalaciones, edificaciones o plantaciones, derecho referido en el artículo 3.3 de la Ley 55/1980, del mismo nombre. Es posible, también y como sabemos, que el propietario, al margen del derecho de superficie, ceda el derecho de vuelo que le corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, derecho que conlleva la posibilidad de construir sobre el mismo, haciéndose con la propiedad –perpetua, que no meramente temporal- de lo construido”, pp. 42-43.

²⁰⁶ No existe una enumeración de los derechos reales de goce. A ellos hace referencia el art. 2.2 de la Ley Hipotecaria considerándose como tales el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres, los censos y la superficie.

un predio dominante»²⁰⁷. PÉREZ-CARRASCO SANTOS²⁰⁸, en su estudio sobre esta figura, constata “la ausencia de una definición válida de la figura, pues el concepto «heredado» de la tradición romana indica ese gravamen tendencialmente perpetuo de un fundo a favor de otro en virtud de una *causa servitutis*, que quiebra con la pretensión de mantener la categoría de personal de la servidumbre...; asimismo, la práctica pone de manifiesto que la cesión de aprovechamientos parciales que podían constituir el contenido de una servidumbre, se realiza en nuestro Derecho a través de relaciones de carácter personal, y que cuando esas cesiones se realizan a favor de una persona, se soluciona conceptuándolas como relaciones de carácter obligacional, de forma que el contenido de lo que se podría denominar «servidumbre personal» queda limitado e incluso forzado, tratando de aplicar el régimen de servidumbre típica predial a situaciones en las que faltan elementos definidores de la misma”

El art. 531 del Cc²⁰⁹ permite la constitución de servidumbres personales sobre un fundo ajeno en beneficio de una o más personas o de una comunidad, aunque sin utilizar esta expresión.

²⁰⁷ SAP Madrid (Sección 14ª) de 11 de febrero de 2002, JUR 2002/106404.

²⁰⁸ PÉREZ-CARRASCO SANTOS, Rosario, Análisis de la configuración jurídica de las servidumbres personales, Tesis doctoral, Dirigida por LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., y FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 2013. Tesis inédita, p. 21.

²⁰⁹ “También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada”.

Se trataría de la posibilidad de crear un derecho real de un aprovechamiento determinado de una finca ajena a favor de una o varias personas físicas o jurídicas. Dado lo especial de este aprovechamiento, que supone la construcción y explotación del parque eólico, no encajará cómodamente en esta categoría, que parece referirse a un uso concreto y esporádico de una finca ajena²¹⁰, aunque no se encuentran, a nivel teórico, dificultades para ello. Pero, en la práctica, surgen problemas a la hora de diferenciar la servidumbre real de la personal, dudas sobre si en determinadas cláusulas contractuales se ha querido establecer una obligación o una servidumbre personal e, incluso, acerca de su verdadera configuración jurídica. NAVAS NAVARRO propone tratar las servidumbres personales como un derecho real de aprovechamiento parcial en beneficio de una o de varias personas, que aglutine todas aquellas utilidades que puedan aprovecharse de una finca y que no estén tipificados como derecho real de uso y disfrute²¹¹.

²¹⁰ Respecto a este uso concreto de una finca ajena: STS de 26 de julio de 2001, RJ 2001\8427, sobre el uso gratuito de una piscina vinculada a un restaurante privado; SAP de Badajoz, de 3 de octubre de 2002, JUR 2002\283169, sobre ocupación de terrenos para una romería; SAP de Pontevedra, de 11 de marzo de 2003, AC 2003\935), relativa a la ocupación ocasional de terreno para la celebración de ferias y mercados; SAP de Cáceres, de 25 de julio de 2007, JUR 2007\306803, en la que se plantea la existencia de una servidumbre personal de vistas sobre cuatro ventanas existentes en la planta alta de una vivienda, que tiene entrada por la propiedad de los demandados, con el objeto de presenciar los espectáculos que se celebran en las fiestas locales; SAP de Málaga, de 2 de abril de 2008, JUR 2007\244830, sobre la utilización de un Club de Playa por una Comunidad de Propietarios.

²¹¹ NAVAS NAVARRO, Susana, *El derecho real de aprovechamiento parcial: Propuesta de lege ferenda para la regulación de la servidumbre personal*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Madrid, 2007. En relación con las servidumbres personales, la autora propone que el legislador estatal siga la línea marcada por la legislación Navarra y, muy especialmente por la catalana, Ley 5/2006, de 10 de mayo, LCAT 2006\418, Código civil de Cataluña (Libro V-Derechos Reales). Estos derechos autonómicos recogen las servidumbres personales bajo la terminología “derecho real de aprovechamiento parcial”. Este derecho “podría configurarse como el derecho real aglutinador de todas aquellas utilidades

La cuestión resulta muy interesante pero se pretende conocer cómo se desarrolla la práctica en la instalación de los parques eólicos y se constata que no es ésta la respuesta. Las razones escapan a la finalidad que se persigue y a la economía de esta investigación.

Por otra parte, si atendemos a la cuestión relativa a que la propiedad del parque eólico es de la empresa que lo instala y explota podríamos pensar en la posibilidad de un derecho de sobreelevación, sobreedificación o vuelo²¹².

VII.4.- Vuelo.

Según ROGEL VIDE²¹³ “el vuelo equivale al espacio existente sobre el terreno en que está sita una finca determinada. Cualidad, parte integrante de la misma, puede haber sido utilizado o no”. Además, “incluso sin utilizarlo en obra o menester alguno, produce, en sí

que pueden aprovecharse de una finca, diferentes a los aprovechamientos tipificados legalmente en otros derechos reales de uso y disfrute, en beneficio de una o de varias personas”, p 117.

²¹² No se encuentra recogido en el art. 2.2 de la Ley Hipotecaria, RCL 1946\886, entre los derechos reales que acceden al Registro. La única referencia a los derechos de construir sobre lo edificado o bajo el suelo están en el art. 16 del Reglamento Hipotecario, RCL 1947\476, que regula la inscripción del “derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes”, sin constituir un derecho de superficie.

²¹³ ROGEL VIDE, Carlos, *El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*, Reus, Madrid, 2017, p.41.

mismo, la utilidad de un espacio abierto propio, que asegura luz y aire, amén de intimidad”. Este autor, citando a PÉREZ CÁNOVAS, que a su vez remite a CONSTANTINO, dice que “es posible adquirir, sobre un volumen del espacio, un derecho de propiedad verdadero y propio...; el espacio, aun prescindiendo del suelo, puede ser objeto del derecho de propiedad”²¹⁴. De esta manera el propietario del suelo puede ceder el derecho de vuelo que le corresponde.

Partiendo del art. 350 de nuestro Cc²¹⁵ ROGEL VIDE, persigue, como indica en el título de su ensayo, delimitar el ámbito tridimensional de la propiedad inmueble y señalar hasta dónde llega o puede llegar. Destaca que este artículo está situado “en sede de propiedad en general y no en la del derecho de accesión”²¹⁶. La accesión está regulada en los artículos 353 y siguientes y, entre ellos el 358 hace referencia a que “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos...pertenece al dueño de los mismos”. Reconoce este autor que por eso pensarán algunos que en este artículo “podría haber tenido cabida, de un modo u otro, lo dicho en el 350”²¹⁷, pero a su parecer mejor está regulado en sede de propiedad que en sede de accesión, “accesión que, respecto de los dichos inmuebles y en nuestro

²¹⁴ *Op. ult.cit.* p.42.

²¹⁵ “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía”

²¹⁶ *Op. ult. cit.* p.8.

²¹⁷ *Op. ult. cit.* p.9.

Derecho, como en otros, presupone la realización de edificaciones, plantaciones o siembras en suelos ajenos, así como las hechas, en los propios, con semillas o materiales ajenos”²¹⁸.

VII.4.1.- *Cuius est solum, eius est a caelo usque ad centrum, a sider usque ad íferos.*

Respecto a la clásica regla *cuius est solum, eius est a caelo usque ad centrum, a sider usque ad íferos*, el autor recuerda la revisión crítica abanderada por Ihering “quien, matizándola con mayor o menor eficacia, predica que el ámbito tridimensional de la propiedad inmueble se extiende hasta donde llegue el interés del propietario de la mima, estrellas e infiernos aparte...y sabiendo, en fin, que los intereses del propietario pueden ser múltiples”. En palabras de IHERING “el dominio del suelo se extiende por el espacio y el subsuelo hasta donde sea requerido por el interés del propietario, en relación al uso que se pueda hacer del fundo de que se trate en las condiciones actuales del arte y la industria humanas”²¹⁹.

²¹⁸ *Op. ult. cit.* p.10.

²¹⁹ *Op. ult. cit.* pp. 16-17. Las palabras de Ihering las toma ROGEL VIDE de CORVO LÓPEZ, Felisa-María, *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal*, Centro de estudios Registrales, Madrid, 2010, p.58, tomando la cita de CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo II, *Derecho de cosas. Propiedad y derechos reales restringidos*, Reus, Madrid, 1957, pp.112-113

Esta tesis tuvo influencia en Códigos europeos y en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Respecto a los Códigos europeos, la referencia al interés como criterio para determinar el contenido o ámbito efectivo del derecho de propiedad, se encuentra de algún modo en varios de ellos²²⁰. En cambio el art. 350 de nuestro Código civil no hace esta referencia.

En cuanto a la doctrina y jurisprudencia, ROGEL VIDE repasa ambas y las distintas opiniones²²¹. En principio, siguiendo a GONZÁLEZ MARTÍNEZ los civilistas españoles relativizaron la regla. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1909²²² y muchos años después la de 3 de marzo de 1984²²³. Por otra parte, algunos autores, partiendo de que en el art. 350

²²⁰ ROGEL VIDE, Carlos, *op. ult. cit.* pp.18-19. "Así, el parágrafo 905 del Código civil alemán...«El derecho del propietario de una finca se extiende al espacio existente sobre la superficie terrestre y a la tierra que hay bajo la misma. El propietario no puede, con todo, prohibir las inmisiones realizadas a una altura o profundidad tales que aquel no tenga ningún *interés* en su exclusión». Así el artículo 667 del Código civil suizo...«La propiedad del suelo lleva consigo la de lo que está encima y debajo en toda la altura y profundidad *útiles* a su ejercicio». Así, en fin, el artículo 840 del Código civil italiano...que, en lo que interesa, dice: La propiedad del suelo se extiende al subsuelo...El propietario del suelo -con todo- no puede oponerse a las actividades de terceros que se desarrollen a tal profundidad en el subsuelo o a tal altura en el espacio situado encima del suelo que él no tenga *interés* en excluir»".

²²¹ *Op. ult. cit.* pp. 20-24.

²²² Conforme a la misma "el paso de unos hilos de telefónicos por encima de una casa, a una altura que excede en mucho a la señalada por las leyes y los reglamentos que rigen la materia, sin apoyar ni tocar en la finca, ni suponer ocupación material de la misma y sin merma de las posibilidades de sobreelevar el edificio situado debajo, no limita los derechos del propietario, no estando prohibida la ocupación del espacio aéreo cuando ello no restringe los derechos de propiedad del suelo". Reseñada por ROGEL VIDE, Carlos, *op. ult. cit.* pp. 20-21.

²²³ Esta Sentencia establece que "los términos del artículo 350 del Código civil no pueden mantenerse de una forma rigurosa y absoluta, suavizando la interpretación

nada se dice al respecto, defienden que sobre el vuelo, el propietario del suelo solo tiene una facultad de utilización y no una propiedad como tal entendida²²⁴. En cambio otros, precisamente por el silencio del 350, deducen que el propietario del suelo lo es también de lo que está encima de él²²⁵.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 10 de febrero de 1992 en el Fundamento de derecho tercero, dice, entre otras cosas, que el “art. 350 del Código Civil, en cuanto concede al propietario de un terreno el derecho sobre el vuelo del mismo («usque ad coelum», según la anacrónica y desfasada expresión clásica), concretado esencialmente en un derecho a edificar sobre dicho terreno (con las limitaciones urbanísticas o de otra índole que legalmente se hallen establecidas)...” y en la de 23 de junio de 1998²²⁶, en el Fundamento

del precepto las relaciones de vecindad. En la actualidad, la amplitud dominical, tanto respecto del subsuelo como del vuelo, viene determinada por el límite que alcance el razonable interés del propietario”. Reseñada por ROGEL VIDE, Carlos, *op. ult. cit.* p. 21.

²²⁴ Cita ROGEL VIDE, Carlos, en *op. ult. cit.* p. 22, a CORVO LÓPEZ, que coloca entre estos autores a SIERRA GIL DE LA CUESTA, BLASCO GASCÓ y CECHINI ROSSELL, ALBALADEJO, JIMÉNEZ LINARES MEDINA DE LEMUS Y MONTÉS PENADÉS.

²²⁵ En este grupo de autores estarían, como nos sigue indicando el mismo ROGEL VIDE, y según la misma cita, LACRUZ BERDEJO, CARRASCO PERERA, IZQUIERDO LAGUNA, DÍEZ-PICAZO y la misma CORVO LÓPEZ.

²²⁶ RJ 1992\1199 y RJ 1998\4744, citadas por ROGEL VIDE, *op. ult. cit.* p.44. En esta última, respecto al derecho de propiedad y vuelo, afirma el Tribunal Supremo, que “al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión -en caso de inmueble- no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo -lo que está encima- y al subsuelo -lo que está debajo- siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según la concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende «usque ad sidera et usque ad inferos». El derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad, como hace la Sentencia de 9 julio 1988 (RJ 1988\5601) (la Sentencia de 11 noviembre 1919 dijo

de derecho segundo, afirma que “el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad”. Considera por tanto la existencia del vuelo y “la posibilidad de que este constituya el objeto de un derecho singular”²²⁷.

En opinión de ROGEL VIDE, el interés del propietario del suelo en que el ámbito tridimensional de su propiedad sea lo más amplio posible, se presume y “no será él quien tenga que probar el interés en cuestión”. Además este interés puede ser “de la más diversa índole, potencial y real, presente y futuro, patrimonial y extrapatrimonial”²²⁸.

