

RADEHM

REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA



► RADEHM • Número 21 • Mayo - Julio • 2019 ◀

DOCTRINA

∞ RUEDA, Pablo y LENZI, Franco: El almacenamiento de gas natural: una actividad con gran potencial a partir del retomo a la racionalidad económica en materia energética. Las concesiones de explotación de hidrocarburos como títulos aptos para la realización de actividad de almacenaje de gas natural.

∞ MARTÍNEZ DE HOZ, José A. (h.) y BLANCO, Marcos: "Project finance" y energías renovables.

∞ BONETTO, Sebastián; DELBON, Gustavo D. y PASSINI, Fernando A.: Mecanismos de determinación de precios del gas natural en la Argentina.

∞ VILLEGAS MORENO, José Luis: Transición energética en América Latina: ¿una opción postergada?

∞ PINTO OLIVEROS, Sheraldine y COLMÉTER, Ricardo: Licitaciones para la ejecución de actividades de exploración y/o producción de hidrocarburos en Brasil y Colombia.

∞ KOKKE, Marcelo: Fuentes radioactivas de energía e licenciamiento ambiental.

∞ FILIPPINI, Juan Pablo: Generación eólica: el riesgo tierra.

ENSAYOS

∞ PERA, Arturo: "Unitización" de yacimientos.

ISSN: 2382-3187



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

GENERACIÓN EÓLICA: EL RIESGO TIERRA*

Análisis de los aspectos jurídicos y financieros del impacto de la tierra en un proyecto eólico de generación de energía eléctrica

WIND GENERATION: THE LAND RISK

Study of the legal and financial matters of the land that may be taken into consideration by developing a wind generation project

Por **JUAN PABLO FILIPPINI****

Resumen: El presente trabajo procura realizar un primer análisis acerca de las implicancias jurídicas y financieras que representa el riesgo tierra en el desarrollo de un proyecto eólico de generación de energía eléctrica.

Palabras clave: Energías renovables, tierra, financiamiento, desarrollo de proyectos, mitigación de riesgos.

Abstract: The main purpose of this paper is to introduce a preliminary study of both legal and financial implications related to the land risk regarding the development of a wind generation project.

Key words: Renewable energies, land, funding, project development, risk mitigation.

§ 1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE DEL TRABAJO

En este trabajo me propongo, desde un enfoque práctico, analizar la relevancia jurídica y financiera de contar con un derecho que garantice la disponibilidad de la tierra sobre la cual se desarrollará, construirá y operará un proyecto eólico de generación de energía eléctrica de gran escala.

De este modo, no realizaré un desarrollo teórico acerca de los diferentes instrumentos jurídicos disponibles para acreditar la disponibilidad de la tierra

* Recibido:31/1/2019. Aceptado: 8/5/2019.

** Abogado (UDESA, 2018). Actualmente se desempeña como asociado en el Departamento de Energía, Recursos Naturales y Derecho Administrativo del estudio Tavarone, Rovelli, Salim & Miani. Correo electrónico: juan.pablo.filippini@trsym.com.

ni estudiaré cada uno de sus elementos, sino que más bien procuro *i*) exponer una serie de implicancias prácticas relacionadas con la elección del inmueble, y *ii*) proponer posibles mecanismos orientados a mitigar tales implicancias.

Respecto del análisis de la relevancia jurídica de los derechos disponibles para acreditar la disponibilidad de la tierra, prestaré especial atención a los requisitos previstos en la documentación licitatoria del Programa RenovAr¹, por un lado, y a las condiciones de inscripción en el Registro Nacional de Proyectos de Generación de Energía Eléctrica de Fuentes Renovables (el RENPER)², inscripción necesaria para que los proyectos de generación, cogeneración y autogeneración de fuentes renovables en general y eólica en particular se desarrollen en el Sistema Argentino de Interconexión (SADI), por el otro lado.

En cuanto a la relevancia financiera, este trabajo buscará brindar una primera aproximación acerca de cuál de los instrumentos jurídicos reconocidos para acreditar la disponibilidad de la tierra, en el marco del Programa RenovAr y del RENPER, resulta más atractivo para el desarrollo de una actividad de capital intensivo, como lo es la generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, donde el acceso a financiamiento de largo plazo se vuelve fundamental.

