

LA VALORACIÓN DE LA APTITUD EÓLICA EN EL JUSTIPRECIO DEL SUELO¹

MERCEDES LAFUENTE BENACHES
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL VIENTO, FACTOR IMPRESCINDIBLE EN LA INDUSTRIA EÓLICA.—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL VIENTO: 1. *¿El viento es una cosa, un bien, un recurso?*: A) El aire como elemento carece de valor económico y no debe calificarse de cosa. B) El aire como elemento es *res communes omnium* o *res nullius*. C) El aire como elemento es bien de dominio público. D) El movimiento del aire-viento como energía constituye una cosa mueble.—III. EL APROVECHAMIENTO DEL VIENTO: 1. *¿Pertenece al propietario del suelo el viento sobre su inmueble?* 2. *Título que legitima su aprovechamiento*: A) La accesión. B) La ocupación.—IV. LA UTILIDAD PÚBLICA DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS.—V. LA NECESIDAD DE OCUPACIÓN DEL SUELO PARA LA UBICACIÓN DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS TERRESTRES: 1. *Mecanismos de obtención del suelo para la implantación de la energía eólica*: A) Bienes de titularidad privada. B) Bienes de titularidad administrativa. 2. *Elementos indemnizables en las expropiaciones eólicas a la luz de la jurisprudencia*: A) El suelo rústico destinado a la industria eólica. Función social. B) Criterios de valoración del suelo: a) El método de comparación. b) El método de capitalización.—VI. EL VIENTO COMO VALOR ECONÓMICO Y SU VALORACIÓN EN EL JUSTIPRECIO EXPROPIATORIO: 1. *La especial aptitud del terreno por la presencia del viento como valor económico y su incorporación en la fijación del justiprecio*: A) El concepto de renta potencial y su aplicación al viento. B) El factor de localización y su aplicación al viento.

RESUMEN

La ausencia de regulación jurídica del elemento viento, la indeterminación sobre su naturaleza jurídica y la nula valoración económica del mismo han propiciado un planteamiento insatisfactorio de la valoración del suelo para uso eólico. El suelo rural ha experimentado una importante evolución en los últimos tiempos. La implantación en él de industrias de interés general exige un adecuado planteamiento sobre su nueva función social y sobre su valoración económica. La instalación de parques eólicos precisa de terrenos con recurso eólico suficiente, sin el cual la industria eólica no tiene garantizada su rentabilidad. La especial aptitud del terreno eólico y la reserva por el plan eólico de zonas aptas para su explotación merecen una reflexión a la hora de delimitar el alcance del justiprecio expropiatorio cuando la expropiación es el mecanismo de obtención de estos terrenos.

Palabras clave: parques eólicos; especial aptitud del suelo; naturaleza jurídica del viento; valor económico del suelo eólico; justiprecio.

ABSTRACT

The absence of legal regulation about the wind element, the indefiniton of its legal nature and its null economic value have led to an unsatisfactory approach to the valuation of the land for wind use. Rural land has undergone an important evolution in the last times. The installation of industrial facilities of general interest requires an appropriate approach

¹ Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i «La regulación de las energías renovables: problemas actuales y desafíos» (DER2012-39692-C03-03).

about its new social role and its economic value. The implementation of wind farms needs land with enough wind available as to guarantee its profitability. The special wind suitability of the land and the reservation in the Wind Plan of specific land areas for exploitation deserve some thought when defining the range of the expropriation appraisal, when expropriation is the procedure adopted to obtain that land.

Key words: wind farms; special suitability of land; legal nature of wind; economic value of the land intended for wind industry use; appraisal.

I. INTRODUCCIÓN

DESCARTES² ya vaticinaba que «si conociéramos la fuerza y las acciones del fuego, del agua, del aire, de las estrellas, de los cielos y de todos los demás cuerpos que nos rodean con la misma precisión con que conocemos los diversos oficios de los artesanos, podríamos aplicarlas, de igual manera, a todos los usos que le son propios y convertirnos así en amos y partícipes de la naturaleza», y, ciertamente, desde los más remotos tiempos, el hombre ha demostrado su propósito y destreza para dominar y apropiarse de la naturaleza. En esa paulatina y progresiva dominación/apropiación de la naturaleza, nos centramos en este trabajo en el elemento aire, y concretamente en uno de sus componentes, la energía del viento. Inicialmente, la fuerza eólica del viento fue utilizada por el hombre como energía de impulsión en la navegación y como energía mecánica para generar movimiento en industrias relativas a la molienda, a la actividad textil, maderera, metalúrgica, al bombeo de agua, hasta utilizarla, hoy día, para transformarla y generar energía eléctrica.

Al apoderamiento de la naturaleza a través de sus elementos naturales: el fuego, la tierra y el agua, se añade hoy el del aire. Hasta ahora, los principales problemas jurídicos en que estaba involucrado el elemento aire se referían al continente de éste, es decir, al espacio aéreo con la aparición de la navegación aeronáutica, y a su contaminación. Sólo a raíz de la discusión y regulación de estas cuestiones el aire comienza a merecer, aunque sea parcialmente, el interés del Derecho, pues hasta entonces existía la común opinión de que era un recurso natural de nula pertenencia y de aprovechamiento común, y únicamente a raíz de los primeros conflictos, bien sobre su ocupación o bien sobre su sostenibilidad, el aire adquiere protagonismo y relevancia jurídica.

No nos detendremos, sin embargo, en temas como la política comunitaria de cielo único ni en la conflictividad generada por el mercado

² *Discours de la Méthode* (1637), págs. 61-62.

de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, de indudable trascendencia para las relaciones interestatales y para el bienestar del planeta y objeto de estudio por la doctrina, sino en la polémica derivada de la implantación de generadores eólicos terrestres que conllevan un aprovechamiento singular del viento que sopla sobre el terreno donde éstos se instalan, con el objeto de valorar si este viento posee un valor económico propio en la posible transacción que el promotor eólico realice con el propietario del suelo, y principalmente cuando el suelo se adquiere mediante el instituto de la expropiación forzosa.

El peligro de la utilización de los recursos naturales, principalmente a través de la tecnología, deriva del inadecuado aprovechamiento por quienes se benefician de ellos, causando su degradación o incluso la desaparición del recurso y poniendo en peligro no sólo la subsistencia de éste, sino el equilibrio de todo el sistema, porque cuando un elemento de la naturaleza es utilizado más allá de lo razonable la totalidad del sistema natural se resiente.

Actualmente y desde hace algunos años, el viento, que es aire en movimiento, es utilizado como materia prima para transformarlo en electricidad a cargo de la industria eólica³. Esta utilidad del viento ha sido presentada por los gobiernos y recibida por un amplio sector de la comunidad como algo positivo y se ha calificado de «energía verde», cuidadosa con la sostenibilidad del medio ambiente, como opción a la utilización de otras energías poco respetuosas con el medio natural, costosas en la importación de las materias primas que, una vez transformadas, la generan y muy polémicas desde el punto de vista de su aceptación social.

La industria eólica precisa del viento para poder convertirlo en energía eléctrica, pero no cualquier cantidad de viento es suficiente para que quepa esta transformación, sino que son necesarias elevadas cantidades de viento, «recurso eólico», con unas características concretas de permanencia y direccionalidad. De lo que se deduce que 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 (floración de la vainilla, plantaciones de café, disseminación de semillas), 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 afec-

³ Véase el trabajo de M. J. LÓPEZ SAKO, *Energía eólica: Cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

ciones 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 casos, excluyente. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 no duda en reconocer cómo el viento, como energía, «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 a 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». También el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en sentencia de 8 de julio de 2011, declara que, como consecuencia de la implantación en la misma zona de distintos parques eólicos, se puede «agotar el uso industrial del viento».

Esta situación determina la necesidad de reflexionar sobre la naturaleza jurídica del viento. Cuestiones sobre a quién le pertenece o en virtud de qué título es posible su utilización resulta oportuno resolverlas, pues inciden en el planteamiento y resolución de otras no menos importantes, como si el viento es valorable o no económicamente a efectos de integrar el conjunto de bienes indemnizables al titular del terreno. Quizás la conquista tecnológica del viento nos apremia a asumir la regulación del elemento aire desde una nueva perspectiva, en su dimensión de energía que proporciona el viento.

Sabido es que sobre los recursos naturales pesa un lastre derivado de la consideración negativa de su valor económico, salvo cuando el susodicho recurso es o comienza a ser limitado en su cantidad o cuando su uso lo degrada. Por esta razón, el viento, considerado inapropiable e inagotable, ha carecido de un valor de mercado pese a los beneficios que desde siempre le ha reportado al hombre, incluidos hoy día los de carácter económico en el caso de la industria eólica; al viento, tal y como se encuentra en la naturaleza, se le niega valor económico, exigiéndose un proceso de transformación para que adquiriera una valoración económica. Sin embargo, un uso desproporcionado del recurso viento ante la masiva implantación de parques eólicos, desnaturalizando su destino natural y el de otros recursos, el suelo rural sobre el que preferentemente se asienta la industria eólica, puede acarrear consecuencias negativas.

Quizás por ello, convendría reflexionar si como resultado de estas utilidades sobrevenidas que propician un uso intensivo de viento, éste

debe adquirir un precio en el mercado por su propio valor intrínseco como mero recurso biológico, con la consecuencia, para quien resulta ser el intermediario por disponer del terreno necesario para la implantación del aerogenerador, en beneficio del promotor eólico y de la comunidad de esta modalidad de energía verde, de ver incrementado el valor de ese suelo.

II. EL VIENTO, FACTOR IMPRESCINDIBLE EN LA INDUSTRIA EÓLICA

La implantación de la energía eólica y las inversiones que esta industria conlleva exigen la previsión del recurso eólico en cantidades suficientes y en emplazamientos con las condiciones adecuadas para el óptimo aprovechamiento del recurso.

Antes de proceder a la instalación de un parque eólico es necesario un estudio detenido de todas las variables, siendo una de las más importantes el viento, pues para que los aerogeneradores funcionen a pleno rendimiento necesitan vientos de velocidad y fuerza más o menos constantes, ya que de ello depende su rentabilidad.

La importancia de que exista «recurso eólico suficiente» ha llevado a la Administración estatal a elaborar un «Atlas eólico». Ejemplo de ello es cómo el IDAE⁴ (Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía) ha optado por un modelo de simulación meteorológica y de proyección del recurso eólico a largo plazo para prever el potencial eólico de nuestro territorio mediante modernas técnicas de modelización mesoescales. De esta manera se pueden llevar a cabo estudios del potencial eólico en regiones extensas con un nivel de aproximación aceptable, si bien, posteriormente, los datos de las torres meteorológicas son imprescindibles para confirmar el potencial eólico previsto en un emplazamiento concreto.