VII.4.2.- Régimen del vuelo.

que del artículo 350 se deduce que el propietario del suelo lo es también del vuelo) o como un derecho real que recae en cosa ajena, como hace la de 24 diciembre 1991 (RJ 1991\9598). En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, como dice la citada Sentencia de 9 julio 1988”.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Op. ult. cit.* p. 45. Cita a su vez a GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, quien dice que el mismo “no necesita ser estrictamente *económico*...y podrá ser un interés *estético* (si se oculta la vista del cielo a mi jardín), *científico* (si un haz de hilos telefónicos me priva de estudiar, con mi antejo astronómico, alguna región celeste), *probable* (si se construye un túnel a cierta profundidad, en el caso de que las capas del subsuelo sean movedizas), *futuro* (destino de la finca que se ha adquirido cerca de un puerto para desmontar y ampliar un inmueble) o, simplemente, *de afección*”, p. 46.

Propiedad o facultad que integra la misma, el derecho real de vuelo, atribuye al propietario del suelo la propiedad sobre la edificación resultante. Pero parece estar pensado para la construcción sobre edificios preexistentes y no para instalaciones temporales, como las de un parque eólico. El Reglamento Hipotecario²²⁹, según la redacción dada al artículo 16 por la reforma de 4 de septiembre de 1998²³⁰, establecía las circunstancias necesarias que debían reunir los títulos para la eficaz constitución del derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Cuando se hablaba de fundos ajenos se hacía de derecho de superficie²³¹ y así se refería a

²²⁹ Decreto de 14 de febrero 1947, RCL 1947\476.

²³⁰ Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, RCL 1998\2381.

²³¹ Art. 16 del Reglamento, conforme fue redactado por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre.

Art. 16.1º: “Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, las siguientes: a) plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar la parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie. No obstante, antes de su vencimiento podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal. b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso. c) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de obra nueva, siempre que el derecho de superficie esté aún vigente e inscrito. d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario. e) Garantías de transcendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato. No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso”.

La STS de 31 de enero de 2001, [RJ 2001\1083](#), declaró nulo de pleno derecho el art. 1º del Real Decreto 1867/1998, en la medida en que modifica y redacta los apartados 1º y 2º, letra b), de este art. 16.

inscribir “a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo”. El aprovechamiento del vuelo propio por un tercero se configuraba como derecho de superficie.

El art. 16.2 de este Reglamento se refiere al derecho de vuelo sobre suelo urbano estableciendo que “el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes”.

Respecto al vuelo rústico la referencia se encuentra en el art. 30.3 del mismo Reglamento²³², exigiéndose que conste en su inscripción “la plantación o siembra en que consista”.

Tal derogación no lo fue por entender que las exigencias anuladas (plazo y número de plantas) no son exigibles para la creación del vuelo como derecho real sino por el hecho de que tal previsión ha de efectuarse en norma de rango legal.

²³² Art. 30.3 Reglamento Hipotecario: “3º El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya; en la inscripción se harán constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipulados, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración Forestal o de los particulares.”

Se comprueba que el ejercicio del derecho de vuelo sobre suelo urbano desemboca en un régimen de propiedad horizontal, ya que, como se deduce del Reglamento Hipotecario, se exige de cara a su inscripción la fijación de cuotas y normas por las que regirse la futura comunidad de propietarios, en el supuesto de un derecho real de vuelo sobre fincas urbanas²³³. No se recoge la misma solución en el art. 30.3 del Reglamento para el supuesto del derecho de vuelo sobre fincas rústicas ajenas.

Se diferencia por tanto el régimen del vuelo urbano del rústico y este último alude solo a plantaciones o siembras, no construcciones. A esto se suma que se atribuye al propietario del suelo la propiedad sobre la edificación resultante, al menos en el caso de su variante urbana según el art. 16. 2 del RH.

Si se pretende adaptar la instalación de un parque eólico a un derecho de vuelo rústico, aunque sean posibles “convenios y prestaciones”, como prevé el art. 30.3 del RH, se acabaría desdibujando como tal y pareciéndose demasiado a un derecho de superficie. Por otra parte en este derecho ya no se diferencia entre suelos urbanos y rústicos.

²³³Art. 16.2 En la inscripción se hará constar:

a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento. d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.”

Como ya se ha reseñado, la STS de 24 de febrero de 2000, RJ 2000\2888, declaró nulo el apartado c) del artículo 16.2 y el b) se anuló por la STS de 31 de enero de 2001, [RJ 2001\1083](#).

De esta manera, entre los posibles derechos reales, en la práctica se elige el de superficie, aunque se comprobará que hay ocasiones en que se prefiere su no calificación como tal por las partes.

Por esta razón se le dedicará un capítulo aparte a este derecho y se profundizará en estas cuestiones.

VIII- DERECHO DE SUPERFICIE.....	159
VIII.1.- Concepto y regulación.	159
VIII.2.- Propiedad superficiaria y separada y propiedad del suelo.	167
VIII.3. - Temporalidad.	171
VIII.4.- Contraprestación.	172
VIII.5.- Extinción del derecho de superficie y retirada de las instalaciones eólicas.....	174

VIII- DERECHO DE SUPERFICIE

VIII.1.- Concepto y regulación.

El Código civil español no presta especial atención al derecho de superficie. Salvo la mención, estrictamente hablando, contenida en el art. 1.611 del Código civil²³⁴, será la legislación urbanística y el Reglamento Hipotecario, en el art. 16.1 al que más arriba se hacía referencia, donde se contenga su regulación²³⁵. Se considera un “instrumento característico utilizado por la Administración para ceder suelo a los particulares, consiguiendo la edificación sin perder la propiedad”²³⁶. Según el Tribunal Supremo²³⁷, es a partir de 1956

²³⁴ Art. 1.611, tercer párrafo: “Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial”.

²³⁵ Respecto a su regulación en el Reglamento Hipotecario, se contenía en el art. 16.1, redactado conforme al RD 1867/1998, de 4 de septiembre, redacción que, como ya se indicaba, fue anulada por la STS de 31 de enero de 2001, RJ 2001\1083.

²³⁶ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles, “El derecho de superficie “versus” la parcelación urbanística”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 30/2013, Aranzadi, 2013, pp. 323-336.

²³⁷ STS de 26 de noviembre de 2002, RJ 2002\9935. Al respecto en el Fundamento de derecho tercero dice que “aún cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de «*numerus apertus*» en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados. Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo, si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que éstos actuaran

cuando el legislador concede “relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole [*sic*] en el texto de la Ley del Suelo, si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores, siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que éstos actuaran animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley”.

La evolución patrimonial de la propiedad inmobiliaria llevó a la regulación del derecho de superficie en la Ley de Suelo de 2008²³⁸. En la Exposición de Motivos de la misma se aludía a que su regulación está encaminada a superar la “deficiente” situación normativa de este derecho²³⁹.

animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley.

Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo.

Esta Sala no comparte la tesis de la sentencia recurrida, contraria a la admisión de la existencia de esa dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su propio régimen jurídico”.

²³⁸ RCL 2008\1260, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. En los arts. 40 y 41 se regulaba el derecho de superficie. Derogó la Ley 8/2007, del Suelo, de 28 de mayo, RCL 2007\1020.

²³⁹ “El contenido del Título se cierra con una regulación del régimen del derecho de superficie dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y,

A esta le sucedió la Ley de Suelo 2015²⁴⁰ que regula el derecho de superficie en los arts. 53 y 54.

Según el art. 53.1 “el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas”. Además, “también puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

De esta forma, en virtud del derecho de superficie, “se concede a su titular la facultad de edificar en suelo, vuelo o subsuelo ajenos adquiriendo la edificación resultante, la cual revertirá a favor del dueño del suelo al transcurrir el plazo pactado para ello. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones”²⁴¹.

con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario”.

²⁴⁰ RCL 2015\1699, Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre, que deroga la anterior y aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

²⁴¹ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles, *op. ult. cit.*

El derecho de vuelo se diferencia del derecho de superficie en que mientras el vuelo da lugar a una propiedad definitiva sobre la edificación resultante, el de superficie, como se verá, origina una propiedad separada de la propiedad del suelo y de carácter temporal. Mientras el derecho de vuelo supone una derogación del principio “*superficies solo cedit*”, el derecho de superficie tan solo supone una excepción al mismo, o una “inaplicación temporal”²⁴².

La Ley, en lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, define las dos situaciones básicas en que éste puede encontrarse que son, suelo rural y suelo urbanizado²⁴³. Previamente, respecto al contenido del derecho de propiedad del suelo, indica que las facultades del propietario alcanzan al vuelo²⁴⁴.

²⁴² DÍAZ MORENO, Alejandro, “Los derechos reales limitados de goce” en LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M, MARÍN VELARDE, Asunción, FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela y DIAZ MORENO, Alejandro (autores), *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales e Hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p 219. Se trata de “una suspensión temporal de la aplicación de tal principio que, con la llegada del término, recobra su vigencia...extinguido el derecho de superficie, lo edificado revierte al propietario del suelo por accesión”.

Según FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles, *op. ult. cit.*, “el derecho de superficie produce una derogación del principio de accesión debido a que lo que se incorpora a la finca a partir de dicho momento ya no pasa a ser propiedad del *dominus soli*. Como se ha señalado, a la extinción del mismo, por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que se deba satisfacer indemnización alguna, cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho”.

²⁴³ Art. 21. Situaciones básicas del suelo. 1. Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.

²⁴⁴ Artículo 12. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades. 2. Las facultades del propietario alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público.

A lo largo de la misma, distingue entre uno y otro, por ejemplo en relación al su contenido, diferenciando entre suelo rural (o vacante de edificación) y suelo urbanizado, facultades, deberes y cargas, posibles actuaciones o valoración de los mismos²⁴⁵.

En cambio, al regular el derecho de superficie no distingue suelo rural y suelo urbanizado por lo que podría deducirse que la regulación es aplicable en ambas situaciones²⁴⁶. No puede entenderse como una referencia a la posibilidad de distinguir una superficie rústica la del art. 30.3 del Reglamento Hipotecario²⁴⁷, relativa a la inscripción del derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ya que, como se ha visto, este Reglamento diferencia el derecho de vuelo del de superficie²⁴⁸. Con todo, en la inscripción del mismo se hará

²⁴⁵ Arts. 11 a 17 del texto legal.

²⁴⁶ Al referirse a la superficie constituida a título oneroso (art. 53.3 de la Ley de Suelo) hace alusión a que la contraprestación podrá consistir “en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo” y podría conducir a pensar que está pensando exclusivamente en una superficie urbana. Pero como prevé igualmente otras formas de contraprestación, como una suma alzada o canon periódico, podrá ser aplicado indistintamente. Igual ocurre en el art. 54.2 que concede la posibilidad al superficiario de constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal, pero la hace para los casos en que “las características de la construcción o edificación lo permitan”.

Tampoco diferencia entre la superficie común y la urbanística. La primera sería la concedida por los particulares y la segunda por la Administración pública. No distingue plazos máximos para una y otra como hacía la Ley de Suelo de 1992 (el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en el art. 289, señalaba el plazo de setenta y cinco años para las personas públicas y noventa y nueve para los particulares), estableciendo el plazo único de noventa y nueve años. Además, hablar de una superficie común supondría defender que estaría regulada por la legislación civil y el Código civil no recoge el derecho de superficie por lo que habría que basarse en el principio de *numerus apertus* para su constitución.

²⁴⁷ ROGEL VIDE, Carlos, en *op. ult. cit.* p. 43 afirma que cabe “también, un derecho de superficie sobre fundos rústicos, referido en el artículo 30.3º del Reglamento Hipotecario, que permite sembrar y plantar sobre éstos”

²⁴⁸ Art. 16 Reglamento Hipotecario.

constar: "...la plantación o siembra en que consista..." y como, además, el vuelo daría lugar a una propiedad definitiva sobre lo plantado o sembrado, sería igual si se estableciera un derecho de usufructo o un arrendamiento rústico.

Sí tiene una regulación específica el derecho de superficie sobre Montes Vecinales en Mano Común que, aunque en el mismo sentido que la Ley de Suelo, establece un plazo máximo para el mismo de 30 años²⁴⁹, a diferencia de los 99 años máximos de la Ley de Suelo. En cualquier otro caso, como la ley no distingue, no se hará diferenciación al respecto, considerándose que realiza una regulación general sobre esta materia. Con todo, la admisión del sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales, al que se hará referencia, ha venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.

Esencialmente, según el art. 53 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana el derecho real de superficie es aquel que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal

²⁴⁹ Art. 3 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, RCL 1980\2600, (art.3.3 "Con carácter temporal, las comunidades titulares de los montes podrán establecer sobre estos, hasta un plazo máximo de treinta años, derechos de superficie con destino a instalaciones, edificaciones o plantaciones"); y, como ejemplo a nivel autonómico, y dada la trascendencia de estos Montes y de las instalaciones eólicas en Galicia, el art. 7 de la Ley 13/1989, LG 1989\207, de Montes Vecinales en Mano común (art. 7.1 "La Comunidad de vecinos propietarios podrá establecer derechos de superficie con destino a instalaciones o edificaciones hasta el plazo máximo de treinta años...").

de las construcciones o edificaciones realizadas. Sólo puede ser constituido por el propietario del suelo y puede hacerse a título oneroso o gratuito. Su plazo de duración no podrá exceder de noventa y nueve años. Además, permite, según el art. 54, su gravamen con separación del derecho que ostenta el propietario del suelo. Y esto es muy interesante para las empresas eléctricas propietarias del parque eólico.

Hay que destacar que la regulación del derecho de superficie incluye el reconocimiento de una primera etapa en la que lo que se otorga al superficiario es la facultad de edificar. El superficiario ostentará un derecho real sobre el suelo ajeno para el que no se señala plazo alguno. Las partes pactarán la duración de ese plazo²⁵⁰. El incumplimiento del mismo dará lugar a la extinción del derecho²⁵¹.

Por otra parte, la elección del derecho de superficie puede permitir a las partes interesadas la constitución de una “opción de superficie”²⁵². Durante el tiempo que dure la misma, la entidad

²⁵⁰ Lo hacen estableciendo cláusulas como esta: “...La entidad...dispondrá de un plazo de quince meses a contar desde la firma de la escritura de constitución del derecho de superficie, para la construcción del parque eólico conforme al anteproyecto indicado anteriormente...” Anexo II p. 17 y Anexo III p. 9.

²⁵¹ El art. 54.5 de la Ley de Suelo establece que “El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el plazo de duración del derecho”.