Para lograr el objetivo propuesto, se presentarán los diferentes instrumentos jurídicos reconocidos para acreditar la disponibilidad de la tierra y cómo su elección debería realizarse tomando en consideración las características propias de cada uno de ellos a fin de mitigar la mayor cantidad de riesgos al menor costo posible. Asimismo, y por las razones que expondré a lo largo del presente, dentro de todos los instrumentos reconocidos para acreditar la disponibilidad de la tierra, me limitaré a analizar el derecho real de usufructo y el derecho real de superficie, por considerar que son los dos instrumentos jurídicos que mejor se adaptan a los requisitos y necesidades relativos al desarrollo de un proyecto eólico de generación. También quedarán excluidas del presente trabajo las tierras fiscales, siendo únicamente analizadas las alternativas disponibles para acreditar la disponibilidad de tierras pertenecientes a sujetos. Ello en tanto que, en virtud del artículo 121 de la Constitución nacional, cada provincia debe legislar acerca de los bienes que se encuentran ubicados dentro de su territorio. Por ello, para un adecuado estudio acerca de los instrumentos jurídicos que mejor se adaptan a cada situación, sería necesario analizar la legislación correspondiente a cada una de las provincias argentinas, tarea que no es objeto del presente.

De este modo, y en cuanto al llamado “riesgo tierra” que cualquier proyecto de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables debe afrontar, este trabajo tomará en consideración los siguientes desafíos que aumentan la exposición del proyecto: *i*) coexistencia de actividades y/o

¹ Resolución MinEM 136/2016 (B.O. 26/7/2016); resolución MinEM 252/2016 (B.O. 31/10/2016); resolución MinEM 275/2017 (B.O. 17/8/2017).

² Creado por la resolución MinEM 281/2017 (B.O. 22/8/2017).

derechos sobre la tierra; *ii*) limitaciones a la tenencia de tierras por parte de personas extranjeras; *iii*) limitaciones geográficas para la adquisición de tierras, y *iv*) costos registrales relacionados con la instrumentalización del derecho elegido.

El análisis propuesto surge como consecuencia del actual auge de las energías renovables en la Argentina y del reconocido éxito del Programa RenovAr. En tal contexto, hay una serie de riesgos que han sido diligentemente mitigados por la estructura de RenovAr para facilitar el acceso al financiamiento necesario. En este sentido, el contrato de abastecimiento modelo del Programa RenovAr³ se destaca por procurar mitigar una serie de riesgos característicos de un contrato a largo plazo celebrado en Argentina, especialmente el riesgo soberano. Así, prevé un precio base fijo en dólares por todo su período de vigencia, la dispensa de las obligaciones del generador ante un evento de fuerza mayor, un procedimiento arbitral como mecanismo de resolución de controversias y la celebración del acuerdo de adhesión FODER, entre otras cuestiones.

En este contexto, el presente trabajo analizará el riesgo relacionado con la disponibilidad de la tierra sobre la que se desarrolla un proyecto eólico de generación de energía eléctrica, y los diferentes instrumentos disponibles para su mitigación.

Las conclusiones alcanzadas por medio de este trabajo están orientadas a ofrecer una primera aproximación a lo que constituye el riesgo tierra en este tipo de proyectos y brindar propuestas prácticas para su mitigación, procurando incentivar, en adelante, un desarrollo más profundo sobre la materia.

§ 2. CONTEXTO

a) *MARCO NORMATIVO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES*. — En 2006, el Congreso Nacional dictó la ley 26190⁴, que aprobó el Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía Destinadas a la Producción de Energía Eléctrica (en adelante, el “Régimen de Fomento”). Como es sabido, el objeto del Régimen de Fomento fue declarar de interés nacional la generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes renovables. En tal sentido, se estableció como objetivo del Régimen de Fomento alcanzar una contribución del 8 % por parte de las energías renovables en el consumo eléctrico nacional, objetivo que debía alcanzarse en el plazo de diez años desde la entrada en vigencia de la norma. Finalmente, la norma instituyó, por un plazo de diez años, un régimen de inversiones destinado a la construcción de nuevas obras de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables.