Este Atlas eólico persigue ser un punto de partida para todas las Administraciones públicas a la hora de realizar su propia planificación eólica y para informar a cualquiera de los implicados en la industria eólica, e incluso a los propios ciudadanos, de la valoración efectuada y de la existencia del recurso con posibilidad de ser aprovechado para producir electricidad, allá donde lo halla.

Con esta información relativa a la localización de las mejores zonas para la implantación y desarrollo de la energía eólica, cada Administración autonómica elabora un plan eólico específico donde se proce-

⁴ Es un organismo adscrito al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través de la Secretaría de Estado de Energía, de quien depende orgánicamente.

de a señalar las zonas aptas para autorizar la instalación de los parques eólicos, dada la existencia de recurso eólico suficiente.

El promotor que decida solicitar una autorización de instalación de un parque eólico deberá presentar, entre otros documentos, los planes energéticos de las zonas eólicas a los que concurre para su adjudicación. En relación al contenido de los planes energéticos de zona, el promotor deberá presentar un «anteproyecto» de cada parque eólico propuesto en el que conste la descripción de los «recursos eólicos» presentes mediante las mediciones efectuadas o un estudio o modelización que confirme la existencia de recurso suficiente para el funcionamiento del parque. El órgano que admita a trámite la solicitud debe comprobar, entre otros extremos, que recae sobre zonas declaradas aptas por el plan eólico de la respectiva Comunidad Autónoma. En la evaluación del recurso eólico de un emplazamiento específico intervienen⁵: 1) la cuantificación proporcionada por la instalación de torres anemométricas en varios puntos del proyecto; 2) los datos recogidos en registros históricos de estaciones meteorológicas; 3) la utilización de métodos estadísticos donde se evalúan parámetros como la velocidad media a las diferentes alturas de medición (con las que se extrapolará mediante modelos teóricos la velocidad de viento a la altura de los aerogeneradores proyectados), distribuciones de frecuencias de direcciones (también denominadas «rosas de viento») y de velocidades, así como sus aproximaciones analíticas, principalmente distribuciones Weibull, debido a la significativa similitud entre estas últimas y las distribuciones de viento reales, que se obtienen a partir de las series temporales de datos medidos de velocidad de viento; 4) el análisis de las incertidumbres asociadas. Todas estas actuaciones y requerimientos relacionados con la suficiencia del recurso eólico muestran la importancia de un viento en cantidad y calidad para la implantación de la industria eólica y para su rentabilidad.

También lo reconoce la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de julio de 2010, al afirmar: «existe un error en la valoración del suelo, pues no se trata de suelo rústico de protección de espacios naturales, sino suelo rústico de protección de infraestructuras por recalificación del proyecto sectorial, con prohibición de usos agrarios, ganaderos y forestales, pero con terrenos con aptitud propia para la utilización energética del viento, sin cuya cualidad no hay posibilidades de establecer parques eólicos o de obtener las correspondientes autorizaciones para explotarlos, al ser esencialmente necesario para ello disponer del recurso natural del viento».

⁵ Seguimos el trabajo de ESTÉVEZ MARTÍ y RODRÍGUEZ RUIZ, «Aplicación de métodos estadísticos en el sector eólico. Evaluación del recurso energético», *Índice*, núm. 29, 2008, pág. 9.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL VIENTO

En nuestro ordenamiento el viento no ha merecido el interés del Derecho administrativo, salvo con ocasión de alguna reclamación por responsabilidad patrimonial donde haya podido ser analizado para establecer o romper el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño causado. Ni siquiera el Derecho civil, más propenso a llevar a cabo clasificaciones, ha conseguido incluir el viento en una concreta categoría jurídica sin vacilación.

Sí ha habido intentos en épocas distintas, preferentemente en el Derecho romano, de dotar de una concreta naturaleza jurídica al aire —que no al viento— dentro de la clasificación de las cosas, y en el Derecho comparado algunas legislaciones civiles califican las «energías» (sin especificar cuáles) de cosas muebles.

Pero el viento, en la actualidad, ha dejado de ser un elemento de la naturaleza que interesa exclusivamente a las ciencias físicas para convertirse en la materia prima que mueve (nunca mejor dicho) una creciente industria eólica que genera importantes beneficios económicos a partir de su aprovechamiento. El viento que precisa la industria eólica para transformarse en electricidad va ocupando progresivamente, en atención al grado de desarrollo tecnológico, espacios diversos como el suelo, el mar y, en un futuro próximo, el espacio aéreo⁶. El aprovechamiento del viento, hasta ahora de todos o de nadie, requiere de espacios donde, si existen derechos de terceros que pueden verse afectados y allí donde pueda surgir un conflicto de intereses, el ordenamiento debe prever criterios de solución. Por esta razón creemos necesario que el Derecho pase a regular aquellos aspectos del viento que afecten a las relaciones jurídicas en las que adquiere una repercusión cualificada, comenzando por reflexionar sobre su propia naturaleza jurídica.

⁶ *ElMundo.es*, en la sección de Ciencia, advertía cómo, según un estudio realizado por la Institución Carnegie y la Universidad Estatal de California, se está valorando la posibilidad de utilizar los *jet streams* o corrientes en chorro, flujos de vientos rápidos que circulan a altitudes de entre 6.000 y 15.000 metros, unas diez veces más estables que los vientos próximos a la superficie, lo cual los convierte en una fuente de energía consistente y fiable. Para capturar esta energía se han diseñado distintos modelos tecnológicos, incluidas unas turbinas similares a las clásicas cometas que serían elevadas hasta los *jet streams*. Con esta técnica se podrían generar hasta 40 megavatios de electricidad, que serían transmitidos a la tierra mediante las «cometas».

1. ¿El viento es una cosa, un bien, un recurso?

Los autores al utilizar estos términos lo hacen con ambigüedad y condicionados por la disciplina desde la que trabajan. El primero de estos términos tiene un significado principalmente jurídico, a diferencia de los «bienes» y «recursos», utilizados tanto desde la rama del Derecho como de la economía. Todos ellos tienen en común que aluden a realidades económicas.

El concepto de «cosa» ha ido evolucionando hasta nuestros días, no sólo en la creación de distintas categorías jurídicas⁷ en las que se diversifica, sino en su propio significado. Por ello, HATTENHAUER señala que «el concepto de cosa es uno de los más abstractos e inconcretos del Derecho»⁸, y GROSSO estima que es una de las palabras de más amplio significado⁹.

El concepto clásico de «cosa» alude a una realidad exterior definida por las siguientes notas. Primera, ser capaz de dar satisfacción a las necesidades humanas. La doctrina se refiere a esta aptitud como «utilidad, ventaja, beneficio» que aquélla proporciona al hombre.

Segunda, ser susceptible de «apropiabilidad», sirviéndose de ella para su beneficio e incluso integrándola en su propio patrimonio (bienes) y en el tráfico jurídico como objeto de Derecho¹⁰.

Tercera, estar dotada de materialidad (no necesariamente corporeidad), entendida como la posibilidad de percibirse de su existencia por los sentidos.

En relación a la primera y tercera, no existe discusión de su aplicabilidad al viento dadas las ventajas y utilidades notables que proporciona al hombre desde tiempos remotos y por ser perceptible por nuestros sentidos. Más discusión ofrece la nota de la «apropiabilidad» en cuanto a su propio significado y extensión.

En la doctrina clásica, la «apropiabilidad» implicaba dominio sobre la cosa y posibilidad de *reivindicatio* y se limitaba a aquellas que estaban dentro del tráfico jurídico. PELLOUX¹¹ sostuvo que mantener la noción de cosa respecto de realidades insusceptibles de propiedad no era, lógicamente, aceptable.

⁷ Véase la clásica clasificación de GAYO y JUSTINIANO.

⁸ *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil (Introducción histórico-dogmática)*, prólogo de P. S. CODERDI, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1987, pág. 47.

⁹ *Corso de Diritto romano. Le cose*, Torino, 1941, pág. 3.

¹⁰ L. R. ARGUELLO, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, 3.ª ed., pág. 167, señala que los romanos tal vez no comprendieron que cosa es todo lo que puede ser objeto de derecho, «sino que la refieren al objeto material ("corpus") en oposición a los actos del hombre».

¹¹ Pág. 311.

Recientemente, LÓPEZ RAMÓN¹² 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 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.

Es cierto 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 que implique una apropiación parcial o temporal del mismo. Es el viento, circulante sobre la superficie del terreno, el destinado a ser aprovechado de forma más intensiva, por su mismo propietario o por quien lo ocupe con autorización de aquél, y es esta utilización la que centra nuestro análisis.

La escasa doctrina interesada por este elemento alude al aire, más que al viento, al tratar de ejemplificar las diversas clasificaciones de las cosas y disiente sobre su naturaleza jurídica. Destacan tres posiciones: a) El aire como elemento carece de valor económico y no debe calificarse de cosa. b) El aire es *res communes omnium* o *res nullius*. c) El aire es un bien de dominio público. d) El movimiento del aire-viento como energía constituye una cosa mueble.

A) *El aire como elemento carece de valor económico y no debe calificarse de cosa*

La doctrina coincide en afirmar que el aire, por sí mismo, carece de valor económico dado que nadie puede pretender apropiarse de él, y por ello es ajeno al tráfico jurídico. Según BURDESE¹³, el aire no puede ser considerado *res* por no ser susceptible de apropiación y, según BONFANTE¹⁴, ello es debido a que carece de valor económico, no por encontrarse en cantidad infinita, sino por resultar de imposible apropiación¹⁵, lo que lo hace inservible para el tráfico jurídico.

Otros autores, en cambio, en base a estas mismas razones lo conceptúan de «cosa» y le niegan su calificación como «bien», pues solamente son bienes las cosas apropiables y que forman parte del patrimonio de un sujeto.

¹² «Teoría jurídica de las cosas públicas», núm. 186 de esta REVISTA, 2011, págs. 9-51.

¹³ *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, pág. 193.

¹⁴ *Corso di Diritto Romano*, tomo II: *La proprietà*, Milano, 1966, pág. 62.

¹⁵ No se pierda de vista el momento en que se efectúan estas afirmaciones y la imposibilidad de hacerlo con los avances y conocimientos de la época.

En sentido parecido niegan su calificación como «recurso», señalando que no lo es al poder usarse libremente por todos y en todas partes, para matizar dicha afirmación respecto al «aire de calidad», el aire limpio, cuya escasez le proporciona de inmediato un valor económico que ya le permitiría calificarlo de recurso.