²⁵² Para ello acuerdan que “...el propietario, a cambio de la contraprestación que se dirá, concede en esta acto a la entidad...la opción para constituir un derecho de superficie sobre los terrenos descritos en el expositivo 1 para su aprovechamiento eólico...La opción se concede por un plazo de 24 meses a contar de esta fecha, correspondiente a la fase 1 prevista en la estipulación 2.1 (fase en la que se realizan las actividades necesarias para la evaluación del recurso eólico), y habrá de

realizará todas las actividades necesarias para la evaluación del recurso eólico de la zona. Puede ser una solución a la primera fase de las relaciones a las que se aludía en el Capítulo V de este trabajo y a las que se daba frecuentemente respuesta a través de un contrato de arrendamiento. A pesar del interés de esta posibilidad, sólo se puede dejar por el momento mencionada.

Por último, respecto a estos aspectos generales del derecho de superficie, se va a hacer referencia a su constitución en escritura pública y a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad como requisito constitutivo de su eficacia. En la práctica, las partes llevan a cabo su inscripción²⁵³, por las razones que se han destacado. El art. 53.2 de la Ley de Suelo se pronuncia en el sentido de que se requiere su “formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad” para que quede válidamente constituido, zanjando anteriores posiciones a favor o en contra de esta necesidad²⁵⁴.

ejercitarse mediante escrito notificando fehacientemente al propietario la voluntad de constituir el derecho de superficie...” Anexo II p. 6.

²⁵³ Se trata de cláusulas como: “...es intención de las partes que éste tenga acceso al Registro de la Propiedad...” Anexo I p. 3.

O bien: “...la escritura pública de constitución del derecho de superficie contendrá...” Anexo II p. 7.

²⁵⁴ Al respecto, la RDGRN, de 16 de abril de 2010, RJ 2010\2740, dice en el Fundamento de Derecho Tercero que “No existe duda alguna sobre la necesidad de escritura pública. El art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo establece que para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad”. La Resolución cita el artículo correspondiente de la Ley de Suelo de 2008.

Se estudiarán a continuación las cuestiones que se han resaltado como de especial trascendencia para las partes:

VIII.2.- Propiedad superficiaria y separada y propiedad del suelo.

Al estudiar el derecho de superficie se habla de propiedad superficiaria y separada²⁵⁵, ya que una vez realizada la plantación o construcción, la propiedad del suelo convive con la propiedad del superficiario, esto es, por un lado la propiedad de la planta eólica y por otra la del terreno en el que la misma se instala. Pero, en esta ocasión, esa convivencia que se predica del derecho de superficie, como de los otros derechos reales de goce, presenta una nota especial que bien puede calificarse como diferente: el propietario del suelo podrá continuar con los usos y explotaciones de la finca en la parte no gravada por la instalación de los aerogeneradores. Se trata entonces de una convivencia en el sentido más estricto de la palabra, no limitada únicamente a permitir y respetar la nueva propiedad de la superficie.

Todo ello se recoge en el contrato con cláusulas como las siguientes:

²⁵⁵ STS de 4 de febrero de 1993, RJ 1993\782: "...la superficie constituye un derecho real sobre el suelo y al mismo tiempo una propiedad superficiaria y separada...".

“...Durante el período de vigencia del derecho de superficie, el propietario conservará y tendrá el pleno dominio de la finca...y en consecuencia gozará de la facultad de vender, ceder, enajenar por cualquier negocio inter vivos o mortis causa, gravar, transmitir, arrendar, etc...”²⁵⁶.

“...El propietario conserva íntegros todos los derechos inherentes al dominio de la finca...sin perjuicio del derecho real que aquí se establece, y se compromete a respetar el ejercicio de las actividades de explotación de las Plantas y de modo especial a no interferir en la velocidad y dirección del viento de la finca, pudiendo el propietario continuar con los usos y explotaciones de la finca en la parte no gravada por la instalación de los aerogeneradores”²⁵⁷.

“...El propietario podrá ejercitar plenamente sobre la finca todas las facultades inherentes a su derecho de propiedad, siempre que las mismas no sean incompatibles con la explotación del parque eólico. Con carácter expreso, ambas partes acuerdan que el propietario podrá hacer uso de la finca con actividades compatibles con el aprovechamiento eólico de la misma, tales como la actividad agrícola, forestal, ganadera, recreativa, minera o cualquier otra explotación, siempre que

²⁵⁶ Anexo II p. 19.

²⁵⁷ Anexo I p. 8.

no se alteren las condiciones habituales de viento en la zona ni pueda inducir daños en las instalaciones del parque...La propiedad podrá ejercer actividades cinegéticas en la finca... ”²⁵⁸.

Respecto a la propiedad de lo construido, ésta no se suele recoger expresamente. Parece que lo que se pretende es salvar la preocupación del propietario de los terrenos por dejar clara su condición como tal y el aprovechamiento que va a poder dar a su finca. Para la empresa eléctrica es suficiente que se recoja su derecho a construir el parque eólico y a su posterior explotación.

“...se otorga un derecho, real y no personal...a instalar y explotar Plantas de energía eólica dentro de la finca...a modo de gravamen de la misma, con el fin de transformar la energía eólica en eléctrica para su posterior enajenación ”²⁵⁹

“...derecho de superficie...para la instalación, construcción y explotación de un parque eólico de generación de electricidad... ”²⁶⁰.

²⁵⁸ Anexo II p. 20.

²⁵⁹ Anexo I p. 2.

²⁶⁰ Anexo II p. 15.

“...para el establecimiento de un derecho de superficie sobre los terrenos indicados...con el fin de instalar un parque eólico para generación de energía eólica...”²⁶¹.

“...Una vez finalizada la construcción del parque el superficiario procederá a la inmediata explotación comercial del mismo”²⁶².

A pesar de ello, el dato se pone de manifiesto al acordarse que:

“...a la extinción del Acuerdo...el superficiario retirará a su costa las instalaciones y edificaciones de su propiedad ubicadas en la finca...con un plazo máximo de...desde la fecha de extinción del derecho de superficie.”²⁶³.

“...el superficiario retirará a su costa las instalaciones y edificaciones de su propiedad ubicadas en la finca, contando con un plazo de...a contar desde la fecha de extinción del derecho de superficie”²⁶⁴.

²⁶¹ Anexo II p. 16.

²⁶² Anexo II pp. 17 y 18.

²⁶³ Anexo II p. 21.

²⁶⁴ Anexo III p. 19.

VIII.3. - Temporalidad.

Se ha aludido a la fijación de un plazo de duración del derecho que se constituye. El propietario permite que la empresa eléctrica edifique en su finca y le faculta para mantener lo construido durante un determinado periodo de tiempo.

Las partes valoran libremente el tiempo de duración en función, fundamentalmente, del necesario para la amortización de la inversión que se realiza y obtener los correspondientes beneficios para ambas. El art. 40.2 de la Ley de Suelo prevé que el plazo de duración del derecho de superficie no podrá exceder de noventa y nueve años, período de tiempo que supera con mucho las necesidades de las partes. Este plazo, de necesaria fijación, se recoge de la siguiente manera:

“...tendrá una duración máxima de veinticinco (25) años, a contar desde la puesta en marcha de las instalaciones, prorrogables por periodos sucesivos de diez años...” ²⁶⁵.

“...el derecho de superficie tendrá una duración de treinta años (30 años)...el citado plazo será prorrogable por periodos sucesivos de 15 años...” ²⁶⁶.

²⁶⁵ Anexo I p. 4.

²⁶⁶ Anexo II p. 16.

VIII.4.- Contraprestación.

El derecho se constituye a cambio de un precio o canon.

Según el art. 53.3 de la Ley de Suelo el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito y en el primer caso la contraprestación del superficiario “podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico...”. En la práctica se materializa con cláusulas como las siguientes:

“...El propietario percibirá como precio del presente contrato el...% de los ingresos brutos mensuales que se obtengan por la venta de la energía producida por las Plantas Eólicas instaladas en la finca, desde el comienzo de la producción del primer aerogenerador. El pago se efectuará dentro de los treinta días siguientes a la fecha de cobro efectivo del explotador de la Planta” ²⁶⁷.

“...la entidad...pagará al propietario la cantidad de... (...euros/generador) en concepto de contraprestación económica durante el periodo de construcción del parque

²⁶⁷ Anexo I p. 6.

eólico a instalar en los terrenos objeto del presente acuerdo...” ²⁶⁸.

“...A la finalización de la etapa de construcción, el superficiario procederá a la explotación del parque, abonando al propietario la siguiente contraprestación: a) una cantidad variable, en función de la energía producida por los aerogeneradores ubicados en los terrenos objeto del presente acuerdo, cifrada en el ...% de la energía anual facturada por los mismos...b)...el superficiario...garantizará al propietario la percepción de una cantidad mínima anual de ...euros por KW instalado en sus terrenos en caso de que la cantidad variable citada en el párrafo anterior no alcanzara este ratio mínimo...” ²⁶⁹.

Esta contraprestación podrá asegurarse con garantías²⁷⁰:

“...para el cumplimiento fiel y exacto de las obligaciones económicas derivadas del presente contrato, la sociedad explotadora se obliga, desde el comienzo de las obras de construcción del parque, a la presentación de aval bancario

²⁶⁸ Anexo II p. 17.

²⁶⁹ Anexo II p. 18.

²⁷⁰ Si estas garantías tuvieran trascendencia real serán inscribibles, según el art. 16 del Reglamento Hipotecario.

anual que garantice el pago de...y con renovaciones anuales...” ²⁷¹.

Se prevén también actualizaciones de estas cantidades dirigidas, fundamentalmente, a garantizar al propietario de los terrenos que ese canon mínimo que va recibir sea ajustado:

“...la cantidad resultante de dicha revisión será actualizada anualmente al 50% por el IPC y conforme al 50% a la evolución de las tarifas eléctricas que periódicamente publica el Ministerio de Industria, no pudiendo en ningún caso ser inferior a...” ²⁷².

VIII.5.- Extinción del derecho de superficie y retirada de las instalaciones eólicas.

El derecho de superficie se extingue, según el art. 54.5 de la Ley de Suelo, “si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho...”.

²⁷¹ Anexo III p. 14.

²⁷² Anexo III p. 13.

Las partes pueden pactar causas de extinción del derecho de superficie:

*“...si por causas ajenas al superficiario o a la sociedad explotadora, durante la fase de explotación del parque eólico aconteciera una interrupción continuada en la producción de energía por un periodo superior a los 12 meses, la sociedad explotador podrá optar por la rescisión o extinción del derecho de superficie sin incurrir por ello en responsabilidad alguna, si bien durante la interrupción vendrá obligada al pago del canon mínimo vigente en cada periodo, el cual en modo alguno será restituido por el propietario.”*²⁷³.

*“...si por causas de fuerza mayor... (el resto de la cláusula en el mismo sentido)”*²⁷⁴.

Al expirar el plazo del derecho de superficie, se produce la reversión de lo edificado a favor del propietario del suelo. Cabe defender la posibilidad de excluir la reversión, pactando que al término del contrato retire el superficiario las instalaciones eólicas. El art. 41.5 de la Ley de Suelo establece que a la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hará suya la propiedad de lo edificado pero reconoce

²⁷³ Anexo II p. 19.

²⁷⁴ Anexo III pp. 13-14.

expresamente la posibilidad de que se pacten “normas sobre la liquidación del derecho de superficie”.

Esta posibilidad es la que mejor responde a los intereses de las partes, especialmente a los del propietario del terreno (¿para qué va a querer mantener en su finca unos molinos al finalizar la explotación de los mismos por la empresa eléctrica y que, por tanto, no le reportarán beneficio alguno?). Se recoge junto a las cláusulas, ya vistas, relativas a la propiedad de la instalación eólica y tiene tanta trascendencia que incluso se puede pactar una garantía del desmantelamiento:

“...Al fin de garantizar el desmantelamiento del parque una vez expirado el plazo...la sociedad explotadora se obliga...a solicitar a empresa de reconocido prestigio, presupuesto de desmantelamiento...Si el importe de dicho desmantelamiento supera el importe del aval exigido por el Ayuntamiento²⁷⁵...las

²⁷⁵ En cumplimiento de lo establecido en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, para los parques eólicos de esta Comunidad Autónoma. Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, LAN 2002\588. Art. 52. Régimen del suelo no urbanizable “4. Cuando la ordenación urbanística otorgue la posibilidad de llevar a cabo en suelo clasificado como no urbanizable actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga, el propietario podrá materializar éstos en las condiciones determinadas por dicha ordenación y por la aprobación del pertinente Plan Especial o Proyecto de Actuación y, en su caso, licencia. Estos actos tendrán una duración limitada aunque renovable, no inferior en ningún caso al tiempo que sea indispensable para la amortización de la inversión que requiera su materialización. El propietario deberá asegurar la prestación de garantía por cuantía mínima del diez por ciento de dicho importe para cubrir los gastos que puedan derivarse de incumplimientos o infracciones, así como los resultantes, en su caso, de las labores de restitución de los terrenos. 5. Con la finalidad de que se produzca la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento de carácter excepcional del suelo no urbanizable que conllevarían las actuaciones permitidas en el apartado anterior, se establece una prestación compensatoria, que gestionará el municipio y

sociedad explotadora vendrá obligada a entregar...aval por la diferencia existente entre el referido aval exigido por el Ayuntamiento...y el importe del presupuesto...” ²⁷⁶.

Además, ese presupuesto de desmantelamiento final y el correspondiente aval a la propiedad, podrán ser actualizados, cuantas veces lo establezcan las partes y en función de la duración del contrato:

“...Transcurridos...años desde la entrega de dicho aval, se solicitará nuevo presupuesto para la adaptación del mismo a los precios de mercado y se realizará la misma operación sucesivamente cada nuevo periodo de...años...” ²⁷⁷.

destinará al Patrimonio Municipal del Suelo. La prestación compensatoria en suelo no urbanizable tiene por objeto gravar los actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculadas a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga en suelos que tengan el régimen de no urbanizable. Estarán obligados al pago de esta prestación las personas físicas o jurídicas que promuevan los actos enumerados en el párrafo anterior. Se devengará con ocasión del otorgamiento de la licencia en una cuantía de hasta el diez por ciento del importe total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, excluida la correspondiente maquinaria y equipos. Los municipios podrán establecer mediante la correspondiente ordenanza cuantías inferiores según el tipo de actividad y condiciones de implantación. Los actos que realicen las Administraciones públicas en ejercicio de sus competencias están exentas de la prestación compensatoria en suelo no urbanizable”.