³ El contrato de abastecimiento de energía eléctrica de fuentes renovables modelo se encuentra adjunto a los sucesivos pliegos de bases y condiciones aprobados por la resolución MinEM 136/2016 (B.O. 26/7/2016); la resolución MinEM 252/2016 (B.O. 31/10/2016) y la resolución MinEM 275/2017 (B.O. 17/8/2017).

⁴ Ley 26190 (B.O. 2/1/2007).

Posteriormente, en 2015, el Congreso de la Nación dictó la ley 27191⁵, con el fin de modificar y ampliar ciertos aspectos de la ley 26190.

De este modo, se estableció el 31 de diciembre de 2017 como nueva fecha de cumplimiento de la obligación de alcanzar una contribución igual o mayor al ocho por ciento (8 %) de energía eléctrica proveniente de fuentes renovables. A su vez, se introdujo un segundo período al Régimen de Fomento, estableciendo como objetivo de consumo de este segundo período “lograr una contribución de las fuentes renovables de energía hasta alcanzar el veinte por ciento (20 %) del consumo de energía eléctrica nacional, al 31 de diciembre de 2025”⁶.

Adicionalmente, la norma impuso a los grandes usuarios del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y a las grandes demandas, con demandas de potencia iguales o mayores a trescientos kilovatios (300 kW)⁷, el cumplimiento de las nuevas metas de consumo del Régimen de Fomento de manera especial e individual.

Por otra parte, se concedieron una serie de ventajas impositivas, en carácter de beneficios promocionales, para los titulares de inversiones y concesionarios de obras nuevas de producción de energía eléctrica generada a partir de fuentes de energía renovables.

Finalmente, por medio de la ley 27191 se creó el Fondo para el Desarrollo de Energías Renovables (FODER), un fondo fiduciario público destinado a viabilizar la adquisición e instalación de bienes de capital o la fabricación de bienes u obras de infraestructura en el marco de la ley 26190, ampliada y modificada por la ley 27191.

En 2016, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 531/2016⁸, por medio del cual reglamentó tanto la ley 26190, modificada y ampliada por la ley 27191, como el capítulo II correspondiente a la ley 27191.

Entre otras cuestiones, el decreto dispuso la posibilidad de que los grandes usuarios del MEM y las grandes demandas cumplan con la obligación prevista en el Régimen de Fomento a través de tres maneras diferentes. La primera de ellas es la contratación individual de energía eléctrica proveniente de fuentes renovables. La segunda manera es a partir de la autogeneración o cogeneración de energía eléctrica de fuentes renovables. La tercera, mediante la posibilidad de participar en el mecanismo de compras conjuntas desarrollado por CAMMESA.

En este sentido, a fin de que CAMMESA cuente con la posibilidad de abastecer el consumo de aquellos sujetos que opten por participar en el mecanismo de compras conjunta, como así también el abastecimiento de los consumos no susceptibles de ser contractualizados, el decreto la autorizó a convocar “a una licitación pública con el objeto de celebrar los Contratos de Abastecimiento de Energía Eléctrica proveniente de fuentes renovables

⁵ Ley 27191 (B.O. 21/10/2015).

⁶ Artículo 5°, ley 27191.

⁷ Artículo 9°, ley 27191.

⁸ Decreto 531/2016 (B.O. 31/3/2016).

necesarios para abastecer a la demanda de grandes usuarios que quedaron incluidos en el mecanismo de compra conjunta”⁹, facultad que derivó en el Programa RenovAr.

Por otro lado, para que se celebren contratos individuales, fue necesario crear un nuevo mercado específico para la contratación de energía eléctrica entre privados, ya que el mercado a término del MEM se encuentra suspendido desde 2013 en virtud de la resolución 95 de la Secretaría de Energía¹⁰. Para ello, el entonces Ministerio de Energía de la Nación dictó la resolución 281/2017¹¹, por la que se aprobó el Régimen del Mercado a Término de Energía Eléctrica de Fuente Renovable (MATER). Asimismo, la norma creó el RENPER, registro de inscripción obligatoria para actuar en el SADI.