En definitiva, desde una u otra posición, existe el convencimiento de que no cabe un derecho de propiedad sobre el aire y ello determina su ausencia de valor en el mercado.

B) *El aire como elemento es res communes omnium o res nullius*

El aire es considerado por algunos juristas romanos, como CELSO (Cels. 39 Dig), MARCIANO (D. 1.8.2 Marcian. 3 Inst.) y ULPIANO (D. 47. 10.13.7 (Ulp. 57 ed), y en las Instituciones del emperador Justiniano (Inst. 2.1.1) una *res communes omnium*. Con este concepto se refieren a aquellas cosas que, por sus condiciones físicas, no pueden ser propiedad de nadie pero sí aprovechables por todos. Dentro de esta categoría —dicen— se incluye «el aire, *aqua profluens*, el mar y sus costas». Más recientemente, en la misma línea, TAPIAS SALINAS¹⁶ entiende que el aire, por constituir un elemento etéreo, imponderable e inapropiable, sin límites conocidos, no es susceptible de dominio ni de soberanía.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y 25 de junio de 2006 y 30 de enero de 2007, seguidas, entre otros, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 22 de octubre de 2008, recogen esta calificación al afirmar: «No es difícil concluir, sin embargo, que los vientos —si es que pudiera calificárseles de cosas— entran dentro de la categoría de las res comunes ómnium, 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».

Alguna jurisprudencia minoritaria alude al aire o al viento como *res nullius*, calificación que permitiría considerarlo como una cosa susceptible de tráfico jurídico.

Finalmente, podría pensarse que mientras el espacio y la columna de aire, situados sobre el terreno, no son apropiables en su totalidad por

¹⁶ «Principios jurídicos básicos de la Navegación aérea», en *Trabajos de Derecho Aero-náutico y del Espacio*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Colección Estudios Jurídicos, vol. I, pág. 51.

el titular del mismo, sí lo son los distintos elementos que se introduzcan en él, como el pájaro que vuela y puede ser cazado, la rama del árbol que penetra desde otro inmueble y puede ser cortada y la energía del viento, todos ellos en concepto de *res nullius* dentro de una *res communes omnium*, o como sucede con el volumen de lo edificado, aunque en este último caso la apropiación sería por otro título jurídico¹⁷.

C) *El aire como elemento es bien de dominio público*

Esta posición resulta minoritaria. Es más, existe claramente la opinión contraria en la doctrina administrativista; MARIENHOFF, DELGADO PIQUERAS y GARRIDO CUENCA se manifiestan en este sentido¹⁸.

Sin embargo, algunas sentencias muy recientes del orden contencioso-administrativo, al negar un valor económico propio al potencial eólico del terreno, no dudan en calificar al viento de bien de dominio público. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de octubre de 2008 niega 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 demanial¹⁹.

Discutible calificación 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.

D) *El movimiento del aire-viento como energía constituye una cosa mueble*

El aire y el viento no son conceptos idénticos. El aire está constituido por la acumulación de los diferentes gases componentes de la atmós-

¹⁷ M. PÁQUES, «Du quota d'émission de gaz a effet de serre», *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, núm. 3, 2004, pág. 271.

¹⁸ MARIENHOFF, «La condición jurídica del viento», *Jurisprudencia Argentina*, IV, 1961, pág. 73, justifica que no es el viento un bien de dominio público al carecer del presupuesto normativo condicionante de dicha calificación. F. DELGADO PIQUERAS y N. GARRIDO CUENCA, «El régimen de aprovechamiento de la energía eólica en Castilla-La Mancha», *Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 21, 2010, señalan que «ni el aire es formalmente un bien de dominio público ni esta actividad está reservada, en ningún sentido, al sector público».

¹⁹ También el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 9 de noviembre de 2010.

fera, 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. Ni en nuestro Código Civil, ni en la Constitución española (art. 132), ni en ninguna otra norma²⁰ de nuestro ordenamiento jurídico se incluyen el aire y el viento como bienes de dominio público, a diferencia de 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 MARIENHOFF²¹—, como fuerza o energía, es susceptible de apropiación y de tener valor económico.

III. EL APROVECHAMIENTO DEL VIENTO

1. ¿Pertenece al propietario del suelo el viento sobre su inmueble?

El aprovechamiento del viento con la intensidad y en la cantidad que precisa la industria eólica, dada la ausencia de una norma que se pronuncie expresamente sobre la naturaleza jurídica del viento, plantea, de nuevo, el clásico debate sobre el principio civil *Dominus soli, dominus est, usque ad caelos et usque ad inferos*, según el cual el dueño de un terreno posee todo lo que existe tanto por encima del suelo (hasta el cielo) como por debajo (hasta el infierno). La interpretación originaria de este principio es rechazada, en la actualidad, por la doctrina y la jurisprudencia²².

En Roma el espacio vertical sobre el terreno pertenecía al propietario del suelo. Con ello se trataba de blindar ese espacio de intromisiones ilegítimas por parte de terceros; de ahí afirmaciones como: «Quia coelum quod supra id solum inter cedit liberum esse debet» (Digesto, Lib. VIII, Tít. II, L. I.), «solum publicum vel via publica» (Digesto, Lib. XLIII, Tít. XXIV, L. XXII, § 4.º) y «siquis projectum autstillicidium in sepulchrum» (Digesto, XLIII.24.22.4). El propietario era libre para utilizar y disfrutar del espacio ubicado sobre su suelo (Digesto, XLIII.18, y ULPiano, Digesto, VIII.5.4). Por ello podía construir, plantar e impedir la invasión de las ramas de los árboles de terrenos colindantes cortándolas, apropiarse de

²⁰ La Exposición de Motivos de la anterior Ley de Protección Atmosférica de 1972 señalaba que el aire es un bien común limitado, lo que no implica necesariamente su calificación como bien demanial, pero sí es lo más próximo a ello.

²¹ *Ob. cit.*, pág. 74.

²² Véanse las consideraciones a este principio en E. VICENTE DOMINGO, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2003, pág. 688.

la caza o exigir la no inmisión de humos molestos en su espacio provenientes de otros fundos. Ese goce, disfrute y utilización eran ilimitados, con la salvedad de no perjudicar a terceros.

Esa concepción, tan radical y amplia, ha sufrido con el tiempo, al compás de la evolución del propio concepto de propiedad, una reducción en extensión. En la actualidad existe la convicción —no siempre expresamente regulada— de que el propietario lo es del espacio superior sobre su terreno, exclusivamente en la medida que le proporcione un interés o utilidad particular, con la limitación de no perjudicar los derechos de terceros²³. Más allá de esa extensión, el espacio superior es de aprovechamiento común. Así, por ejemplo, la Constitución portuguesa de 1933 (art. 49) califica de dominio público las capas aéreas superiores al territorio, situadas más allá de los límites que fije el legislador en beneficio del particular.

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza, en sentencia de 26 de marzo de 2001, y señala: «La tendencia socializadora del derecho de propiedad ha hecho desaparecer el concepto absoluto e individualista de la misma. Así respecto de las capas superiores del espacio y a las inferiores al subsuelo se ha venido desarrollando una actividad limitadora del contenido del derecho de propiedad en atención al concepto de “utilidad económica” o “interés” del propietario del suelo, de tal manera que su dominio se extenderá verticalmente en la medida en que sea aprovechable y no afecte a intereses generales de superior entidad».

Ninguna de las tesis expuestas en el apartado anterior alude a la posibilidad de que el dueño del terreno —donde se instala el aerogenerador que precisa y utiliza el viento para transformarlo en energía eléctrica— se considere, en base a esta circunstancia, propietario del viento circulante sobre el mismo o con derecho a utilizarlo privativamente. Sin embargo, no debiéramos descartar esta posibilidad en atención a las consideraciones siguientes, que permiten matizar el referido principio romano.

Como señala VINALTA NICUESA²⁴, el suelo —«la finca»— no es tan sólo su superficie planimétrica, sino todo lo que a ella se halle unido o incorporado, natural y artificialmente, en su proyección horizontal y vertical, y por tanto también su columna de aire hasta la altura que el propietario conserve algún interés derivado de una utilidad actual o futura, en el sentido de posibilidad de ejercicio útil de su derecho de propiedad.

²³ Una referencia a esta cuestión en A. IZQUIERDO LAGUNA, «La teoría de la propiedad potencial», *RGLJ*, núm. 84 (167), 1935.

²⁴ *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Ed. Bosch, 2008, pág. 149.

El espacio vertical que se eleva sobre el terreno, como tal, no es susceptible de tráfico jurídico, pero lo que se encuentra dentro de ese espacio sí puede serlo, por ejemplo la volumetría en la edificación, y quizás deberíamos empezar a considerar si también lo es la energía del viento contenida en él.

Quienes se ocupan del derecho de propiedad aceptan el efecto expansivo de la propiedad del suelo en sentido vertical y justifican la propiedad del dueño del suelo sobre este espacio vertical como una proyección del mismo hacia arriba cuando le permita una utilidad «adicional». De admitirse esta utilidad adicional contenida en ese espacio cabría preguntarse si es susceptible de valoración económica. Para el propietario del suelo donde se ubica el aerogenerador, 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.

En el mercado es donde se genera el valor de los bienes y los recursos naturales, y lo adquieren cuando, por alguna razón, pasan a ser valorados por la comunidad²⁵. La necesidad de incrementar el uso de la energía eólica, como objetivo de política comunitaria y estatal, pasa por otorgar un valor económico al recurso eólico, incluso antes de que se materialice la implantación de la industria eólica sobre el terreno. Si necesitamos del viento para incrementar el uso de esta clase de energía y disminuir la utilización de otras más tradicionales y complejas, en beneficio de la comunidad y de quienes se dedican a este negocio, la consecuencia pasa por atribuirle una valoración económica repercutible en el terreno que la Administración ha delimitado como espacio apropiado para su aprovechamiento.

²⁵ A. REIG LLORET, «Análisis económico de los recursos naturales», *Multequina*, núm. 3, 1994, págs. 205-211.

2. Título que legitima su aprovechamiento

Se trata de analizar —en ausencia de norma expresa— si el dueño del terreno tiene sobre el espacio superior algún tipo de facultades que permitan concluir sobre su pertenencia y en virtud de qué título jurídico. La apropiación de este espacio cabría hacerla por accesión o por ocupación.