Esta Ley ha sufrido modificaciones. La última es por Ley 2/2008, de 26 de abril, LAN 2018\182, de modificación de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, LAN 2016\268, por la que se modifica la Ley 7/2002, para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

²⁷⁶ Anexo III p. 20.

²⁷⁷ Anexo III p. 20.

Además, el propietario puede optar entre exigir la retirada total o parcial de las instalaciones o hacerlas suyas sin abonar indemnización alguna. Se puede y suele añadir:

“...Si transcurrido el citado plazo las instalaciones no hubieran sido retiradas, el propietario podrá optar entre exigir la retirada total o parcial de las instalaciones y edificaciones o bien hacerlas suyas sin que por ello tenga que abonar ningún tipo de contraprestación indemnizatoria por tal concepto a la entidad.... En caso que no fuese así,...deberá pagar a la propiedad los costes del desmontaje y evacuado...comprenderá el arranque y evacuación de zapatas o cimentaciones hasta una profundidad de un metro, de modo que el terreno quede apto para su utilización agropecuaria”²⁷⁸.

Se trata de que la propiedad vuelva a su estado inicial y pueda seguir dedicada a fines agrícolas y ganaderos.

²⁷⁸ Anexo II p. 21 y Anexo III pp. 20-21.

IX.- ¿UN NUEVO DERECHO REAL?180

**IX.1.- Introducción. Creación de nuevas figuras de
derechos reales.180**

**IX.2.- Requisitos para la creación de un nuevo derecho
real.....183**

**IX.3.- El contrato para la implantación y explotación
de un parque eólico y la especialidad registral.188**

IX.- ¿UN NUEVO DERECHO REAL?

IX.1.- Introducción. Creación de nuevas figuras de derechos reales.

Se ha constatado que las partes suelen introducir variantes que darían lugar a un derecho real atípico, inscribible con todas las consecuencias derivadas de su calificación como tal derecho real. De esta forma, derechos tales como “derecho real y no personal a instalar y explotar Plantas de energía eólica”²⁷⁹ acceden al Registro y se califican como derechos reales.

La aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo la constitución de derechos distintos o parecidos al de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.

La autonomía de la voluntad consagrada en el art. 1255 del Código civil se hace extensiva a la creación de derechos reales, fundamentalmente basándose en el art. 1280.1 que se refiere expresamente a los “actos y contratos que tengan por objeto la

²⁷⁹ Este es el nombre que le han dado al contrato y al derecho que constituyen en el Anexo I p. 2.

creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles” y en la inexistencia de norma alguna en contra.

A su vez, el art. 2 de la Ley Hipotecaria, al referirse a los títulos sujetos a inscripción, especifica que lo serán aquellos en que “se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”. En el mismo sentido se manifiesta el art. 7 y siguientes de su Reglamento abundando en que no serán sólo inscribibles los derechos reales que recoge especialmente sino “cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.

El contrato que se celebra para la instalación de un parque eólico consiste, en definitiva, en la “creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles”. Ahora bien, esos derechos reales que se crean, transmiten, modifican o extinguen ¿son sólo los tipificados o tienen libertad las partes, en el ejercicio de su autonomía, para crear otros derechos sobre bienes inmuebles?

Siguiendo el Reglamento Hipotecario la respuesta será favorable a la libertad en este sentido. Pero por la correspondiente posición inferior del Reglamento respecto de la Ley Hipotecaria y la inexistencia de un art. como el 1255 del Código civil en sede de derechos reales puede defenderse la falta de libertad de las partes al respecto. Se trata del tradicional debate *numerus clausus* o *numerus apertus*, al que ahora se debe necesariamente a aludir.

Este debate se centra en dilucidar si hay o no un número tasado de derechos reales, esto es, si pueden existir derechos reales más allá de los reconocidos en la legislación y, concretamente, en el Código civil y en la Ley Hipotecaria.

La tesis mantenida tradicionalmente por la doctrina ha sido la de que los derechos reales son *numerus clausus*²⁸⁰. La razón fundamental es que los derechos reales son una “cuestión de orden público” y, por tanto, “no es posible dejar al arbitrio de un particular

²⁸⁰ Al respecto en Italia, CALZOLAIO, Ermanno, “*La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*”, *Rivista de di diritto civile*, núm. 4, Luglio-Agosto 2016, CEDAM, Milano, pp. 1080-1095. “*Il principio di tipicità dei diritti reali costituisce uno dei tratti di fondo che caratterizzano il modello romanistico-continentale di proprietà*”. Además, “*il sistema dei diritti reali viene ricondotto ad un nucleo formato da figure tipiche di utilizzazione e godimento*”, esp. p. 1080

También NATUCCI, Alessandro, “*Numerus clausus e analisi económica del diritto*”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm 7-8, Luglio-Agosto 2011, CEDAM, Milano, Parte seconda, pp. 319-335, “*I diritti reali sono tipici e in numero limitato non, come pure spesso si è scritto, perché in questo modo è più facile organizzare la pubblicità e la conoscibilità da parte dei terzi. Certo, questi scopi sono più facilmente raggiungibili quando i diritti reali sono figure limitate; ma il punto fondamentale è che in nessun modo la conoscibilità di un limite posto ad un diritto reale che si è acquistato può essere equiparata alla conoscenza né, tanto meno (ed è questo il solo punto che interessa) al consenso manifestato dall’acquirente*”, en esp. p.332.

la creación de nuevas figuras, pues conllevaría un caos y una inseguridad jurídica incompatible con el tráfico jurídico”²⁸¹.

Pero la realidad práctica al respecto viene generando nuevas situaciones jurídico-reales y ha llevado a que la tesis del *numerus clausus* haya sido prácticamente superada. Los argumentos legales ya citados basados en el art. 2.2 de la Ley Hipotecaria y en el 7 del Reglamento han sido fundamentales para esta evolución²⁸².

IX.2.- Requisitos para la creación de un nuevo derecho real.

Centrando la cuestión en sus aspectos más prácticos se puede encontrar la respuesta en las Resoluciones de la DGRN. Así, la RDGRN de 4 de marzo de 1993²⁸³ afirma que “no se duda de que en

²⁸¹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, “Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, nº 293, pp. 309-315.

²⁸² “El problema no estriba tanto en nuestro Derecho en decidir si hay o no hay *numerus clausus*, cuando la lista cerrada no aparece por ningún sitio y las listas que aparecen son abiertas, cuanto en decidir si por *numerus apertus* vamos a entender lo mismo que por ilimitada amplitud de la libérrima voluntad de los particulares o si, por el contrario, esta libertad y esta voluntad están sometidas a algunos límites y cuáles son en su caso estos límites”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Luis, “Autonomía privada y derechos reales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 513, Marzo - Abril 1976, pp. 273-306.

²⁸³ RJ 1993\2471.

España se permite la creación de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador” y añade que es “también cierto que esa libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales”. De esta Resolución, en la que se planteaba la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la propiedad por períodos, destacamos como la DGRN se muestra proclive a la creación de nuevos derechos reales, especialmente al darse justificaciones de tipo económico.

La DGRN se manifiesta a favor del *numerus apertus* en numerosas Resoluciones²⁸⁴ y lo hace estableciendo el cumplimiento de determinados requisitos para la creación de un nuevo derecho real:

²⁸⁴ Algunas de estas recogidas por GOÑI, *op. ult. cit.* p.311, a las que se añaden otras de interés para la cuestión:

- Resolución 1/2005, de 18 de julio de 2005, RJ 2005\7020. En el Fundamento de Derecho segundo se dice que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro Directivo han declarado reiteradamente que en nuestro Derecho, en materia de derechos reales, rige el sistema de “numerus apertus”, es decir, que no sólo existen los derechos reales típicos, sino que se pueden configurar otros derechos reales, pero siempre que, por sus características y efectos, los derechos innominados así constituidos se constituyan como tales derechos reales”. Añade en el Fundamento tercero que “hay que examinar el derecho que se demanda para ver si tiene las características de derecho real...inmediatividad...y eficacia “erga omnes”...”

- Resolución 3/2005, de 25 de abril, RJ 2005\5173. Recoge también esta doctrina favorable a la “posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de “numerus apertus” que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria... y 7 del Reglamento Hipotecario... La autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado” (Fundamento de Derecho segundo).

- Resolución de 5 de diciembre de 2002, RJ 2003\1181. En el Fundamento de Derecho segundo alude a que “la doctrina, la jurisprudencia y las resoluciones de

- “no basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconoce su importancia en la misma, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos del derecho real: poder inmediato sobre la cosa o semejanza con otros derechos reales, es decir, debe tener los caracteres propios de los derechos reales.

- es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trascienden los terceros. Sobre todo en cuanto a la forma necesaria para su acceso al Registro (documento público).

este Centro Directivo son mayoritariamente conformes en que en nuestro derecho rige el sistema de “*numerus apertus*”, es decir, que, para constituir un derecho real no es preciso que el mismo esté tipificado legalmente, sino que basta con la voluntad de los interesados y que el derecho constituido tenga los caracteres de tal derecho”.

- Resolución de 16 de julio de 2002, RJ 2002\9317. Al final de la misma, también en el Fundamento de Derecho segundo, dice que “es obvio, por tanto, que independientemente del nombre que se dé al derecho concedido...lo cual es irrelevante (pues lo esencial es el contenido del mismo), o, aunque no se le dé ninguno, el derecho configurado tiene todas las características que permiten su inscripción...no siendo relevante la denominación que las partes den al contrato si los derechos y obligaciones de ambas están correctamente establecidos”.

- Resolución de 5 de abril de 2002, RJ 2002\8121. Recoge esta misma doctrina en el Fundamento de Derecho tercero diciendo que “en nuestro derecho inmobiliario registral rige un principio de “*numerus apertus*” en la configuración de los derechos reales (cfr. artículos 2 Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), de manera que siempre que se respeten las exigencias impuestas a favor de terceros por el sistema registral existe pleno respeto al principio de autonomía de la voluntad y a la creación de nuevas figuras jurídico-reales...”, añadiendo que “frente a las múltiples situaciones fácticas posibles no pueden imponerse soluciones jurídicas específicas, sino que debe reconocerse a los particulares la facultad de elegir el instrumento jurídico que mejor se adecue a sus intereses, siempre que esté de conforme con el Ordenamiento”.

- Por último, la Resolución de 6 de marzo de 2001, RJ 2002\2172, alude a la cuestión al afirmar que “es indudable que, en un sistema como el español, en que se establece el “*numerus apertus*” de los derechos reales, una de las cuestiones más difíciles de resolver, en el caso de un derecho atípico...es el de determinar el carácter del derecho convenido (Fundamento de Derecho segundo).

- es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho (facultades). Lo que significa la perfecta descripción del objeto que se grava y del derecho (principio de especialidad, art. 9 LH).
- es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socioeconómica”²⁸⁵.

Se puede afirmar que, aunque proclive a admitir la creación de derechos reales la DGRN es restrictiva, ya que si no reúne todos y cada uno de los anteriores requisitos no los considerará derechos reales y por tanto, al no admitirlos como tales, no permitirá su inscripción. Por esta razón afirma GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA²⁸⁶ que no ve obstáculo a que “la voluntad negocial (eso sí con límites) cree nuevas figuras admisibles en derecho”; lo que critica esta autora es que permita esa anotación “del derecho que no está determinado, pues si no lo está no es propiamente un derecho real, no goza de las características plenas del mismo”. Si un derecho real no está determinado no es oponible “y si no es oponible frente a todos, no goza de absolutividad, carácter propio, particular y definidor de los derechos reales”²⁸⁷.

²⁸⁵ *Op. ult. cit.* p. 311.

²⁸⁶ *Op. ult. cit.* p. 312.

²⁸⁷ *Op. ult. cit.* p. 313

En el mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, recoge entre las bases del Derecho de cosas la rigurosa especialidad de todos los derechos reales consistente en que “los derechos reales recaigan concretamente sobre cosas determinadas atribuyendo sobre ellas poderes igualmente concretos”²⁸⁸. La admisión de nuevos tipos de derechos reales debe ser controlada y acorde a las exigencias del principio de especialidad. Ésta sirve a la claridad de los derechos reales y conjuga perfectamente con el sistema del *numerus apertus*. “La claridad no impone la rigidez”²⁸⁹.

A los caracteres conocidos de los derechos reales, esto es, inherentes, inmediatos, absolutos y oponibles *erga omnes* se puede añadir la determinación o especialidad: “la misma esencia del derecho exige que se determine con claridad, desde luego, el objeto (cosa) sobre el que recae ese poder”. Además, “la propia configuración del derecho real como oponible *erga omnes*, hace necesaria la determinación del objeto y del contenido del derecho (facultades, limitaciones, etc)”²⁹⁰

¿Cómo se trasladan y recogen estas cuestiones en los contratos para la instalación y explotación de un campo eólico?

²⁸⁸ GORDILLO CAÑAS, Antonio, “Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: Sistema español”, *ADC*, 1995, abril-junio, p. 566.

²⁸⁹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *op. ult. cit.* p. 567.

²⁹⁰ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, *op. ult. cit.* pp. 313-319.

IX.3.- El contrato para la implantación y explotación de un parque eólico y la especialidad registral.

El contrato, por las razones que se vieron de interés para las partes, se eleva a escritura pública. Esta realidad se da en todo caso, y no sólo cuando se constituye un derecho de superficie, en cuyo caso se hace por exigencia del art. 53.2 de la Ley de Suelo, ya que se pretende su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

Se ha constatado que los contratos para la implantación y explotación de un parque eólico acceden al Registro de la Propiedad y se inscriben bajo formas o nombres diversos²⁹¹. Pueden tratarse de contratos de arrendamiento, constitución de un derecho de superficie o de un derecho real atípico. Incluso las partes les pueden dar otros nombres como “derecho de instalación y explotación de plantas eólicas” o alguno otro parecido²⁹².

En la práctica, la función calificadora del Registro se ocupa de que se esté efectivamente ante un derecho real digno de protección, siguiendo la doctrina del *numerus apertus*, y de cumplir las exigencias

²⁹¹ Hay que recordar al respecto que si se trata de terrenos públicos se está ante una concesión administrativa.

²⁹² Así se hace en el contrato del Anexo I.

del principio de especialidad, las cuales, en estos contratos se materializan en, por ejemplo, hacer constar el número exacto de aerogeneradores y su ubicación²⁹³. Estos detalles normalmente se detallan en documentos adjuntos al contrato y se hace referencia a ellos en cláusulas como las que siguen:

“...El alcance en cuanto a la descripción, número, características y ubicación de los distintos componentes que conformarán el parque eólico, se detallan en el anteproyecto que acompaña el presente Acuerdo...”²⁹⁴.