A) La accesión

La accesión es un derecho atribuido al dueño del suelo que le permite hacer suyo todo aquello que quede unido a dicho suelo, ya sea en forma natural o artificial. Presupone la unión de dos o más cosas de distintos dueños, de manera que una vez unidas constituyen un todo indivisible respecto del cual se aplica el principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal»²⁶. Desde esta concepción, el viento que discurre sobre el terreno no cabría apropiárselo por accesión dado que existirían dos inconvenientes. Primero, demostrar que el viento pertenece a propietario distinto al del terreno; ¿de quién sería entonces, de la comunidad o del Estado? Si fuera en concepto de dominio público, tampoco cabría su adquisición por ocupación. Segundo, el hecho de que el suelo y el viento no conforman un todo indivisible, ambos tienen su propia identidad.

Tampoco cabría defender que el viento sea una ocupación desvirtuada, a modo de *ius fruendi* del terreno, pues no es éste el que lo produce; muy distinto es considerar *ius fruendi* a los beneficios derivados de la transformación del viento en energía eólica, que provienen del esfuerzo inversor del promotor eólico y que pertenecen al dueño del aerogenerador, y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia de 7 de noviembre de 2001, al señalar: «el “*ius fruendi*” pertenece al dueño del aerogenerador pues... el suelo y el viento son milenarios y jamás produjeron energía eléctrica, de modo que la atribución del resultado fructífero, es decir la energía eléctrica producida, corresponde a la solución técnica incorporada al proceso industrial y en modo alguno al terreno que, en este caso, se constituye exclusivamente en la sustentación de los elementos configuradores del parque eólico».

²⁶ Así lo entiende J. KROEL, *Traité de droit international public aérien*, tomo I, París, Les éditions internationales, 1943, pág. 33. El aire —según él— es accesorio al territorio, inseparable de él y sometido, en consecuencia, al mismo régimen jurídico, sin que a esta soberanía en sentido vertical pueda oponérsele más límites que los que la propia naturaleza establece.

B) *La ocupación*

Este modo de adquisición de la propiedad permite apropiarse de las cosas que no pertenecen a nadie mediante la aprehensión material que el ocupante hace de ellas. Las cosas adquiridas susceptibles de ocupación son las *res nullius* (de nadie, sin dueño) o *derelictae* (abandonadas). Para que el viento pudiera ser apropiado por ocupación debería cumplir ambos requisitos.

En relación al primero de ellos, MARIENHOFF no duda en calificarlo de «cosa sin dueño, un bien sin sujeto. Constituye lo que los romanos llamaron “*res nullius*”, siendo susceptible como tal y dado su carácter de cosa mueble, de ser apropiado por el primer ocupante». Dicha consideración podría admitirse ya que, en definitiva, es una energía aprovechable por quien la disponga a su alcance para su propio beneficio, pudiendo potenciar o mitigar su intensidad, por lo que, de algún modo, el titular del suelo dispone de su uso dentro de su espacio. Así, por ejemplo, podemos comprobar cómo, hoy día, las ordenanzas locales autorizan la instalación de cortavientos en el espacio público para terrazas de uso hotelero previa autorización; el titular del espacio público, la Administración pública, es quien autoriza o deniega la implantación de estas instalaciones con el fin de mitigar el viento.

Desde el sector doctrinal y jurisprudencial coinciden en calificarlo de *res communes omnium*, y al implicar esta calificación su exclusión del tráfico jurídico se imposibilitaría su apropiación por ocupación.

En segundo lugar, exige del ocupante una actuación que presuma la intención de sujetar la cosa a su poder. En relación a este segundo requisito, quien dispone en su terreno de esta energía —el viento— no siempre realiza un acto de posesión sobre la misma; simplemente la disfruta o la soporta, sin perjuicio de que también pueda efectuar un uso particular que sí implique una sujeción a su poder; por ejemplo utilizarla para extraer agua. En cualquier caso, aunque no siempre la aproveche privativamente, sería suficiente la potencialidad de hacerlo para aceptar la referida sujeción como requisito para que se sea posible su ocupación.

Los inconvenientes de ambas instituciones para explicar la apropiación del viento por el titular del terreno de conformidad con los principios y requisitos que las definen, quedarían a salvo de entender 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 considera-

ción, ser valorado económicamente. En definitiva, una ocupación desde una formulación no tan clásica.

El plan eólico elaborado por la Administración, al delimitar las áreas donde los terrenos son aptos para el aprovechamiento eólico, posibilita un derecho privativo de explotación sobre el aprovechamiento del viento para uso industrial —que deja de ser de libre uso para el propietario del terreno y para terceros— a favor de quienes, conforme con los distintos procedimientos, soliciten y obtengan la autorización para hacerlo, procediéndose de esta manera a asignar derechos de aprovechamiento privado sobre la fuerza del viento. Esta expropiación del uso libre del viento al propietario del terreno a favor de los promotores de los parques eólicos debe traducirse en una valoración del mismo que repercuta en la indemnización final, pues, en definitiva, no sólo se le expropia el terreno, soporte de las instalaciones necesarias para la explotación industrial eólica, sino el libre uso del viento. Esta asignación al promotor eólico del aprovechamiento privativo de viento, mientras subsista la autorización para ello y el título que justifica la ocupación del terreno, debe convertirse para el titular del suelo y de cuantas utilidades existan sobre el mismo —también del viento— en una cuantía económica que le resarza de ambas privaciones²⁷.

IV. LA UTILIDAD PÚBLICA DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS

La utilidad pública o el interés social de las instalaciones eólicas obedecen a dos razones: primera, favorece el uso de las fuentes de energía renovables y, con ello, el uso racional de los recursos naturales; segunda, constituye una actividad regulada de la política y planificación energéticas. De esta manera, la implantación de la industria eólica para la generación de electricidad constituye un servicio público esencial, al contribuir a garantizar el suministro eléctrico general.

El artículo 52 de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico, señala: «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 expro-

²⁷ VÁZQUEZ MERÉNS y SIMÓN FERNÁNDEZ, «El fomento de la energía eólica en Galicia: una oportunidad perdida», *webs.uvigo.es/viiipe/pdf/SIMON-VAZQUEZ.pdf*, señalan que el modelo es plenamente privatizador, en el sentido de que asigna derechos de propiedad privada o, al menos, derechos privados de explotación sobre bienes y recursos con potencial eólico, habiéndose desaprovechado una oportunidad para la socialización de los beneficios.

piación 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»²⁸. La Ley realiza una declaración genérica de utilidad pública de las instalaciones eólicas para generación de electricidad, comportando dicha declaración la facultad expropiatoria al llevar implícita la necesidad de ocupación y su carácter urgente. El artículo 54, en este sentido, añade: «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 Expropiación Forzosa. 2. Igualmente, llevará implícita la autorización para el establecimiento o paso 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».

La existencia de una declaración genérica de utilidad pública hecha por ley no es suficiente para proceder a la expropiación de los bienes. La expropiación habrá de «concretarse» mediante resolución del órgano competente que autorice el uso eólico del terreno, que se emitirá —previa solicitud del interesado— cuando ésta sea la única vía de adquirir los terrenos necesarios para la implantación del parque eólico y no existan razones para denegarla. De proceder la concesión de esta resolución, la misma lleva aparejada la necesidad de ocupación de los bienes.

Precisamente, en esta línea de reclamar la declaración de la utilidad pública «específica» en cada caso concreto y las garantías inherentes a la misma, con independencia de que así pueda resultar de la aplicación de normas genéricas que regulan la actividad en cuestión, se pronuncia FUERTES LÓPEZ²⁹ al criticar cómo los legisladores han avanzado arrolladoramente «al engullir otros trámites minorando con ello las garantías previstas en la Ley. Tal es el caso de la declaración de la necesidad de ocupación o de la declaración de urgencia. Lo que según la Ley debía conseguirse de manera sucesiva a través de tres acuerdos independientes, con sus oportunos pasos, de manera expedita se aúnan en un “a tres por uno” para sorprender como si la Administración ac-

²⁸ Dicho precepto ha sido desarrollado reglamentariamente por RD 1955/1997, de 27 de noviembre. El artículo 140.3 del mismo establece como único requisito para la tramitación de la declaración en concreto de la utilidad pública la solicitud de la empresa, incluyendo una relación concreta e individualizada de los bienes y derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación.

²⁹ «¿Una nueva Ley de Expropiación forzosa?», www.aepda.es/AEPDAAdjunto-247, págs. 6 y ss.

tuara con gran celeridad y eficacia», «como en un salto acrobático de varios obstáculos», añadiendo que «si ya se presume que con un solo acuerdo se declara la utilidad pública, la necesidad de ocupación y la urgencia de una obra o instalación, asombra advertir el descaro al ignorar otras garantías mínimas de los ciudadanos como, por ejemplo, la falta de notificación de quedar afectado por una expropiación e, incluso, el clásico trámite de la información pública».

En completo acuerdo con estas afirmaciones, la genérica declaración de utilidad pública predicable de la industria eólica hecha por ley deberá concretarse en una resolución que justifique la misma para el concreto proyecto eólico, llevando aparejada la expropiación y ocupación de los terrenos sólo en aquellos casos en que su obtención no pueda lograrse por otros medios preferentes, como la negociación con sus propietarios, y en relación a aquellos bienes que resulten indispensables. Se trata, aquí también, de respetar y garantizar el principio de intervención mínima en la propiedad privada o de proporcionalidad en las actuaciones expropiatorias. En este sentido merece destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007, en la que se declara improcedente la expropiación para adquirir unos terrenos que ya estaban ocupados en virtud de un contrato de arrendamiento.

Antes de declarar que el proyecto eólico merece dicha calificación de utilidad pública a efectos expropiatorios debe valorarse si existen otros intereses prevalentes que impidan su adopción, así como la razón (motivación) que justifica la prevalencia, favorable o no, a la industria eólica. Lo reconoce el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 2011, donde afirma la necesidad de un juicio de contraste entre la utilidad pública representada por la implantación del parque eólico y el interés público implícito en los montes comunales en mano común, mediante informes técnicos que razonen esa prevalencia. La ausencia de este juicio de contraste, debidamente razonado, lleva al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 31 de enero de 2011, a obligar a la reposición del monte a su estado anterior por falta de motivación suficiente de la prevalencia de la utilidad pública de la explotación energética³⁰.

El hecho de que la industria eólica, al amparo de la Ley del Sector Eléctrico, vaya precedida de una genérica declaración de utilidad pública o interés social no implica la autorización de cuantos proyectos eólicos sean solicitados por los particulares, pues la Administración debe valorar el uso racional de todos los recursos implicados, el vien-

³⁰ Existen pronunciamientos en contra de esta declaración de prevalencia específica, justificando que la misma está implícita en la finalidad perseguida por el propio plan eólico (véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de abril de 2008).

to y también el suelo. Una sobreexplotación de terreno para la autorización masiva de parques eólicos contradice la declaración genérica de interés público de los mismos al no propiciar un aprovechamiento racional del uso industrial del viento. La referida utilidad pública o interés social ha de interpretarse en este caso restrictivamente, pues de lo contrario se estaría haciendo prevalecer el interés privado del promotor sobre la finalidad propia del uso del terreno, que no debemos olvidar cumple también una función social.