“...La construcción y ubicación de los molinos aerogeneradores del parque eólico se realizará conforme al plano que se adjunta a esta escritura, que detalla las zonas destinadas al efecto, así como los lugares de paso y acceso a los mismos...”²⁹⁵.

De esta forma se dan cumplimiento a los requisitos a los que se ha hecho referencia.

²⁹³ Datos constatados en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Algeciras.

²⁹⁴ Anexo II p. 16.

²⁹⁵ Anexo III p. 8.

X.- EL IMPACTO MEDIOAMBIENTAL DE PARQUE EÓLICO. CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS PARA PROPIETARIOS DE FINCAS COLINDANTES.	191
X.1. Hasta la definición de paisaje.	191
X.2. Protección del paisaje y derecho de propiedad.	195
X.3.- El ruido como segundo de los posibles impactos negativos contemplados.....	199

X.- EL IMPACTO MEDIOAMBIENTAL DE PARQUE EÓLICO. CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS PARA PROPIETARIOS DE FINCAS COLINDANTES.

Todas las energías renovables afectan, de una manera u otra, al medio ambiente. Lógicamente esa afectación tiene aspectos positivos y también negativos. La mayoría de ellos, ya sean de una clase u otra, no corresponde analizarlos al exceder en mucho los límites de esta investigación.

Pero por su posible incidencia en el derecho de propiedad privada hay dos efectos medioambientales negativos que sí se consideran merecedores de atender. Se trata del impacto visual, probablemente el impacto medioambiental adverso de mayor trascendencia, y el ruido.

X.1. Hasta la definición de paisaje.

Se encuentran referencias al paisaje, a su concepto y posible protección, tanto en leyes como en jurisprudencia y se van a traer a este Capítulo las que resultan más significativas para el mismo, partiendo del carácter complejo, polifacético, pluridimensional e interdisciplinar de su concepto.

Desde el punto de vista legislativo, se hacen menciones al paisaje y existe cierta protección sectorial en normas como la Ley de Costas²⁹⁶ o la Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad²⁹⁷. Es interesante destacar igualmente que se echa de menos la referencia al paisaje en leyes como la de Responsabilidad Medioambiental²⁹⁸.

El TC, en la Sentencia de 26 de junio de 1995²⁹⁹ se refirió al paisaje diciendo que “no se trata sólo de una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cultura” a la vez que lo consideraba como uno de los componentes del medio ambiente.

Respecto a la jurisprudencia del TS, la Sentencia de 31 de mayo de 2007³⁰⁰ afirma que el paisaje “no merece hoy por hoy la consideración de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los intereses públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas”.

²⁹⁶ Ley 22/1988, de 28 de julio, RCL 1988\1642.

²⁹⁷ Ley 42/ 2007, de 13 de diciembre, RCL 2007\2247. Recientemente modificada por Ley 7/2018, de 20 de julio, RCL 2018\1094, en lo relativo a especies exóticas invasoras.

²⁹⁸ Ley 26/2007, de 23 de octubre, RCL 2007\1925, modificada por Ley 11/2014, de 3 de julio. RCL 2014\932.

²⁹⁹ RTC 1995\102.

³⁰⁰ RJ 2007\3431.

El 6 de noviembre de 2007 - publicado en el BOE de 5 de febrero de 2008-, se firmó el instrumento de ratificación que dio entrada en el Derecho interno el Convenio Europeo del Paisaje, dado en Florencia el 20 de octubre de 2000³⁰¹. En su art. 1 a) se define el paisaje como “cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”.

A partir de aquí, como defienden CANALES PINACHO y OCHOA GÓMEZ, el paisaje “se afirma como un bien jurídico *per se* digno de tutela, en torno al cual se aglutinan valores tangibles, objetivos y subjetivos, naturales y culturales, indisociables de la calidad de vida”³⁰². Estos autores, basándose en estudios realizados al respecto, consideran el paisaje vital para el equilibrio emocional y psicológico de las personas.

Habrà de atenderse a la interpretación que del concepto paisaje se vaya haciendo en las leyes que se refieran al mismo. En este sentido y entre otras, las distintas alusiones que al paisaje hacía el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de

³⁰¹ Instrumento de 28 de enero 2008, RCL 2008\288.

³⁰² CANALES PINACHO, F. y OCHOA GÓMEZ, M^a P., “La juridificación del paisaje o de cómo convertir un criterio esencialmente estético en un bien jurídico objetivable”, *Diario La Ley*, núm. 7183, 27 de mayo de 2009. También disponible en www.laley.net.

Proyectos³⁰³, derogada por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, Ley de evaluación Ambiental³⁰⁴. También la Ley de Cataluña 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje³⁰⁵, dictada en Adhesión al Convenio Europeo del Paisaje que lo define como “cualquier parte del territorio, tal y como la colectividad lo percibe, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales o humanos y de sus interrelaciones”, recogiendo el concepto del Convenio, y contiene una regulación predominantemente orientada a la actuación de los poderes públicos sobre el paisaje. O también las alusiones que se hacían en el derogado RDL 2/2008, de 20 de junio³⁰⁶, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo.

La vigente Ley de Suelo de 2015³⁰⁷, hace escasas referencias al paisaje, igual que su precedente, y destaca el art. 20.2, que al igual que el 10.2 de la Ley que deroga establece que: “Las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas

³⁰³ RCL 2008\204.

³⁰⁴ RCL 2013\1776.

³⁰⁵ LCAT 2005\430, desarrollada por Decreto 343/2006, de 19 de septiembre, LCAT 2006\729, que regula también los estudios e informes de impacto e integración paisajística.

³⁰⁶ RCL 2008\1260.

³⁰⁷ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre, aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, RCL 2015\1699.

que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo”.

X.2. Protección del paisaje y derecho de propiedad.

Una de las mayores dificultades para asegurar la protección del paisaje es precisamente la valoración que las poblaciones e individuos hacen del mismo. Habría que llegar a “evitar la subjetivación de lo estético” en expresión de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁰⁸, concretando el concepto de manera que se proteja eficazmente al paisaje y al administrado.

Se puede afirmar que existe un deficiente nivel de protección cuando sólo el particular afectado puede llegar a protegerlo en la medida en que determinadas acciones lo lesionen si afectan a sus

³⁰⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C, *La protección del paisaje. Un estudio de Derecho español y comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.56.

relaciones de vecindad³⁰⁹, bien porque supongan un abuso de derecho o bien porque impliquen responsabilidad extracontractual. Se trataría de un interés difuso³¹⁰ a mantener la calidad del paisaje como elemento esencial que puede incluso llegarse a medir económicamente. Es un interés jurídico con un valor patrimonial que no es difícil de concretar. Pero sólo surge un derecho subjetivo, estrictamente hablando, cuando la acción que da lugar a la lesión o perjuicio es una acción ilegal por no ajustarse a la correspondiente normativa al respecto.

³⁰⁹ Se hizo alusión a las relaciones de vecindad cuando, siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. ult. cit.*, se distinguía entre límites y limitaciones de la titularidad dominical. Entre los primeros y por razón de interés privado se encuentran las relaciones de vecindad. La relación de vecindad entre propietarios conlleva molestias y habrá de determinarse hasta dónde deben ser soportadas. Al respecto, según LÓPEZ y LÓPEZ "...Tolerabilidad y uso normal del derecho son los parámetros de la permisión de las inmisiones; a ellos se debe añadir que tolerabilidad y uso normal pueden y deben ser medidos de acuerdo con el canon de los usos, habida cuenta de la situación, condición y naturaleza de los fundos". LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., La titularidad dominical, en CLEMENTE MEORO, Mario (Coord.), *Derecho Civil. Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

³¹⁰ Difuso en cuanto a que es un interés que sólo se concreta en la medida en que se vea amenazado y se puede instar su protección jurisdiccional. Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, que se refiere a la calidad de vida y a un "derecho abstracto a mantener esa calidad de la que el paisaje es un elemento esencial que se mide incluso económicamente", "parece necesario que toda acción que pueda provocar daños al paisaje pueda ser cesada por cualquiera, tenga o no vinculación jurídica con el espacio físico en que el paisaje se concreta", *op. ult. cit.*, p. 65.

Al respecto, art. 7 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, RCL 1985\1578:

"1. Los derechos y libertades reconocidos en el [Capítulo Segundo del Título I](#) de la [Constitución](#) vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el [artículo 53.2](#) de la [Constitución](#) se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".

En este sentido resulta interesante la Sentencia del TS de 2 de julio de 2009³¹¹. En la misma, el complejo *iter* administrativo a seguir hasta la instalación de un campo eólico parece no atender debidamente el entorno paisajístico ya que es la Sentencia la que obliga a alejarlo de una casa rural. La regulación se aplicó pero no por ello se ahuyentó el peligro que supone para el paisaje y, en consecuencia, para los propietarios vecinos, la instalación de esa cantidad de parques. Los gigantes aerogeneradores, con sus enormes dimensiones, atraen la mirada y transforman profundamente el entorno, el paisaje. El TS en las Sentencias de 30 de enero de 2007 y de 28 de marzo de 2006³¹² al hablar del aprovechamiento de la energía eólica se refiere a estos campos diciendo: “aquellos que allí se parecen no son gigantes, sino molinos de viento, y lo que en ellos parecen brazos son las aspas, que, volteadas por el viento, hacen andar la piedra del molino”. Tal pudiera ser entonces el grado de inquietud que produzca su presencia.

La Sentencia del TS de 2 de julio de 2009 se refiere a la de 26 de octubre de 2006 del TSJ de Galicia³¹³ contra la que se interpuso el recurso de casación, que a su vez aludía a otra anterior, de 14 de junio de 2006³¹⁴, que resolvía también acerca de una pretensión indemnizatoria por la cercanía de un parque eólico. En ese caso, la proximidad del parque eólico a la finca y casa de su propiedad podía

³¹¹ RJ 2009\5894.

³¹² RJ 2007\319 y RJ 2006\1115, respectivamente. Ambas ya reseñadas.

³¹³ JUR 2007\224578.

³¹⁴ JUR 2007\208510.

ocasionar “con carácter general una serie de impactos medioambientales negativos” según se expresaba en la demanda y, en consecuencia, se solicitaba una “indemnización o compensación por dicha carga o gravamen”. Efectivamente, la Sentencia acoge la decisión previa de la misma Sala en relación a la adopción de una serie de medidas correctoras por parte de la entidad que explotaría el campo eólico pero la diferencia es que en la decisión previa, de 14 de junio de 2006, estas medidas se recogen como indemnizatorias. Se dice concretamente que “es procedente en consecuencia reconocer el derecho a la indemnización o compensación de los daños y perjuicios que tal afección comporta por cuanto que como señala el art. 45 de la CE (relativo al disfrute del medio ambiente) en su apartado tercero, inciso final para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas así como la obligación de reparar el daño causado”. Se reconoce, por tanto, el derecho a la indemnización o compensación de perjuicios que el proyecto de parque eólico ocasiona y se difiere su determinación a la fase de ejecución de sentencia conforme a las bases que se dejaron expuestas. De todas formas considera el impacto paisajístico “el menos cuantificable” por lo que “ha de efectuarse una estimación de los perjuicios por el método de valoración contingente en los términos que señala el perito industrial de referencia” (prueba pericial desarrollada en la fase de prueba del pleito). Existe, en definitiva, una posibilidad de indemnización a favor

de la propiedad colindante por el impacto paisajístico que produce la instalación del parque eólico.

X.3.- El ruido como segundo de los posibles impactos negativos contemplados.

Los aerogeneradores son fuente de ruido. Se puede constatar de hecho, *in situ*, con la visita a un parque eólico y también, a través de las Sentencias vistas y que aluden al mismo e intentan minimizar su impacto negativo.

La Ley 37/2003, de 17 de noviembre³¹⁵, del Ruido, en su Exposición de motivos, ya recogía el vacío normativo y la necesidad de protección frente a la contaminación acústica desde un punto de vista global y no de protección local. La Ley se ha visto desarrollada por distintos Reales Decretos³¹⁶ en el ámbito estatal y también autonómico³¹⁷.

³¹⁵ RCL 2003\2683.

³¹⁶ Como el [Real Decreto núm. 1367/2007, de 19 de octubre, que](#) desarrolla la Ley en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, RCL 2007\1914.

³¹⁷ En Andalucía, Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión de la Calidad Ambiental de Andalucía, LAN 2007\326.

Los avances y adelantos técnicos irán consiguiendo que el ruido de los molinos no sea un problema ambiental pero lo cierto es que, por el momento, lo es. De hecho la legislación al respecto, analizada en el capítulo II, establece unas distancias mínimas de los parques eólicos respecto de los núcleos de población. Pero a pesar de ello en la jurisprudencia se encuentran casos en que se interpone un procedimiento judicial precisamente para pedir que se palien los efectos negativos del ruido ocasionado por la cercanía de un parque eólico, no siendo suficiente esa distancia mínima legalmente establecida. Y esto es precisamente lo que ocurre también en la sentencia reseñada y que a su vez alude a otras anteriores. Establece la sentencia que contra el impacto acústico –ruido de noche y de día, en definitiva- habría de asegurar un correcto aislamiento en el interior de la vivienda, la insonorización de la casa de turismo rural. En definitiva, nuevamente, los perjuicios que le irroguen a una casa vecina la puesta en funcionamiento de un campo eólico no deben ser soportados por ésta. En consecuencia se dejan expuestas unas bases en relación al impacto acústico o ruido y siendo muy concretas y específicas las medidas a adoptar resultan fáciles de cuantificar.

Es interesante destacar que se decide como consecuencia de los diferentes impactos que ocasiona el parque eólico en la vecina casa rural alejar la ubicación de las torres al menos dos kilómetros distancia que supera la prevista legalmente.

Es interesante igualmente la posibilidad de reconocimiento de indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por la depreciación de propiedades, algo que también puede ocurrir por la afectación del paisaje ya que se ha dicho que perfectamente podía llegarse a medir económicamente, como consecuencia de inmisiones acústicas³¹⁸.

³¹⁸ Entre otras las Sentencias del TS de 31 de mayo de 2007, RJ 2007\3431 y de 13 de abril de 2005, RJ 2005\3796.

XI.- CONCLUSIONES.....	203
-------------------------------	------------

XI.- CONCLUSIONES.