V. LA NECESIDAD DE OCUPACIÓN DEL SUELO PARA LA UBICACIÓN DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS TERRESTRES

Existe una relación inescindible ente industria eólica y el espacio físico donde ésta se localiza. El factor localización de la industria eólica es decisivo en la rentabilidad de la misma. En este caso, el factor localización no se basa, como señala WEBER³¹, en un criterio de cercanía a las materias primas para minimizar costes en la producción, sino que es el lugar donde esa materia prima se encuentra en su estado natural y el único que permite la explotación de la industria en cuestión. La existencia del recurso viento es imprescindible para la actividad eólica y el suelo o terreno sobre el que éste circula se convierte en soporte necesario de la actividad, pues el aerogenerador precisa del terreno para localizarse. Así parece entenderlo también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ya citada, de 7 de noviembre de 2001, al señalar que el terreno se constituye «en la sustentación de los elementos configuradores del parque eólico».

Hasta tal punto la existencia de un terreno con recurso eólico suficiente es importante que desde algún sector se esté propiciando la creación de una nueva categoría de «solar eólico». REGUEIRO y DOLDAN³² defienden esta categoría al señalar el valor intrínseco del terreno apto para la instalación del parque eólico previo a la aprobación del proyecto eólico y a la concesión de autorización de instalación, lo que demuestra —a su juicio— que no se trata de una plusvalía derivada de un proyecto de generación de energía eléctrica, y puntualizan 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

³¹ A. M. JIMÉNEZ BALLESTEROS, «Localización y deslocalización industrial», *Innovación y Experiencias Educativas*, núm. 15, 2009, pág. 5.

³² «Política sectorial de la energía eólica en Galicia. Participación social y comparación internacional», *Revista Galega de Economía*, vol. 19, 2010, págs. 15 y 16.

sobre terrenos que tienen este valor intrínseco y natural, pues no todos los terrenos son aptos para la industria eólica.

El terreno, además de soporte pasivo para los aerogeneradores sobre los que el viento actúa, debe reunir unas características de idoneidad para el emplazamiento, pues, como pone de relieve IZQUIERDO TOSCANO³³, «el relieve como su propio “acabado” superficial pueden producir notables variaciones en la fuerza y dirección del viento. La presencia de obstáculos tales como edificios, árboles, accidentes del terreno, etc. actúan a modo de “pantalla”, pudiendo provocar turbulencias muy perjudiciales para el correcto funcionamiento de los aerogeneradores. Por ello los emplazamientos más favorables suelen coincidir con cerros y colinas que dominan grandes extensiones de terrenos llanos y despejados, llanuras y mesetas despejadas, brechas de montañas y costas, la propia superficie de los océanos y mares, etc. Con todo, donde los accidentes del terreno se presentan en forma de vaguadas y depresiones paralelas a la dirección del viento, se puede producir un efecto de acompañamiento que genera una aceleración en el viento. De ahí que no se pueda establecer a priori la idoneidad de un emplazamiento concreto hasta la realización de campañas de mediciones específicas».

1. *Mecanismos de obtención del suelo para la implantación de la energía eólica*

Salvo que el propio propietario del suelo asuma la explotación del parque eólico, por dedicarse a ello, en cuyo caso no precisaría adquirir los terrenos pues ya le pertenecerían, los medios para obtener el terreno para la explotación de la industria eólica son variados y, en parte, están condicionados por la pertenencia del terreno a un particular o a la Administración pública, y en este último caso, por su naturaleza de dominio público o patrimoniales.

A) *Bienes de titularidad privada*

Los mecanismos más usuales de adquisición de terrenos para la implantación de parques eólicos pasan por la compraventa, el arrendamiento, la constitución de un derecho real de superficie, la creación de cooperativas y la expropiación.

³³ *Energía eólica y territorio*, Universidad de Sevilla, 2008.

— Mediante la compraventa, el comprador adquiere la propiedad del terreno eólico (cosa concreta y determinada) a cambio de una cantidad determinada llamada precio. Se adquieren en propiedad los terrenos del parque, realizando generalmente un único pago por la compra. Todo parece indicar que es el arrendamiento de los terrenos, y no la compraventa, la opción más habitual utilizada, pues son bastantes los propietarios no dispuestos a desprenderse de un bien legado por sus antepasados³⁴.

— El arrendamiento supone que ambas partes, arrendador y arrendatario, se obligan recíproca y temporalmente, el uno a permitir el uso o goce de una cosa (la disponibilidad del terreno) y el otro a pagar por este uso, goce o servicio un precio determinado (canon fijo —predeterminado o como porcentaje, un tanto por ciento del aprovechamiento anual de la totalidad de las instalaciones— o canon mixto —una parte fija y otra parte dependiendo de los beneficios al alza o la baja del negocio eólico—).

— El derecho de superficie implica la separación temporal entre el dominio de la actividad realizada sobre la superficie y el suelo en el que se efectúa y el derecho a utilizar el inmueble ajeno, impidiendo que el propietario de terreno se apropie de la actividad realizada en la superficie. El titular del terreno permitirá al promotor eólico la instalación del aerogenerador y de cuantas servidumbres se pacten a cambio de una contraprestación económica, normalmente de carácter fijo³⁵.

— El cooperativismo, por el que propietarios de terreno apto para esta industria lo aportan o lo adquieren para su explotación colectiva, admitiendo la aportación social de capital.

— La expropiación se constituye en un medio de adquisición coactiva de los terrenos para aquellos supuestos en los que no haya sido posible obtenerlos voluntariamente por acuerdo con sus propietarios.

B) *Bienes de titularidad administrativa*

Los mecanismos de adquisición de los terrenos son distintos, dependiendo de que sean terrenos de dominio público o de naturaleza patrimonial. Los terrenos ocupados en estos casos para ubicar los aerogeneradores son bienes localizados en un término municipal, normalmente de naturaleza rústica, si bien su titularidad puede pertenecer al Estado, a las Comunidades Autónomas o al municipio.

³⁴ www.portalsolar.com/noticias-energia-solar.html.

³⁵ Véanse las sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia de 3 de junio de 2008 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de septiembre de 2007.

En el supuesto de que los bienes sean de dominio público, la colocación de los aerogeneradores, al implicar un uso exclusivo del terreno para aprovechamiento eólico, precisará de una concesión como título legitimador de la ocupación. De conformidad con el artículo 93 de la LPAP, el otorgamiento de la concesión se efectuará en régimen de concurrencia, salvado el supuesto del artículo 137.4.c) que es aplicable al caso de la energía eólica. La ocupación conlleva el pago de contraprestación³⁶ o tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, cuantificándose de acuerdo con el apartado a) del artículo 24.1 de la del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

En el caso de que los aerogeneradores precisen situarse sobre terrenos de naturaleza patrimonial, la adquisición de estos terrenos puede realizarse por medio de cualquier negocio jurídico como los señalados más arriba, excluyéndose las cesiones gratuitas salvo que se realicen a favor de personas o entidades sin ánimo de lucro, por ejemplo una cooperativa local que quisiera dedicarse al negocio eólico. La adquisición coactiva, mediante expropiación, también será otra posibilidad.

2. *Elementos indemnizables en las expropiaciones eólicas a la luz de la jurisprudencia*

La instalación de un parque eólico implica unos usos sobre el terreno que se extienden: a) a la ocupación de pleno dominio del terreno con referencia a la explotación del mismo; b) a las zonas de servidumbres extensivas al espacio de colocación de los aerogeneradores y a las líneas de paso aéreas y subterráneas para evacuación de la electricidad y aledañas³⁷; c) a la ocupación temporal de terrenos u otros bienes instrumentales pero necesarios al desarrollo de la actividad.

Para el reconocimiento concreto de la utilidad pública de las instalaciones será necesario que el promotor presente una solicitud para

³⁶ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de septiembre de 2001, al referirse a dicha contraprestación, señala: «los artículos de la Ley de Montes, teniendo en consideración que es el empresario quien la recibe, establecen la facultad de este último para llegar a un acuerdo con el solicitante de la instalación, y sólo en caso de desacuerdo entre ambos, se resolvería el conflicto acudiendo a la Ley de Expropiación forzosa. Así en el artículo 22 de la Ley de Montes se establece que los beneficiarios de las ocupaciones quedarán obligados al abono de un canon anual en favor del dueño del monte y si el plazo fuera mayor; deberá abonar una indemnización y en el n.º 2 del mismo artículo se establece que en defecto de mutuo acuerdo, la determinación de la indemnización se fijará de acuerdo con las normas del justiprecio contenidas en la Ley de expropiación forzosa».

³⁷ Véase el artículo 56 de la Ley del Sector Eléctrico.

la ocupación y afecciones necesarias a la implantación del parque eólico, adjuntando la documentación relativa, entre otros extremos, a la relación concreta e individualizada de bienes y derechos de necesaria expropiación.

La Ley 54/1997, del Sector Público, remite a la legislación general sobre expropiación forzosa para la valoración de los elementos indemnizables. En consonancia, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, en el artículo 156 señala: «1. Efectuada la ocupación de la finca, se tramitará el expediente de expropiación e imposición de servidumbre en sus fases de justiprecio y pago, según la regulación establecida en la Ley de Expropiación Forzosa y sus normas de desarrollo. 2. La indemnización por el valor de los bienes y derechos a expropiar se determinará de conformidad con lo previsto en el capítulo III del Título II de la Ley de Expropiación Forzosa».

El suelo es uno de los posibles bienes indemnizables y su valoración se realizará con sujeción a los criterios delimitados en el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo, dictado de acuerdo con la disposición final segunda del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que autorizó al Gobierno para proceder, en el ámbito de sus atribuciones, al desarrollo de la citada Ley.

Para la valoración *ad hoc* del terreno se tiene en cuenta su clasificación, los bienes existentes en el mismo —susceptibles de individualización que tengan un valor económico— y las distintas afecciones que puedan sufrir como consecuencia de la actividad expropiatoria. Nuestro interés se centra en uno sólo: en determinar si el viento existente sobre el terreno ocupado se encuentra entre ellos y las razones a favor o en contra de esta posible valoración.