1) La cuestión energética está regulada por múltiples normas a nivel europeo, estatal y autonómico. Su contenido es muy variado, desde la fijación de compromisos a largo y corto plazo para los países europeos en relación a la implantación de energías renovables y la aplicación de las mismas a nivel estatal y autonómico, hasta la más concreta y específica relativa a la energía eólica, al carácter de sus instalaciones o la tributación de las mismas.

2) Se ha estudiado la energía como cosa o como bien y, en este último caso, como corporal o incorporeal. Se llega a la conclusión de que, corporal o incorporeal, la energía, la electricidad, es un bien.

3) Respecto al aire o el viento no se ha encontrado una única respuesta. El viento entra en la categoría de las *res communis omnium*, cosas que son comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza. Se parte de considerar que los vientos entran dentro de la categoría de cosas comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza.

4) Precisamente en esta nota de la apropiabilidad es donde se encuentra una quiebra a esas afirmaciones ya que se comparte que ahora se puede afirmar que nada impide un uso o aprovechamiento singular del mismo que implique su apropiación parcial o temporal.

5) Según el art. 335 del Cc al no estar el viento entre los bienes recogidos en el art. 333, único artículo del capítulo anterior, esto es, del Capítulo Primero, se podrá entonces afirmar que se trata de un bien mueble

6) La posibilidad de obtener rendimiento del viento, si le interesa al propietario, forma parte de las calidades y cualidades de su finca y, por tanto, de su derecho de propiedad.

7) No hay una única definición de parque eólico. El concepto del mismo en la legislación autonómica es: “establecimiento industrial de producción de energía eléctrica constituido por un conjunto de aerogeneradores interconectados eléctricamente que comparten instalaciones comunes por las que se trasvasa la energía a la red de transporte y distribución”.

8) La doctrina aporta también una definición del mismo que es el resultado de la suma de las aportaciones al respecto de cada una de las legislaciones autonómicas.

9) Conocer el carácter de mueble o inmueble de los parques eólicos ha supuesto profundizar en su definición ya que podía influir en su régimen jurídico y en el carácter de los derechos que sobre los mismos se constituyen.

10) Según el apartado 5º del artículo 334 del Código Civil sólo si las instalaciones eólicas se ubican sobre terrenos que también son propiedad del dueño de las mismas, tendrían la consideración de inmueble. No siempre se da esta circunstancia y además su enumeración resulta insuficiente a efectos fiscales.

11) La necesidad de conocer si las instalaciones de energía renovable forman parte del hecho imponible de determinados impuestos ha contribuido a la clarificación de su condición de bien inmueble.

12) El TRLITP-AJD establece un criterio excepcional, en virtud del cual se consideran bienes inmuebles, “las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos”. Por tanto, en virtud de lo establecido en este precepto, un parque eólico tendrá la consideración de bien inmueble a efectos del ITP-AJD incluso en aquellos supuestos en que la condición de titular de la instalación y del terreno sobre el que se asientan no recaiga sobre una misma persona.

13) La categoría de bienes inmuebles de categorías especiales (BICES) fue introducida por la Ley del Catastro Inmobiliario. BICES

son conjuntos complejos de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora. Se podría cuestionar la necesidad de la introducción de esta nueva categoría desde el punto de vista estrictamente civil.

14) Los parques eólicos son bienes inmuebles civilmente hablando y, desde el punto de vista tributario y catastral, bienes inmuebles de características especiales.

15) La persona es la destinataria última de la cuestión energética. Toda política al respecto, a cualquier nivel, conlleva afectación de la esfera privada y lógicas implicaciones y consecuencias civiles.

16) La instalación de un parque eólico es el resultado de un entramado de relaciones precontractuales y contractuales así como de un complejo procedimiento administrativo.

17) Lo más frecuente es que los promotores intenten llegar a un acuerdo con los propietarios para que cedan los terrenos necesarios para la instalación de los aerogeneradores.

18) Se pueden diferenciar dos fases en las relaciones entre las empresas eléctricas promotoras y la propiedad de las tierras en las que se pretende instalar el campo eólico. En una primera fase las empresas

pretenden poder entrar, salir, realizar ciertos trabajos e instalaciones provisionales. En una segunda fase se ha constatado que puede surgir la necesidad de crear un auténtico derecho real, lógicamente limitado y no necesariamente típico.

19) Si el propietario no pretende el uso de sus tierras, un contrato de arrendamiento podría ser la solución. Incluso se podría practicar la inscripción del mismo asegurándose así la publicidad necesaria. Pero si el propietario pretende seguir destinando las tierras a la agricultura, ganadería... se trataría de una respuesta o solución de carácter provisional ya que, aun en el supuesto de un arrendamiento a largo plazo, la empresa eléctrica no tiene la propiedad del mismo y, además, el propietario pierde la posibilidad de seguir explotando sus tierras.

20) En cuanto a cómo se configura el derecho de uso que se cede, al tratarse de una cesión del uso de unos terrenos con la finalidad de instalar y explotar un campo eólico, se ha estudiado la posibilidad de que las partes, creen un derecho real de goce ya que estos atribuyen a su titular el disfrute total o parcial de la cosa de otro.

21) De entre los derechos de goce, teniendo en cuenta las circunstancias relativas a la propiedad de lo construido y a la temporalidad, se han descartado los que son incompatibles con las

mismas, como es el caso del usufructo, el uso y habitación o los censos.

22) Respecto a la posibilidad de constituir una servidumbre personal, dado lo especial de este aprovechamiento, que supone la construcción y explotación del parque eólico, no encajará cómodamente en esta categoría ya que, en la práctica, surgen problemas a la hora de diferenciar la servidumbre real de la personal, dudas sobre si se ha querido establecer una servidumbre personal o una obligación en determinadas cláusulas contractuales o, incluso, acerca de su verdadera naturaleza jurídica.

23) Se ha estudiado la posibilidad de un derecho de sobreelevación, sobreedificación o vuelo, pero éste da lugar a una propiedad definitiva sobre la edificación resultante y, en la práctica, lógicamente, la propiedad del parque eólico es de la empresa que lo instala y explota. Además, se diferencia el régimen del vuelo urbano del rústico y este último alude solo a plantaciones o siembras, no a construcciones. A esto se suma que atribuye al propietario del suelo la propiedad sobre la edificación resultante, al menos en el caso de su variante urbana, que desemboca en un régimen de propiedad horizontal.

24) Entre los derechos reales de goce, en la práctica se prefiere el de superficie. Las características estudiadas del mismo encajan con los intereses contractuales puestos de manifiesto.

25) Se ha constatado que las partes suelen introducir variantes que darían lugar a un derecho real atípico, inscribible con todas las consecuencias derivadas de su calificación como tal derecho real. De esta forma, derechos tales como “derecho real y no personal a instalar y explotar Plantas de energía eólica” acceden al Registro y se califican como derechos reales.

26) La aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo la constitución de derechos distintos o parecidos al de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.

27) La DGRN se manifiesta a favor del *numerus apertus* en numerosas Resoluciones y lo hace estableciendo el cumplimiento de determinados requisitos para la creación de un nuevo derecho real. En la práctica la función calificadora del Registro se ocupa de que se esté efectivamente ante un derecho real digno de protección, siguiendo la doctrina del *numerus apertus*, y de cumplir las exigencias del principio de especialidad, las cuales, en estos contratos se materializan en, por ejemplo, hacer constar el número exacto de aerogeneradores y

su ubicación. Estos detalles normalmente se detallan en documentos adjuntos al contrato.

28) Por su posible incidencia en el derecho de propiedad privada hay dos efectos medioambientales negativos de los parques eólicos que se han atendido: el impacto visual, probablemente el impacto medioambiental adverso de mayor trascendencia, y el ruido.

El Tribunal Constitucional se refiere al paisaje diciendo que “no se trata sólo de una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cultura” a la vez que lo considera como uno de los componentes del medio ambiente.

29) El Tribunal Supremo reconoce, en la jurisprudencia estudiada, el derecho a la indemnización o compensación de perjuicios que ocasiona un parque eólico por lo que existe una posibilidad de indemnización a favor de la propiedad colindante por el impacto paisajístico y el ruido que produce la instalación de un parque eólico.

30) También, por último, se constata la posibilidad de reconocimiento de indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por la depreciación de propiedades como consecuencia de inmisiones acústicas, algo que también puede ocurrir por la afectación del paisaje.

XII.- ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y WEBGRAFÍA. .212

XII.1.- BIBLIOGRAFÍA212

XII.2.- WEBGRAFÍA222

XII.- ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y WEBGRAFÍA.

XII.1.- BIBLIOGRAFÍA

- **ALBALADEJO GARCÍA, Manuel**, Derecho civil, III, derecho de bienes, Edisofer, Barcelona, 2010.

- **ALENZA GARCÍA, José Francisco**, “La energía renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]” *Actualidad Jurídica Ambiental*, 1 de marzo de 2016.

<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-las-energias-renovables-ante-la-fugacidad-legislativa-la-mitificacion-de-los-principios-de-inseguridad-juridica-y-de-desconfianza-legitima-a-proposito-de-la-stc-270/>

- **ARANA GARCÍA, Estanislao**, “Uso y abuso del Decreto-Ley”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 337-365.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4386736>.

- **BERICOCHEA MIRANDA, Benito y BACHILLER GARCÍA, Luis**, “Los bienes inmuebles de características especiales. Revisión de una nueva categoría de inmuebles en el Catastro español”, *CT/Catastro*, num.71, Abril 2011.

- **BLASCO HEDO, Eva**, “Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013) “Legislación al día. Estado. Energía eléctrica”. *Actualidad Jurídica Ambiental* 5 de febrero de 2014.

<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-estado-energia-electrica-5/>

- **CALZOLAIO, Ermanno**, “La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione”, *Rivista de di diritto civile*, núm. 4, Luglio-Agosto 2016, CEDAM, Milano.

- **CANALES PINACHO, F. y OCHOA GÓMEZ, Mª P.**, “La juridificación del paisaje o de cómo convertir un criterio esencialmente estético en un bien jurídico objetivable”, *Diario La Ley*, nº 7183, 27 de mayo de 2009, www.laley.net

- **CAÑAL GARCÍA, Francisco José**, “Las instalaciones de energía renovable en el IBI”, Comunicación Jornadas sobre el régimen jurídico y fiscal de las energías renovables, 22 y 23 de septiembre de

2011, Universidad de Alcalá.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=552476>

www2.uah.es/jornadasenergiasrenovables/comunicaciones

- **CASADO CASADO, Lucía**, *Actualidad Jurídica ambiental*, Jurisprudencia al día. Tribunal Supremo. España. Responsabilidad patrimonial. Energías renovables, 4 de octubre de 2018, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-supremo-espana-responsabilidad-patrimonial-energias-renovables/>.

- **CASTÁN TOBEÑAS, José**, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo II, *Derecho de cosas. Propiedad y derechos reales restringidos*, Reus, Madrid, 1957.

- **CATERINA, RAFFAELE**, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, Giuffré, Milano, 2000.

- **CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis Humberto**, “Comentario al artículo 333 del Código civil”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido

(Dir.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

- **CORVO LÓPEZ, Felisa-María**, *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal*, Centro de estudios Registrales, Madrid, 2010.

- **DELGADO PIQUERAS, Francisco**, “La naturaleza jurídica de la energía eólica”, en TORRES LÓPEZ, M^a Asunción y ARANA GARCÍA, Estanislao (Dir.) y LÓPEZ SAKO, Masao Javier (Coord.), *Energía Eólica: Cuestiones Jurídicas, Económicas y Ambientales*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

- **DÍAZ MORENO, Alejandro**, “Los derechos reales limitados de goce” en LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M, MARÍN VELARDE, Asunción, FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela y DIAZ MORENO, Alejandro (autores), *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales e Hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- **DÍAZ VEGA, Juan D.**, “Construcciones de parques eólicos: una historia de molinos y gigantes”, *Anales de Mecánica y Electricidad*, núm. 4, julio-agosto 2002.

- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Luis**, “Autonomía privada y derechos reales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 513, Marzo - Abril 1976.

- **DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio**, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*, Tecnos, Madrid, 2013,

- **DOMINGO LÓPEZ, E.**, *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

- **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.**, *La protección del paisaje. Un estudio de Derecho español y comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

- **FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles**, “El derecho de superficie "versus" la parcelación urbanística”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 30/2013, Aranzadi, 2013.

- **FRANCESCHELLI, Vincenzo**, *Diritto Privato*, Giuffrè Editore.

- **GALÁN VIOQUE, Roberto.**, “El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del Derecho de la Unión Europea y de la crisis económica”, en el vol. col. *Estudios*

jurídicos hispano-lusos de los servicios en red, (dir. González Ríos, I.), ed. Dykinson, Madrid, 2015.

- **GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María**, “Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 293, 2006.

- **GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María**, “La especialidad de los derechos reales como requisito civil y registral y su extensión a todas las situaciones jurídicas inscribibles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 699, 2007.

- **GORDILLO CAÑAS, Antonio**, “Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: Sistema español”, *ADC*, 1995, abril-junio.

- **GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar**, “Comentario artículos 333 a 336 del Código civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (Dir), *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, tirant lo blanch, Valencia, 2013

<http://biblioteca.tirant.com.us.debiblio.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356#ulNotainformativaTitle>

- **GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar**, “Comentario a los artículos 333 a 337 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

- **IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, Iñigo**, “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los «recortes» en el ámbito de las energías renovables” en *Diario La Ley*, Nº 9013, Sección Tribuna, 4 de Julio de 2017, Ed. Wolters Kluwer.

http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTSxNzM7Wy1KLizPw8WyMDQ3 MDMYNDtbz8lNQOF2fb0ryU1LTMvNQUKJLMtEqX OSQyoJU27 TEnOJUtdSk_PxsFJpi4SakpmSWAI10SSxJtTUwUTUyMTAHEiBp ANtio11-AAAWKE,

- **LAFUENTE BENACHES, Mercedes**, “La valoración de la aptitud eólica en el justiprecio del suelo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 190, Madrid, enero-abril 2013.

- **LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.**, *Propiedad: otras perspectivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

- **LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.**, *Derecho Civil Constitucional*, Editorial Universidad de Sevilla, 2015.

- **LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.**, La titularidad dominical, en **CLEMENTE MEORO, Mario** (Coord.), *Derecho Civil. Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- **LÓPEZ RAMÓN, Fernando**, “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre 200, pp. 9-51.