A) *El suelo rústico destinado a la industria eólica. Función social*

La declaración de suelo rústico³⁸ preserva a una parte del territorio de aprovechamiento alguno por parte del planeamiento, permitiendo

³⁸ La Exposición de Motivos del TR/2008 ya afirmaba cómo «el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada (...)», a lo que el Tribunal Constitucional añade la «trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2.º).

otros usos de naturaleza distinta al uso natural de aquél —agropecuario, forestal—, tal y como se encarga de detallar, en el artículo 10, el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo. Concretamente, uno de esos destinos lo constituyen las explotaciones industriales dedicadas a generar energía en tiempo real, como es el caso de las instalaciones de parques eólicos.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 20 de junio de 1997 y de 22 de junio de 1997, ha destacado la importancia de la clasificación y del destino del suelo rústico al señalar: «Existe, cuando menos, un supuesto en el que, en el momento de justipreciar los bienes, la clasificación del terreno como no urbanizable no impone necesariamente que haya de valorarse el terreno exclusivamente en función de su aprovechamiento agrario. Se trata de aquel en que de las determinaciones autorizadas por la norma sectorial y concretadas por el planeamiento que realiza la clasificación se desprende que le compete un uso específico de otro orden. *El destino del suelo no depende sólo del título que formalmente se le atribuya como no urbanizable —pues esta categorización no tiene más significado que el encaminado a preservarlo del proceso urbanizador, excluyéndolo de toda forma de propiedad urbana derivada de los usos constructivos o edificatorios característicos de este tipo de propiedad—, sino también de la determinación de los usos a los que con carácter sectorial puede ser orientado*».

La implantación de parques eólicos en suelo rústico cumple la función social de localizar en él industrias capaces de generar una energía más sostenible, pues sólo allí el viento existe en condiciones suficientes para transformarla en energía eléctrica. La concreción de ese destino por el propio plan eólico, con señalización de las zonas aptas para la localización de esta industria y con exclusión de las que no lo son, convierte a este suelo en un terreno con unas propiedades específicas cuya afectación a ese servicio colectivo habrá de evaluarse si merece una valoración económica en el justiprecio expropiatorio.

B) *Criterios de valoración del suelo*

Dado que los suelos más propicios para generar energía eólica son los de naturaleza rústica³⁹, por las condiciones naturales del terreno, vamos a detenernos en la problemática que plantea la valoración del suelo rústico para la implantación de la industria eólica a la luz de la le-

³⁹ Sin perjuicio de que ello también sea posible en otras clases de suelo, como sucede, por ejemplo, en el Plan Eólico de la Comunidad Valenciana, en el artículo 23.

gislación y de la aplicación que viene haciendo la jurisprudencia. Con la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, de 13 de abril, se establecía como método de valoración para el suelo rural el comparativo y, en defecto de éste, el de capitalización⁴⁰.

Con posterioridad, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, y el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, para su desarrollo, abandonan el método de comparación e imponen el método de capitalización⁴¹.

a) *El método de comparación*

Implica alcanzar para el bien un valor lo más próximo al mercado mediante la comparación de ese bien con otro similar, fruto de transacciones recientes o de la existencia de ofertas en firme. En la actualidad, este método ha sido relegado por la dificultad de encontrar un mercado de terrenos de condiciones análogas «en las características y en el tiempo» para cada operación expropiatoria, a lo que la jurisprudencia ha añadido otro inconveniente relativo al hecho de que en las compraventas puedan intervenir factores subjetivos, impulsos perso-

⁴⁰ El artículo 26 señala: «1. El valor de este suelo se determinará *por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas*. A estos efectos, la identidad de razón que justifique la analogía deberá tener en cuenta el régimen urbanístico, la situación, tamaño y naturaleza de las citadas fincas en relación con la que se valora, así como, en su caso, los usos y aprovechamientos de que sean susceptibles. 2. *Cuando por la inexistencia de valores compatibles no sea posible la aplicación del método indicado en el punto anterior, el valor del suelo no urbanizable se determinará mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo, y conforme a su estado en el momento de la valoración*».

⁴¹ El artículo 23 señala: «1. *Los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración*. La renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Incluirá, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo y se descontarán los costes necesarios para la explotación considerada. El valor del suelo rural así obtenido podrá ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, cuya aplicación y ponderación habrá de ser justificada en el correspondiente expediente de valoración, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan. a) Las edificaciones, construcciones e instalaciones, cuando deban valorarse con independencia del suelo, se tasarán por el método de coste de reposición según su estado y antigüedad en el momento al que deba entenderse referida la valoración. b) Las plantaciones y los sembrados preexistentes, así como las indemnizaciones por razón de arrendamientos rústicos u otros derechos, se tasarán con arreglo a los criterios de las Leyes de Expropiación Forzosa y de Arrendamientos Rústicos. 2. En ninguno de los casos previstos en el apartado anterior podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aun plenamente realizados».

nalísimos y reacciones imprevisibles que desfiguran su valor real (STS de 6 de mayo de 2002), por lo que el método referido resulta poco fiable. Pese a ello y dado que, en un primer momento, era el método preferente, las decisiones jurisprudenciales dictadas sobre expropiaciones eólicas lo emplean para determinar el justiprecio. Se indemniza en atención al valor del terreno en el momento de la expropiación, sin tener en cuenta la presencia del viento como un elemento valorable económicamente. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 22 de marzo de 2007, considera «desvirtuada la presunción de acierto del Jurado, *que debía haber seguido el método de comparación de fincas análogas* siguiendo las pautas marcadas por las compraventas aportadas por la parte actora, cuyo contenido ya hemos dicho no responde a lo que se viene entendiendo por convenios expropiatorios, interpretados, recordemos, de una forma restrictiva no sólo por la jurisprudencia ordinaria sino desde la propia doctrina constitucional (STC 155/2006 de 22 de mayo)... *O bien, en otro caso ofrecer razones que permitieran su rechazo* y aplicar el método de capitalización de rentas, que es el dispuesto subsidiariamente en el artículo 26 de la ley 1/98 de 13 de abril», y en sentencia de 26 de enero de 2011 señala «cómo la valoración conforme al método comparativo no impedía acudir, en el caso concreto, a compraventas de fincas rústicas en las que no se hubiere construido y que se vaya a construir un parque eólico, *no formando parte del derecho dominical de la parte actora los ingresos brutos por la venta de la energía producida; ... valorando el suelo expropiado incorporando, incorrectamente, rentas generadas por el parque eólico y de su aptitud para la producción eólica*».

b) *El método de capitalización*

Supone que la valoración se hará en atención al precio que el inversor estaría dispuesto a pagar al contado por la adquisición de un inmueble en función de las expectativas de rendimientos económicos de su explotación. Estamos ante un precio basado en el principio de anticipación⁴².

Conforme al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (Ley del Suelo), y el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, para su desarrollo, los terrenos rústicos se tasarán mediante el método de capitalización de la

⁴² Así lo señalan J. M. CAMPOS DAROCA y F. VIVAS PUIG, *Justiprecio y Expropiación forzosa*, Ed. Bosch, 2010, pág. 417, y V. ESCUIN PALOP, *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Thomson-Civitas, 2009, pág. 488.

renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración.

La aplicación del método de la capitalización para valorar el suelo rural podría introducir la novedad de posibilitar la valoración del viento como un elemento que aumenta el importe del justiprecio a través del concepto de renta potencial de la explotación, si bien la jurisprudencia habida hasta el momento se muestra reticente a ello, con alguna salvedad.

Mayoritariamente, la jurisprudencia se pronuncia en la línea del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recordando, a la hora de valorar fincas rústicas, que se *«examinen sólo aquellas rentas que resulten conformes con las que venía obteniendo la finca hasta la actuación expropiatoria, no con la infraestructura energética que se va a construir a raíz de dicha actuación expropiatoria. En el momento de la expropiación el aprovechamiento de la finca era forestal, no se encontraba cedida en arrendamiento para la explotación de infraestructuras energéticas y por tanto no cabe utilizar rentas de otros contratos de arrendamiento que no se encuentren en igual situación. Éste es el entorno normativo en que el legislador ha querido situar el método de capitalización»*⁴³.

No encuentra obstáculo en valorar las rentas —no agropecuarias o forestales— derivadas de explotaciones en curso o para las que existen proyectos ya autorizados, pero nunca lo permite respecto a las futuras o que constituyan meras expectativas. Razón por la que se muestra contraria a admitir un incremento del valor del justiprecio para el suelo en atención al uso energético o rentas potenciales eólicas que, en todo caso, serán generadas en el futuro pero que no constituyen la explotación del suelo en el momento de la valoración.

La jurisprudencia, proveniente principalmente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha sentado la doctrina sobre expropiaciones eólicas y no ha dudado en excluir al viento de valoración económica. Del análisis de la misma extraemos las siguientes afirmaciones:

— El viento es un bien de dominio público. Consecuentemente, no cabe indemnizar por él a quien lo tiene sobre su terreno; ello iría más allá de la cláusula de indemnidad contenida en el artículo 33 de la CE, pues se estaría indemnizando al particular por algo que no le pertenece en propiedad, que está fuera de su patrimonio⁴⁴.

⁴³ Sentencia de 29 de octubre de 2010.

⁴⁴ El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 22 de octubre de 2008, afirma: «entendemos, en una primera aproximación, que el viento que recibe una finca no tiene a efectos expropiatorios de un contenido patrimonial de cuya privación deba quedar

— El titular de los terrenos eólicos —por su aptitud para generar energía eólica— no tiene un derecho a que se instale sobre ellos un proyecto con esta finalidad. Al no admitir la existencia de derechos preexistentes, no existe el derecho a indemnizarle por la privación de algo que no está en el patrimonio⁴⁵. Este hecho, en nuestra opinión, no debe ser obstáculo para que los terrenos en donde sí se instalen los aerogeneradores sean valorados por su especial aptitud para la implantación de este tipo de industria, pues sin esta cualidad, con tecnología o sin ella, sería imposible el desarrollo de la industria eólica.

— Las rentas eólicas las genera el uso industrial del viento, pero no el viento por sí mismo, en su estado natural. Las rentas eólicas derivan del esfuerzo inversor de quien ejecuta el parque e introduce la tecnología necesaria para ello, y trasladar este activo al titular del suelo sería un enriquecimiento injusto para él, pues nada ha hecho para generarlos⁴⁶.

— El cambio de uso habitual —agropecuario, forestal o el que existiera— del suelo rústico a un uso «industrial para explotación eólica» no determina una transformación en la clasificación del suelo que con-

indemne el expropiado, es decir, no es algo de lo que se pueda disponer (comprar, vender). 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 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 más allá de los que autorizan los artículos 33 y 128 de la CE*».