<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/29333>

- **LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.**, “Comentario al artículo 335 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, **DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés** (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

- **MEDINA DE LEMUS, Manuel**, “Comentario al artículo 333 del Código Civil”, en **RAMS ALBESA, Joaquín** (Coord.), **MORENO FLÓREZ, Rosa María** (Coord. Adj.), *Comentarios al Código Civil, III*, Bosch, Barcelona, 2001.

- **MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio**, «El concepto de limitación a la propiedad privada», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 63, 1979.

- **LÓPEZ SAKO, Masao Javier**, *Regulación y Autorización de los Parques Eólicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008

- **MENA-BERNAL ESCOBAR, M^a José**, *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Tecnos, Madrid, 1994.

- **MORA RUÍZ, Manuela**, *Actualidad Jurídica Ambiental*, Jurisprudencia al día. Tribunal Supremo, 13 de febrero de 2014, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-supremo-autorizacion-parques-eolicos/>.

- **NATUCCI, Alessandro**, “*Numerus clausus e analisi económica del diritto*”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm 7-8, Luglio-Agosto 2011, Parte seconda, CEDAM, Milano.

- **NAVAS NAVARRO, Susana**, *El derecho real de aprovechamiento parcial: Propuesta de lege ferenda para la regulación de la servidumbre personal*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Madrid, 2007.

- **PÉREZ-CARRASCO SANTOS, Rosario**, Análisis de la configuración jurídica de las servidumbres personales, Tesis doctoral, Dirigida por LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., y FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 2013. Tesis inédita.

- **ROGEL VIDE, Carlos**, *El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*, Reus, Madrid, 2017.

- **SIMÓN FERNÁNDEZ, Javier y COPENA RODRÍGUEZ, Damián**, *Guía para os propietarios de terreos eólicos*, <http://economiaecoloxica.uvigo.es>.

XII.2.- WEBGRAFÍA

- Agencia Andaluza de la Energía, de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía,
www.agenciaandaluzadelaenergia.es.

- Diario de la Universidad de Vigo, DUVI, 30 de marzo de 2009,
www.uvigo.es.

- Grupo de Investigación en Economía Ecológica y Agroecológica
<http://economiaecologica.uvigo.es>. Universidad de Vigo
<http://www.uvigo.es>; Facultad de Ciencias Económicas y
Empresariales <http://fccee.uvigo.es>.

- Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE),
Instituto perteneciente al recientemente bautizado como Ministerio
para la Transición Ecológica.
www.idae.es

- XI Encuentro del Sector Eléctrico, celebrado en Madrid el 22 de
julio de 2013, organizado por Expansión en el Hotel Intercontinental
www.conferenciasyformación.com.

- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE)
<http://dle.rae.es/index.html>

- Mapa de recursos eólicos de Andalucía.
<https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/la-energia-en-andalucia/cartografia-energetica/recursos-y-potencial-de-energias-renovables/mapa-de-recurso-eolico-de-andalucia>

- Newly Posted Awards, Decisions & Materials
<https://www.italaw.com/cases/5721>

- Junta de Andalucía, Planificación y Ordenación energética
<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaycomercio/areas/energia/planificacion-ordenacion.html>.

- Agencia Andaluza de la Energía. Proceso Participativo
<https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/estrategia-energetica/proceso-participativo>

- Agencia Andaluza de la Energía. Plan de Acción 2016-17
<https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/plan-de-accion-2016-2017>

- Agencia Andaluza de la Energía. Misión y Objetivos
<https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/conoce-la-agencia/mision-y-objetivos>.

- Codice civile italiano. Libro terzo

http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm

- Codice civile italiano. Libro terzo

<http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/10/dei-beni>

- World Wide Fund For Nature

www.wwf.es

- Diario La Ley

www.laley.net

XIII. ANEXO DE RESOLUCIONES JUDICIALES..	226
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	226
TRIBUNAL SUPREMO	227
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	231
AUDIENCIAS PROVINCIALES	234
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO	235

XIII. ANEXO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **STC de 18 de febrero de 2016**, Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García, RTC 2016\30.
- **STC de 18 de febrero de 2016**, Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, RTC 2016\29.
- **STC de 4 de febrero de 2016**, Ponente: D. Pedro José González Trevijano Sánchez, RTC 2016\19.
- **STC de 17 de diciembre de 2015**, Ponente: D^a Encarnación Roca Trías, RTC 2015\270.
- **STC de 26 de junio de 1995**, Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende, RTC 1995\102.
- **STC de 29 de noviembre de 1988**, Pleno, Ponente: Don Jesús Leguina Villa, RTC 1988, 227.
- **STC de 19 de diciembre de 1986**, Pleno, Ponente: Don Eugenio Díaz Eimil, RTC 1986\166.

TRIBUNAL SUPREMO

- **STS de 12 de julio de 2018**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: Excmo. Sr. César Tolosa Tribiño, RJ 2018\3320.
- **STS de 4 de junio de 2018**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso, RJ 2018\2632.
- **STS de 13 de junio de 2016**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil, JUR 2016\143067.
- **STS de 2 de enero de 2016**, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros, RJ 2006\163.
- **STS de 11 de diciembre de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado, RJ 2014\198.

- **STS de 15 de noviembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado, RJ 2012\10778.

- **STS de 2 de julio de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Ramón Trillo Torres, RJ 2009\5894.

- **STS de 26 de junio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina, RJ 2007\3898.

- **STS de 31 de mayo de 2007**, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán, RJ 2007\3431.

- **STS de 30 de enero de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Oscar González González, RJ 2007\319.

- **STS de 26 de junio de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Francisco Trujillo Mamely, RJ 2006\3974.

- **STS de 28 de marzo de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona, RJ 2006\1115.
- **STS de 13 de abril de 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar, RJ 2005\3796.
- **STS de 26 de noviembre de 2002**, Sala de lo Civil, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo, RJ 2002\9935.
- **STS de 26 de noviembre de 2002**, Sala de lo Civil, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo, RJ 2002\9935.
- **STS de 26 de julio de 2001**, Sala de lo Civil, Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, RJ 2001\8427.
- **STS de 31 de enero de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate, RJ 2001\1083.
- **STS de 24 de febrero de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez, RJ 2000\2888.

- **STS de 23 de junio de 1998**, Sala de lo Civil, Ponente:
Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ 1998\4744.

- **STS de 4 de febrero de 1993**, Sala de lo Contencioso-
Administrativo, Sección 4ª, Ponente: Excmo. Sr. Julián García
Estartús RJ 1993\782.

- **STS de 10 de febrero de 1992**, Sala de lo Civil, Ponente:
Excmo. Sr. Francisco Morales Morales, RJ 1992\1199.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

ANDALUCÍA

- **STSJ de 8 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Pedro Luis Roas Martín, JUR 2009\84324.

- **STSJ de 19 de septiembre de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Eugenio Frías Martínez, JUR 2007\305891.

- **STSJ de 24 de mayo de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilma. Sra. María Luisa Alejandre Durán, JUR 2007\13503.

- **STSJ de 16 de enero de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Julián Manuel Moreno Retamino, JUR 2007\298654.

- **STSJ de 11 de octubre de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Francisco J. Gutiérrez del Manzano, JUR 2007\305829.

- **STSJ de 19 septiembre 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Eugenio Frías Martínez, JUR 2007\305891.
- **STSJ de 16 enero 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Julián Manuel Moreno Retamino, JUR 2007\298654.
- **STSJ de 24 mayo 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª, Ponente: Ilma. Sra. María Luisa Alejandre Durán, JUR 2007\13503.
- **STSJ de 20 de diciembre de 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilma. Sra. María Luisa Alejandre Durán, JUR 2007\4867.

GALICIA

- **STSJ de 29 de marzo de 2017**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Benigno López González, JUR 2017\103334.
- **STSJ de 9 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Ignacio Aranguren Pérez, JUR 2011\51952.

- **STSJ de 22 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Ignacio Aranguren Pérez, JUR 2009\106314

- **STSJ de 26 de octubre de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Bautista Quintas Rodríguez, JUR 2007\224578

- **STSJ de 14 de junio de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Bautista Quintas Rodríguez, JUR 2007\208510

CASTILLA-LA MANCHA

- **STSJ de 8 de julio de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ponente: Ilmo. Sr. D Miguel Ángel Pérez Yuste, JUR 2011\275874.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- **SAP Cáceres de 25 de julio de 2007**, Sección 1ª, Ponente:
Illmo. Sr. D Juan Francisco Bote Saavedra, 2007\306803.

- **SAP Málaga de 2 de abril de 2008**, Sección 5ª, Ponente:
Illma. Sra. Inmaculada Melero Claudio, JUR 2007\244830.

- **SAP Pontevedra de 11 de marzo de 2003**, Sección 3ª,
Ponente: Illmo. Sr. D Francisco Javier Valdés Garrido AC
2003\935.

- **SAP Badajoz de 3 de octubre de 2002**, Sección 2ª, Ponente:
Illmo. Sr. D Fernando Paumard Collado, JUR 2002\283169.

- **SAP Madrid 11 de febrero de 2002**, Sección 14ª, Ponente:
Illma. Sra. Amparo Camazón Linacero, JUR 2002\106404.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- **Resolución de 16 de abril de 2010**, (Propiedad), RJ
2010\2740.
- **Resolución de 18 de julio de 2005**, (Propiedad), RJ
2005\7020.
- **Resolución de 25 de abril de 2005**, (Propiedad), RJ
2005\5173.
- **Resolución de 5 de diciembre de 2002**, (Propiedad), RJ
2003\1181.
- **Resolución de 16 de julio de 2002**, (Propiedad), RJ
2002\9317.
- **Resolución de 5 de abril de 2002**, (Propiedad), RJ
2002\8121.
- **Resolución de 6 de marzo de 2001**, (Propiedad), RJ
2002\2172.

- **Resolución de 4 de marzo de 1993**, (Propiedad), RJ
1993\2471.

XIV. ANEXO LEGISLATIVO.....	238
XIV.1.- ÁMBITO EUROPEO	238
XIV.2.- ÁMBITO ESTATAL	240
XIV.3.- ÁMBITO AUTONÓMICO	245
 ANDALUCÍA.....	245
 CATALUÑA.....	247
 EXTREMADURA	248
 GALICIA.....	248
 PRINCIPADO DE ASTURIAS.....	249

XIV. ANEXO LEGISLATIVO

XIV.1.- ÁMBITO EUROPEO

- **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**, Tratado de 25 de marzo 1957, Instrumento de 13 de diciembre 2007, RCL 2009\2300.

- **Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la energía Atómica**. Tratado de 25 de marzo 1957, LCEur 1986\9.

- **Libro Blanco de la Comisión Europea, “Una política energética para la Unión Europea”**, aprobado por Resolución de 14 de noviembre de 1996, LCEur 1996\4475

- ● **Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001**, de promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, LCEur 2001\3766.

- ● **Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003**, de fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, LCEur 2003\1330.

- **Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003**, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, LCEur 2003\2133.

- **Directiva 2009/28, de 23 de abril**, LCEur 2009\780, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y modifica y deroga las anteriores Directivas 2001/77/CE, de 27 de septiembre de 2001 (LCEur 2001\3766) y 2003/30/CE, de 8 de mayo de 2003 (LCEur 2003\1330)

- **Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012**, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, LCEur 2012\1797.

- **Directiva 2015/1513/UE, de 9 de septiembre**, carburantes y combustible, modifica la **Directiva 98/70/CE**, LCEur 1998\3989, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo, y la **Directiva 2009/28/CE**, LCEur 2009\780, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, arriba citada.

XIV.2.- ÁMBITO ESTATAL

(Aparecen marcadas con ● las disposiciones derogadas)

- **Constitución Española de 1978**, RCL 1978\2836.
- **Código civil**, aprobado por Real Decreto de 24 de julio 1889, LEG 1889\27.
- **Ley Hipotecaria**, RCL 1946\886
- **Reglamento Hipotecario** , RCL 1947\476
- ● **Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana** de 1966, aprobado por Decreto 1251/1966, de 12 de mayo, RCL 1966\994
- **Ley 55/1980**, de 11 de noviembre, **de Montes Vecinales en Mano Común**, RCL 1980\2600.
- **Ley Orgánica 6/1985**, de 1 de julio, del **Poder Judicial**, RCL 1985\1578.
- ● **Ley Reguladora de las Haciendas Locales** de 1988, Ley 39/1988, de 28 de diciembre, RCL 1988\2607.

- **Real Decreto Legislativo 1/1993**, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el **Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados**, RCL 1993\2849.

- **Ley 29/1994**, de 24 de noviembre, de **Arrendamientos Urbanos**, RCL 1994\3272.

- **Real Decreto 1867/1998**, de 4 de septiembre, que modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario. RCL 1998\2381

- ● **Ley 48/2002**, de 23 de diciembre, del **Catastro Inmobiliario**, RCL 2002\3013.

- **Ley 37/2003**, de 17 de noviembre, del **Ruido**, RCL 2003\2683.

- **Ley 49/2003**, de 26 de diciembre, de **Arrendamientos Rústicos**, RCL 2003\2755.

- **Ley del Catastro Inmobiliario** aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, RCL 2004\599.

- **Ley Reguladora de las Haciendas Locales** aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, RCL 2004\602.

- ● **Real Decreto 661/2007**, de 4 de marzo, por el que se regula la producción de energía eléctrica en régimen especial, RCL 2007\1007.

- **Real Decreto núm. 1367/2007**, de 19 de octubre, que desarrolla la Ley del Ruido en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, RCL 2007\1914.

- **Instrumento de 28 de enero 2008**, de ratificación, que dio entrada en el Derecho interno el Convenio Europeo del Paisaje, dado en Florencia el 20 de octubre de 2000, RCL 2008\288.

- ● **Real Decreto Legislativo 1/2008**, de 11 de enero, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, RCL 2008\204.

- ● **Real Decreto Legislativo 2/2008**, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, RCL 2008\1260. En los arts. 40 y 41 se regulaba el derecho de

superficie. Derogó la **Ley 8/2007**, del Suelo, de 28 de mayo, RCL 2007\1020.

- **Ley Orgánica 9/2010**, de 22 de diciembre, RCL 2010\3232, autoriza la ratificación por España del Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea, RCL 2009\2299 y RCL 2010\362, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, RCL 2009\2300, y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, LCEur 1986\9, firmado en Bruselas el 23 de junio de 2010.