⁴⁵ Así parece entenderlo el Tribunal Superior de Galicia, en sentencia de 6 de noviembre de 2007, al declarar que «los titulares dominicales de los terrenos no tienen un derecho preexistente e incondicionado a la instalación de aquella modalidad de aerogeneradores para producción de energía eléctrica, de modo que el resultado del proceso planificador y ejecutivo... puede significar para ellos la negativa pura y simple a que tales aerogeneradores se instalen en sus fincas. No por ello se les priva de un derecho inherente al terreno ni se vulneran los artículos 33.3 de la Constitución y 349 del Código Civil».

⁴⁶ El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 31 de octubre de 2007, afirma: «En consecuencia, las rentas derivadas de la producción de energía eólica en los terrenos expropiados no forman parte de las rentas que producen esas fincas que es en lo que se basa el método de capitalización, ni siquiera nos encontramos ante una expectativa de acuerdo con lo antes expuesto, sino ante una plusvalía que sufre el terreno expropiado y que nace de la obra que da lugar al procedimiento expropiatorio y que depende de que aquella se lleve a cabo y se realice conforme a lo autorizado previamente por la Administración (art. 14 del Decreto 302/2001) y no sea objeto de revocación, transmisión, anulación... y en consecuencia señala el Tribunal Supremo que el artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa prohíbe tener en cuenta para la fijación del justiprecio “los aumentos de valor lo mismo que el demérito que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que den lugar a la expropiación” (STS 11 de Noviembre de 1987), en cuanto “las plusvalías o minusvalías dependientes del proyecto de obras legitimador de la expropiación no pueden tenerse en cuenta para valorar los terrenos en las expropiaciones ordinarias” (SSTS de 9 de julio de 1994 y 23 de mayo de 1995 entre otras)».

lleve un plus indemnizatorio, pues su finalidad no es generar a favor de quienes sean sus propietarios facultades o aprovechamientos susceptibles de tener un contenido patrimonial⁴⁷. Para que esto fuera posible, antes de iniciarse el procedimiento de expropiación la finca expropiada debería haber estado dedicada, bien mediante contratos de superficie, de arriendo o de otro tipo, a la producción de energía eólica. En ese hipotético supuesto, ningún obstáculo existiría para tener en cuenta dicho aprovechamiento mediante la primaria aplicación del método de comparación y, subsidiariamente, el de capitalización de rentas.

— A efectos expropiatorios, no resulta valorable la privación del potencial eólico del propietario del terreno, pues dicho potencial es calificado de mera expectativa o especulación⁴⁸. Curiosa diferencia de trato respecto al criterio seguido para los propietarios de un terreno donde se encuentran minerales calificados como recursos clase A⁴⁹, incluso cuando éstos no hayan probado la existencia de una explotación actual ni de solicitud ya tramitada para hacerlo. Así lo reconoce el Tribunal Supremo, en sentencias de 1 de marzo de 2001 y 3 de mayo de 2011: «En el caso de autos ha de tomarse en consideración que “no estamos ante una explotación minera efectiva, respecto de la cual ni siquiera se ha iniciado trámite alguno que permita inducir la voluntad de llevar a cabo tal explotación”, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia citada se ha de concluir fijando el justiprecio de los derechos de explotación mi-

⁴⁷ El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 30 de marzo de 2012, nos lo recuerda, afirmando: «que un terreno se clasifique como rústico de especial protección de infraestructuras y sea objeto de desarrollo por un proyecto municipal sectorial no supone que los dueños sean acreedores de las plusvalías que se originen por la construcción en el terreno de la infraestructura de energía, parque eólico, sino que simplemente implica que en esos terrenos no se podrán llevar a cabo usos que dificulten la infraestructura energética».

⁴⁸ «En conclusión, señala el Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 9 noviembre de 2010, la interpretación que se viene haciendo del artículo 36 de la LEF niega que puedan incluirse en el justiprecio las plusvalías que pueda generar la construcción del parque eólico. Solamente podemos añadir que si la finca expropiada lo fuera para construir una carretera y no un futurible parque eólico, difícilmente creemos que los vientos que la misma recibe serían apreciables como un elemento a incorporar al justiprecio, y lo mismo cabe decir si la finca hubiera sido expropiada para realizar otra infraestructura o servicio público que no tenga por exclusivo objeto la obtención y aprovechamiento de la energía eólica. De hecho, pueden encontrarse ejemplos en que la existencia de vientos constantes no constituye una sobrevaloración sino lo contrario. Las razones que hemos apuntado nos conducen a rechazar la inclusión del denominado factor de localización en el justiprecio del suelo expropiado, por cuanto como hemos visto, dicho justiprecio no puede estar formado por las futuribles plusvalías o aprovechamientos que genere una instalación eólica... (En este sentido se pronunció la St. de 28 de octubre de 2009 dictada en el recurso 8384/2007 y se reiteró en las sentencias recaídas en los Recursos 11695, 11696 y 11699/2007 referidas al mismo parque eólico de Lalín) por lo que aplicando idéntico criterio en el presente caso se impone la íntegra desestimación de este motivo de impugnación».

⁴⁹ Una crítica a esta posición jurisprudencial en E. MOREU CARBONELL, «Expropiación de fincas con yacimientos mineros (Comentario a la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de marzo de 1997)», num. 146 de esta REVISTA, 1998, págs. 207 y ss.

nera en un 10% del valor potencial de los beneficios netos de la explotación». En estos casos, la jurisprudencia valora la existencia del mineral, con independencia de que el titular del terreno decida aprovecharlo o no, como un activo a tener en cuenta en el justiprecio⁵⁰.

VI. EL VIENTO COMO VALOR ECONÓMICO Y SU VALORACIÓN EN EL JUSTIPRECIO EXPROPIATORIO

1. *La especial aptitud del terreno por la presencia del viento como valor económico y su incorporación en la fijación del justiprecio*

Señalan algunos estudios⁵¹ que «la potencialidad energética de los solares eólicos se descubre en la propia vegetación. Desde tiempos inmemoriales, la fuerza de los vientos predominantes en cada zona ha provocado una inclinación inusual de los matorrales en la dirección de esos vientos, lo que ha determinado también un valor forestal bajo, pues no crecen los árboles en la zona, pero también un valor eólico alto. Otra prueba palpable del valor del solar eólico se encuentra en las mediciones de la fuerza del viento que han hecho las promotoras sobre el terreno. Los datos recogidos demuestran la potencialidad eólica del lugar y su futura rentabilidad económica, que es el momento en el que la empresa se anima a desarrollar el proyecto. Cualquier terreno no tendría este valor si el viento que sopla en él no reúne las condiciones de rentabilidad y viabilidad de cualquier proyecto de generación eólica. Son sólo esos escasos terrenos los que desde siempre atesoran esa potencialidad que los convierte en terrenos estratégicos». Como ya indicamos, la selección del emplazamiento constituye uno de los aspectos fundamentales para la rentabilidad de los proyectos eólicos.

Cabe recordar también cómo el suelo es «la materia prima a transformar, sobre la que intervenir y del que *ciertas características naturales propias* —orografía, geología, vegetación, zoología, etc.— tanto *podrán ser* destruidas, incorporadas, como preservadas de aquella transformación», además de ser «elemento que genera y a la vez recibe, riqueza. *El factor que acaba patrimonializando a favor de los bienes que pueda llegar a contener y explotar sus valores intrínsecos como por ejemplo la dimensión, situación, y los privilegios medioambientales*

⁵⁰ M. ALCÁZAR MOLINA, *Procedimiento expropiatorio y cálculo del justiprecio de bienes inmuebles*, Delta Publicaciones, 2012, y J. M. CAMPOS DAROCA y F. VIVAS PUIG, *Valoraciones, tratamiento procesal, sustantivo y tributario*, Ed. Bosch, 2010.

⁵¹ J. A. DIÉGUEZ OTERO, *Simposio sobre recursos energéticos de la biomasa y del viento. Sector eólico y desarrollo rural: Asignatura pendiente*, UNED, mayo 2009, pág. 9.

existentes como vistas, calidad y diversidad biológica»⁵², y, en nuestra opinión, la especial aptitud del terreno por la presencia del viento como parte de esa enumeración inconclusa. Por lo que este valor del terreno que le confiere el uso eólico también debe patrimonializarse.

No todos los terrenos pueden albergar parques eólicos⁵³. La rentabilidad del suelo, soporte de los aerogeneradores, la proporciona el viento que circula sobre él, aunque para ello se precise incorporar la tecnología adecuada para su explotación. Nadie negará que, para una empresa cementera o envasadora de agua, la existencia en el terreno de recursos naturales concretos (caudal de agua o con propiedades específicas, arenas calizas) constituirá el *leit motiv* de su interés por ese terreno y que, por esta circunstancia, estará dispuesta a pagar más por el mismo⁵⁴. Nada obsta a que quien pretenda utilizar el viento industrialmente pague por ello; que el viento sobre el terreno eleva su precio queda puesto de manifiesto en el Derecho comparado⁵⁵.

La inclusión de valor del viento en el importe del justiprecio que recibe el propietario expropiado cabría hacerlo como renta potencial o como factor de localización.

A) *El concepto de renta potencial y su aplicación al viento*

Cuando la Administración expropia para obtener terrenos debe tener presente la existencia de un mercado de terrenos aptos para el aprovechamiento eólico, pues precisamente la delimitación y la localización de los terrenos idóneos para tal fin hechas por la Administración por medio del plan eólico propician la aparición de un mercado de arrendamientos o compraventas que posibilita admitir la existencia de unas rentas potenciales eólicas⁵⁶.

⁵² ALEGRET BURGUEÉS y CABRÉ I PUIG, «Valorar el suelo de forma sostenible», *ACE*©, año II, núm. 6, febrero 2008.

⁵³ REGUEIRO FERREIRA y DOLDÁN GARCÍA, *ob. cit.*, señalan que «aun cuando el recurso eólico *per se* no está “en el terreno” del parque eólico, sino que está “sobre él”, la localización es indispensable para la explotación eólica».

⁵⁴ Incluso existen decisiones jurisprudenciales que valoran estas circunstancias en caso de expropiación. Concretamente, el Tribunal Supremo, en auto de 15 de marzo de 1991 y sentencias de 11 de marzo de 1985, 9 de junio de 1980 y 22 de noviembre de 1992, rectifica el importe del justiprecio para valorar adecuadamente conceptos tales como: la riqueza turística por la zona de situación, la existencia de arcillas en el terreno para explotación industrial, la existencia de caudal de agua en el terreno por la explotación del volumen hídrico, el mineral existente incluso en el supuesto de potencial aprovechamiento.