- **Ley 2/2011**, de 4 de marzo, **de Economía Sostenible**, RCL 2011\384.

- **Real Decreto-ley 1/2012**, de 27 de enero, que procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, RCL 2012\78.

- **Real Decreto Ley 2/2013**, de 1 de febrero, de **medidas urgentes** en el sistema eléctrico y en el sector financiero, RCL 2013\181.

- **Real Decreto-ley 9/2013**, de 12 de julio, que adopta medidas urgentes para garantizar la **estabilidad financiera** del sistema eléctrico y deroga el Real Decreto 661/2007 arriba citado, RCL 2013\1092.

- **Ley 21/2013, de 9 de diciembre, Ley de evaluación Ambiental**, RCL 2013\1776, que derogó la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos de 2008.

- **Ley 24/2013**, de 26 de diciembre, **del Sector Eléctrico**, RCL 2013\1852, que deroga expresamente la **Ley 54/1997**, RCL 1997\2821.

- **Real Decreto 413/2014**, de 6 de junio Regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, RCL 2014\807.

- **Real Decreto-ley 15/2018**, de 5 de octubre, medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, RCL 2018\1366.

- **Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana**, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, RCL 2015\1699.

- **Real Decreto 56/2016**, de 12 de febrero, que **transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 25 de octubre de 2012, LCEur 2012\1797, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, RCL 2016\183.

- **Ley 1/2018**, de 6 de marzo, que adopta medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio de 2001, RCL 2001/1824. Se trata de la última modificación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, RCL 2011\384, aunque no en la materia que nos ocupa, RCL 2018\373.

XIV.3.- ÁMBITO AUTONÓMICO

ANDALUCÍA

- **Ley 4/2003**, de 23 de septiembre, BOJA 1 de octubre de 2003, de creación de la Agencia Andaluza de la Energía, LAN 2003\486.
- **Decreto 21/2005**, de 1 de febrero, BOJA 11 de febrero de 2005, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia andaluza de la Energía, LAN 2005\73
- **Ley 2/2007**, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y Ahorro Energético de Andalucía, LAN 2007\147.
- **Decreto 169/2011**, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de las Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética en Andalucía, LAN 2011\239.
- **Decreto 2/2013**, de 15 de enero, que modifica el anterior, LAN 2013\20.
- **Decreto 8/2014**, de 21 de enero, BOJA 11 de febrero de 2014, , por el que se modifican los Estatutos de la Agencia Andaluza de la Energía, aprobados por Decreto 21/2005, de 1 de febrero, LAN 2014\51.

- **Decreto-ley 2/2018**, de 26 de junio, de simplificación de normas en materia de energía y fomento de las energías renovables en Andalucía, LAN 2018\263

- **Ley 8/2018**, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía. Esta Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, esto es, el 15 de enero de 2019. LAN 2018\414.

CATALUÑA

- **Decreto 343/2006**, de 19 de septiembre, LCAT 2006\729, desarrolla la Ley 8/2005 y regula también los estudios e informes de impacto e **integración paisajística**, LCAT 2006\729.

- **Ley 5/2006**, de 10 de mayo, Código civil de Cataluña (Libro V-Derechos Reales), LCAT 2006\418.

- **Ley 8/2005**, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del **Paisaje**, LCAT 2005\430.

EXTREMADURA

- ● **Decreto 192/2005**, de 30 de agosto, Regula el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, a través de parques eólicos, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, DOE 6 de septiembre de 2005, LEXT 2005\269.
- **Decreto 169/2010**, de 16 de julio, deroga el anterior, DOE 21 de julio de 2010, LEXT 2010\325.

GALICIA

- **Ley 13/1989**, de Montes Vecinales en Mano común, LG 1989\207
- **Decreto 302/2001**, de 25 de octubre, sobre aprovechamiento de energía eólica en Galicia, LG 2001\350.
- **Ley 8/2009**, de 22 de diciembre Regula el aprovechamiento eólico en Galicia y crea el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, LG 2009\426.

- **Ley 4/2014**, de 8 de mayo, modifica la anterior Ley 8/2009, de 22 de diciembre de 2009, que regula el aprovechamiento eólico en Galicia y crea el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, LG 2014\173.

PRINCIPADO DE ASTURIAS

- **Decreto 43/2008**, de 15 de mayo, sobre procedimientos para la autorización de parques eólicos por el Principado de Asturias, BOPA de 3 de Junio de 2008, LPAS 2008\244, habiéndose modificado por **Decreto 91/2014**, de 22 de octubre, LPAS 2014\328.

XV.- Anexos finales

Anexo I: Contrato tipo cedido por empresa de reconocido prestigio de promoción de Plantas eólicas en el Sur de Andalucía.

Anexo II y III: Contrato y Escritura cedidos por D. Miguel González-Palomino Vázquez, Letrado del Ilustre colegio de Abogados de Sevilla.

I.- INTRODUCCIÓN	8
I.1.- Objetivo y justificación.	8
I.2.- Método y estructura.	11

I.- INTRODUCCIÓN

I.1.- Objetivo y justificación.

En su origen esta investigación pretendía dar respuesta a una inquietud. Sólo así, como inquietante cuanto menos, se puede calificar la transformación del paisaje que en los últimos años ha sufrido la carretera N-340. Esta carretera une Cádiz con Barcelona por toda la costa del Mediterráneo, atravesando diez provincias, y, concretamente, el tramo Vejer de la Frontera-Algeciras, en la provincia de Cádiz, es la zona cuyo paisaje se ha visto profundamente transformado.

Lo que hace 15 o 20 años parecía una moda, algo anecdótico, aislado e incluso provisional ha acabado transformando en gran medida el término municipal de Tarifa y el Campo de Gibraltar en su totalidad. ¿Cómo que no son “gigantes”? ¿Por qué dicen que son molinos? El aire en movimiento, el viento, que preservaba la zona y sigue haciéndolo de un turismo masivo, no ha podido con los “gigantes”. Pero la transformación del paisaje significa, en este caso, optimizar un recurso natural que hasta entonces se venía considerando como un gran inconveniente. Lo que parecía algo circunstancial, consecuencia de las especiales características naturales de la zona, había también incidido en otros muchísimos territorios.

Se intenta encontrar respuestas a cuestiones tales como: ¿qué es lo que estaba pasando en esos terrenos tradicionalmente dedicados a la ganadería y agricultura? ¿Quién o quiénes protagonizaban esta nueva modalidad de explotación? ¿Qué forma jurídica adoptaba la cesión por los propietarios de sus terrenos para la instalación? ¿Había una sola fórmula jurídica para este tipo de cesión o tantas como permitiera el principio de autonomía de la voluntad?... Empezaron a aflorar cuestiones jurídico-privadas que interesaba conocer.

Había que entrar de lleno en una prolija legislación administrativa e intentar rastrear las implicaciones civiles de la cuestión. Así, por un lado, normalmente, aparecen importantes empresas eléctricas con un creciente interés por el tema de las energías renovables, en el que basaban en gran medida su expansión futura adaptándose a nuevas políticas energéticas. A veces contrataban con la Administración, generalmente la municipal, dependiendo de la calificación de los terrenos en los que quisieran instalar el campo eólico.

Pero otras veces, la mayoría, la contratación la llevaban a cabo con agricultores tradicionales a los que se les venía a “vender” unas nuevas posibilidades para sus tierras, hasta el momento dedicadas a la agricultura y a la ganadería. ¡En un principio todo era tan nuevo! De

repente sus tierras, que en ocasiones pocos rendimientos producían por estar situadas en zonas de climatologías duras, fundamentalmente por el fuerte viento, resultaban interesantes económicamente precisamente por eso, por el viento.

Había empresas eléctricas interesadas en contratar, al parecer, el viento que soplaba por encima de esas tierras y que tanta desolación tantas veces producía. Una de las primeras cuestiones que se abordó fue, precisamente, esa relación: ¿Cuál es el objeto de ese contrato? ¿Qué derechos y obligaciones surgen del mismo para las partes? ¿Tendrá acceso al Registro de la Propiedad? ¿Podrán los propietarios seguir dando el uso habitual a sus tierras? ¿Será posible compatibilizar usos tan diversos? ¿Qué instalan allí esas empresas? ¿Cómo lo hacen? Estas cuestiones y otras tantas son las que se formulan y a las que con esta investigación se intenta dar respuesta.

La cuestión de la configuración jurídica del aire y del viento también encontró su espacio como consecuencia del interés que éste despertaba y su trascendencia. La posibilidad de obtener algún beneficio del viento por parte de los propietarios de esas fincas sobre las que soplaba con tanta fuerza supone un aprovechamiento singular del mismo que había que determinar.

Se ha investigado, también, la relación de los campos eólicos y el paisaje, la forma en que las alteraciones del paisaje eran valoradas y

evaluadas. El complicado *iter* administrativo hasta la aprobación de la instalación de un parque eólico, que *a priori* es una garantía al respecto, no supuso un obstáculo a la hora de atender especialmente el concepto de paisaje y su repercusión en el derecho de propiedad.

I.2.- Método y estructura.

Una de las grandes dificultades de la investigación es que no hay fuentes documentales cuando se trata de estudiar la forma en que se ocuparon los espacios en los que se sitúan las torres eólicas. Desde luego que no hay ninguna base de datos y se ha tenido que recurrir a la investigación de la práctica en esta materia, siguiendo los procedimientos de negociación, contratación y posterior instalación y explotación del parque eólico.

La instalación de un parque eólico es un complejo entramado de relaciones precontractuales y contractuales. En una primera aproximación al proceso de negociaciones se comprueba que hay dos fases. La empresa tiene que asegurarse de que el futuro parque es rentable, de que el viento, el aire que se mueve por encima del mismo, es el suficiente para generar la energía que justifique la inversión. Se pondrá en contacto con el propietario para que le permita entrar en sus tierras, instalar determinados “mecanismos” de medición, calcular el

posible impacto medioambiental para el posterior preceptivo informe... y sólo en el caso de que las pruebas tengan un resultado satisfactorio poder llegar a instalar el parque eólico. Pero claro, todo ello no puede quedar sin el respaldo o apoyo jurídico que corresponda. Desde que la empresa comienza sus investigaciones en unos terrenos determinados tiene que tener la seguridad de que instalará allí los molinos en el caso de que le convenga. No sería admisible, o así parece, que pudiera venir otra empresa distinta y por conveniencia, por ejemplo, del mismo propietario, se quedaría con la explotación del viento. En esta fase, además, normalmente las empresas aprovechan para buscar la financiación necesaria y las instituciones financieras les requieren ya garantías para concederla.

Las empresas pretenden en esta primera fase poder entrar, salir, realizar ciertos trabajos e instalaciones provisionales que probablemente puedan tener su fundamento jurídico en la creación de un derecho de carácter personal entre ambas partes. Por otra parte, en una segunda fase, sí se puede encontrar la necesidad de crear un auténtico derecho real, lógicamente limitado y no necesariamente típico. De todas formas se comprobará que no tiene por qué ser ésta la única solución a la cuestión.

Presentadas las bases que motivaron y justificaron esta investigación la estructura del trabajo se organizó partiendo de la observación y posterior constatación de que una realidad económica,

política y medioambiental, como la energía eólica, renovable y alternativa, tenía unas incidencias jurídico-privadas que podían ser merecedoras de estudio y profundización. Para ello se ha comenzado por una aproximación a lo que se ha llamado cuestión energética, a las energías renovables en general y concretamente a la eólica, a las estrategias europeas, nacionales y autonómicas y su regulación (Capítulo II).

Al abordar la cuestión enseguida hubo que referirse al aire y al viento. La configuración jurídica de ambos, especialmente del último, se hizo necesaria ya que energía eólica significa, lógicamente, viento. Su posible utilización de manera especial o singular por los propietarios de los terrenos en los que se instala el parque eólico supone un aprovechamiento distinto a como lo hacemos en nuestra vida cotidiana (Capítulo III).

A continuación se ha abordado el concepto de campo eólico y su carácter, comprobando cómo no hay una única definición. Se han estudiado por tanto las que se aportan, especialmente por la legislación autonómica y la doctrina, y también el carácter de la instalación eólica a la luz del Código civil y leyes especiales, mayoritariamente tributarias (Capítulo IV).

Se realiza después una aproximación al procedimiento que se ha de seguir para la autorización e instalación de un parque eólico.

Aquí se han atendido, fundamentalmente, las cuestiones relativas a las relaciones entre las empresas eléctricas, promotoras de energía eólica, y los particulares propietarios de los terrenos donde éstas pretendía instalar los molinos, el campo eólico. Dichas relaciones no son precisamente fáciles ya que atraviesan distintas fases y están influidas por el seguimiento de unos necesarios trámites administrativos que se desarrollan, normalmente, de forma paralela (Capítulo V).

Los contratos a que dan lugar esas relaciones entre empresas y propietarios, fuente de sus respectivos derechos y obligaciones, pueden adoptar distintas formas y se han estudiado las más frecuentes. Para ello ha habido que concretar los intereses jurídicos de los sujetos del contrato, esto es, por un lado la empresa que quiere instalar el parque eólico y por otra la persona titular dominical de donde quiere hacerlo (Capítulo VI).

La posibilidad de configurar un derecho real en esos contratos ha requerido un estudio aparte, hasta concluir con el que mejor responde a los interés que se habían concretado (Capítulo VII).

Como se ha constatado que en la práctica el derecho de superficie es el más utilizado se procede a su estudio, comprobando cómo se pueden ir ajustando los intereses de las partes y la regulación de este derecho (Capítulo VIII).

También se ha atendido la posibilidad de creación de un derecho real atípico y cómo estos contratos acceden al Registro de la Propiedad (Capítulo IX).

El impacto medioambiental de la energía eólica, la incidencia en el paisaje de los molinos y el ruido de estos han sido también objeto de estudio (Capítulo X).

Se dedica un capítulo a las conclusiones, en el que se recogen las ya manifestadas provisionalmente sobre alguno de los temas estudiados y se terminan de elaborar las que serán el corolario de los diferentes problemas abordados (Capítulo XI).

Se termina con los correspondientes apartados relativos a bibliografía, webgrafía, legislación y resoluciones judiciales utilizadas a lo largo de estas páginas y a los que se ha ido haciendo referencia (Capítulos XII, XIII y IVX).

Por último, se traen también a estas páginas modelos de contratos para la instalación de un campo eólico, en los que se pone de manifiesto cómo en la práctica se plasman las distintas cuestiones estudiadas (Anexos I, II y III).