⁵⁵ Véase la información sobre Dinamarca y Holanda proporcionada por el estudio de REGUEIRO FERREIRA y DOLDÁN GARCÍA, *ob. cit.*

⁵⁶ El Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de octubre de 2006, destaca la caracterización primaria de la facultad de ocupar el territorio para la implementación de parques eólicos como «función pública de ordenación del territorio», de la que extrae dos consecuencias: primera,

De acuerdo con los artículos 7 y 8 del Reglamento de Valoraciones, los terrenos en situación de rural «se valorarán mediante la capitalización de la renta anual real o *potencial de la explotación* calculada de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de este Reglamento, según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración y adoptándose la que sea superior». Se entenderá por renta potencial «aquella que pueda ser atribuible a la explotación del suelo rural de acuerdo con los usos y actividades más probables de que sean susceptibles los terrenos, de conformidad con la legislación y normativa que les sea de aplicación, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Para la identificación de tales usos y actividades deberán considerarse como referentes estadísticamente significativos la existencia y viabilidad de los mismos en su ámbito territorial o, en su defecto, justificarse sobre la base de un estudio económico de viabilidad de la explotación y acreditar la obtención de los títulos habilitantes necesarios para su implantación de acuerdo con la legislación aplicable».

No serán rentas eólicas potenciales las generadas por la explotación industrial del viento y que pertenecen al promotor, por ser quien, con su esfuerzo, las genera. Por ello estimamos correcta la doctrina jurisprudencial que las excluye al determinar el justiprecio expropiatorio, pues, en definitiva, constituyen plusvalías derivadas del concreto proyecto de implantación del parque eólico llevado a cabo por el promotor, del que en ningún caso puede beneficiarse el titular del terreno, tal y como lo prohíbe el artículo 36 LEF. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 9 noviembre de 2010, no ha dudado en considerar: «Sin la existencia de la obra que justifica la expropiación, nos encontraríamos con que a efectos de justiprecio sería indiferente que el terreno expropiado reciba vientos constantes, ya que al no poder transformarlos en energía, ninguna virtualidad patrimonial o económica tendría esa hipotética cualidad eólica, porque no podría materializarse. En nuestra opinión, la aptitud de una finca para producir energía eólica, aisladamente considerada, solamente puede ser entendida como una plusvalía que se genera con motivo de la obra que da lugar al procedimiento expropiatorio y que depende de que aquella se

los particulares disponen de la facultad de ocupar el territorio con el objeto de promover la construcción y explotación de parques eólicos sometido a un régimen jurídico de autorización administrativa; segunda, la autoridad administrativa competente para autorizar la instalación de parques eólicos debe atender, entre otros criterios, de forma prevalente al «uso racional del suelo», de modo que el asentamiento de estas instalaciones de producción de energía eléctrica sea compatible con el desarrollo armónico y sostenible del territorio, que permita promover el desarrollo de las condiciones socioeconómicas de los habitantes de los núcleos de población afectados y sus medios tradicionales de vida, con la preservación de intereses medioambientales y de conservación de la flora y fauna.

lleve a cabo y se realice conforme a lo autorizado previamente por la Administración».

En cambio, sí constituirían rentas eólicas potenciales las derivadas del aumento del valor del terreno por afectación del plan eólico a un nuevo uso para aprovechamiento eólico. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 13 de enero de 2012, afirma: *«por lo que lo determinante de dicho informe no son las consideraciones referidas a la potencialidad del terreno para la producción de energía eléctrica, sino que precisamente por su localización se genera un mercado de arrendamiento de los terrenos, que determina que se pueda hablar de unas rentas potenciales, que es precisamente lo que se ha de tener en cuenta para valorar el suelo conforme establece el artículo 23 del TRLS»*, y el Tribunal Supremo, con anterioridad, en sentencia de 16 de julio de 1997, entre otras, ya precisó la necesidad de valorar el suelo por los usos a los que con carácter sectorial pueda ser destinado.

Esta interpretación deberá superar dos obstáculos. El primero, delimitar el alcance del artículo 36.1 LEF cuando prohíbe «las plusvalías consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro». En nuestra opinión, quedan excluidas las plusvalías derivadas del específico proyecto de ejecución del parque eólico presentado por el promotor, pero no el incremento de valor de los terrenos generado por el plan eólico, al afectarlos a la industria eólica y al delimitar restringidamente las áreas para ello, con exclusión de las demás.

El segundo deriva de que la jurisprudencia refiere el valor de los terrenos a la explotación «existente» o a «otra ya desplegada» en la zona, pero excluye la valoración de explotaciones previsibles aunque todavía no implantadas. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de junio de 2005, al señalar: «la renta ha de estar referida al tipo de explotación que efectivamente se lleve a cabo en la finca expropiada, y no la que se podría obtener con una explotación adecuada o la que habitualmente se da en la zona respecto a fincas de características similares. Es decir, aunque en la valoración se permite tener en cuenta la potencialidad dada al suelo expropiado, ello no permite atribuir a la explotación una renta derivada de un cultivo que, pese a que fuera posible que existiera, no se da en el momento de realizar la tasación».

Quizás por ello, debiera reconsiderarse esta línea jurisprudencial y permitir interpretar que cuando la normativa exige que *«para la identificación de tales usos y actividades deberán considerarse como referentes estadísticamente significativos la existencia y viabilidad de los mismos en su ámbito territorial o, en su defecto, justificarse sobre la base de un*

estudio económico de viabilidad de la explotación», la existencia del plan eólico que identifica el uso eólico sobre concretos espacios sea suficiente justificación para dotar a estos terrenos del referido valor como renta potencial.

Cuando la Ley del Suelo y su Reglamento de desarrollo admiten, para el suelo rústico, otros usos distintos a los «propios» de la tierra, le reconocen una función económica nueva que debe repercutir en su adecuada valoración⁵⁷; si a ello añadimos que esos terrenos, con esa especial aptitud, sólo existen en unos concretos espacios geográficos y que la Administración delimita cuáles son esos espacios, restringiendo el aprovechamiento industrial del viento a los mismos, mayor razón para incrementar su precio.

B) *El factor de localización y su aplicación al viento*

El viento es materia prima necesaria para su posible transformación en electricidad, lo que hace del terreno donde aquél se encuentra en cantidad suficiente un espacio geográfico singular y estratégico⁵⁸, y, en este sentido, esa especial aptitud del terreno constituye un «factor de localización».

El artículo 22 de la Ley del Suelo dispone que el valor del suelo rural podrá ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, cuya aplicación y ponderación habrán de ser justificadas en el correspondiente expediente de valoración, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan. El Reglamento de desarrollo menciona estos tres criterios como únicos factores de localización, restringiendo la redacción de la Ley, que al utilizar la expresión «como» lleva a cabo una ejemplificación no agotadora.

Podría interpretarse que la especial aptitud del terreno constituye un nuevo factor de localización, añadido a los mencionados expresa-

⁵⁷ J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, 2009, pág. 402, señala en este mismo sentido: «Dicho de otro modo, que la renta real o potencial sea la agraria, forestal o ganadera, no excluye que se pueda utilizar para la valoración otros usos de que sea susceptible la finca en el entorno o, en casos muy concretos, el hecho mismo de la localización». También, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?», en VV.AA., *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público*, Sevilla, 2009, pág. 61

⁵⁸ Véase B. GÓMEZ MARTÍN, «La relación clima-turismo: consideraciones básicas en los fundamentos teóricos y prácticos», *Investigaciones Geográficas*, núm. 21, 1999, págs. 21-34.

mente en la Ley, por el que también pueda incrementarse el precio del terreno en un porcentaje. Sin embargo, esta posición es rechazada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la ya citada sentencia de 30 de julio de 2010, donde se afirma que la aptitud del terreno para ser aprovechado para la generación de la energía eólica no constituye un factor de localización a tener en cuenta para incrementar el justiprecio, refiriéndose a él como «concepto abstracto que carece por sí mismo de virtualidad como elemento a tener en cuenta a la hora de fijar el justiprecio de una finca». En cambio, curiosamente, la jurisprudencia sí es favorable a indemnizar al titular de un terreno cuando, como consecuencia de la instalación de aerogeneradores en terrenos colindantes, el viento de su terreno pierde sus cualidades para producir electricidad por sombra eólica, «porque el viento ya aprovechado pierde su potencia y cualidad energética y ello significa una limitación de futuros aprovechamientos del predio en cuanto a la posibilidad de instalación allí de un parque eólico»⁵⁹. Esta posible indemnización muestra cómo el viento tiene un valor para el propietario del terreno.

La posibilidad de que la especial aptitud del terreno para el proyecto a ejecutar, mediante la expropiación, sea valorada en el justiprecio está presente en el trabajo de MUÑOZ GUIJOSA⁶⁰ al analizar la *special suitability* —Sección 5 (3) de la *Land Compensation Act 1961*—. La *special suitability* hace referencia a «la especial aptitud del terreno expropiado, independientemente del ejercicio por la autoridad expropiante de sus potestades normativamente conferidas, para acoger el uso a que se vaya a destinar tras su expropiación; esta cualidad intrínseca del terreno se dirá, si debe ser un elemento a tener en cuenta y valorar a efectos de cálculo del justiprecio expropiatorio». En el Derecho inglés, esta especial aptitud se predica del terreno en sí y no de los elementos que pueda incorporar (p. ej., canteras, aguas, minerales); es una aptitud intrínsecamente excepcional inexistente en cualquier otro de su misma naturaleza. Esa especial aptitud para permitir el uso definido en el proyecto de expropiación —señala la autora— requiere que pueda lograrse más allá de las potestades normativamente conferidas (*statutory powers*) y de la existencia de un mercado efectivo interesado en el terreno, al margen del interés del expropiante⁶¹.

Interpretación que, salvando las diferencias entre la normativa inglesa y la nuestra, podría extrapolarse a los terrenos aptos para el aprovechamiento eólico, en la medida en que su especial aptitud resulta

⁵⁹ Sentencia, ya citada, de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de diciembre de 2006.

⁶⁰ «El problema de la valoración del suelo: el modelo inglés», monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 15, 2007.

⁶¹ *Ob. cit.*, págs. 78 a 82.

imprescindible para la implantación de esta energía renovable, con independencia de que la obtención de estos terrenos pueda realizarse también por medios no coactivos y de que exista una creciente demanda de los mismos dada su singularidad; precisamente la implantación masiva de la industria eólica puede acarrear a la larga una disminución de esta clase de terrenos que, en palabras de la jurisprudencia, podría llegar a «a agotar el uso industrial del viento»⁶².

Entendida desde esta perspectiva, la existencia de viento hace del terreno un suelo con unas características especiales que permiten el aprovechamiento del recurso eólico, lo que lo convierte en un espacio con unos valores intrínsecos merecedores de un incremento de su precio.

⁶² Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en sentencia de 8 de julio de 2011.