En este marco, se adjudicaron proyectos de generación por una potencia total de 4,47 GW¹² a través del Programa RenovAr¹³, proyectos por una potencia total de 500 MW¹⁴ a través de la resolución 202/2016¹⁵; y se asignó con prioridad de despacho, es decir, se concedió una preferencia para la inyección de la energía eléctrica producida¹⁶, a otros proyectos, por una potencia de 1,16 GW¹⁷ para operar en el MATER.

b) *EL DERECHO SOBRE LA TIERRA Y LOS PROYECTOS DE ENERGÍAS RENOVABLES.* — El desarrollo de un proyecto de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables en general, y eólica en particular, además de contar con permisos y autorizaciones otorgadas por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales y concesionarios de servicios públicos, requiere que su titular posea un derecho sobre el terreno elegido para emplazarlo a los efectos de asegurar su disponibilidad durante todo el plazo de construcción y operación del proyecto.

En ese sentido, los pliegos de bases y condiciones (los “Pliegos”) de las diferentes rondas del Programa RenovAr exigieron, para la admisibilidad de las ofertas presentadas, que los oferentes acreditaran la disponibilidad del inmueble donde pretendían instalar su central de generación. En el mismo sentido, uno de los requisitos para obtener la inscripción en el RENPER es la declaración del instrumento jurídico que posee el titular del proyecto y que le garantizará la disponibilidad de la tierra durante toda la vida del proyecto.

⁹ Artículo 9°, inciso 5, apartado viii del decreto 531/2016.

¹⁰ Resolución 95/2013 (B.O. 26/3/2013).

¹¹ Resolución 281/2017 (B.O. 22/8/2017).

¹² MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (2017c).

¹³ Ello sin tener en cuenta la potencia que será adjudicada como consecuencia de la Ronda 3 del Programa RenovAr – MiniRen que, en el momento de la redacción de este trabajo, se encuentra en pleno proceso licitatorio.

¹⁴ COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO S.A. (2018b) p. 7.

¹⁵ Resolución MinEM 202/2016 (B.O. 29/9/2016).

¹⁶ Para un análisis más profundo acerca del concepto y la reglamentación de la prioridad de despacho, remitimos a CONSTANZÓ (2018).

¹⁷ COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO S.A. (2018b) pp. 21-22.

Estas exigencias por parte de las autoridades explican uno de los tantos aspectos que involucra el riesgo tierra. Hasta aquí, podría concluirse que la primera preocupación que genera la disponibilidad de la tierra se fundamenta en la factibilidad de poder iniciar el desarrollo del proyecto que se trate.

Si en el marco del Programa RenovAr, las autoridades convocantes constataran una deficiencia en la acreditación de la disponibilidad del inmueble, entonces la oferta sería descalificada y el proyecto no podría resultar adjudicado con un contrato de abastecimiento, todo ello sin perjuicio de gozar del mejor recurso disponible o de haber presentado la mejor oferta económica. Es decir, bajo el Programa RenovAr, sin importar que el proyecto ostente excelentes condiciones técnicas y/o económicas, si no se logra acreditar la disponibilidad del inmueble por, al menos, el plazo de vigencia del contrato de abastecimiento, el proyecto resultará descalificado.

Por otro lado, similar consecuencia podría presentarse en el MATER. Es decir, si se fracasa en inscribir el proyecto en el RENPER por no lograr acreditar la disponibilidad del inmueble, entonces no se podrá operar bajo el SADI y, en consecuencia, no podrán celebrarse contratos de abastecimiento de energía eléctrica a partir de fuentes renovables individuales bajo la órbita del MATER por la energía generada por el proyecto.

c) *DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS Y “PROJECT FINANCE”*. — La actividad de generación de energía eléctrica a partir del recurso eólico se caracteriza por ser de capital intensivo. Es decir, el desarrollo de un proyecto eólico implica el desembolso de grandes sumas de dinero en su etapa inicial¹⁸ —etapas de desarrollo y construcción— sin percibir remuneración alguna hasta tanto inicie su etapa de operación comercial.

En ese sentido, la estructura de RenovAr deja librada a los sujetos adjudicados la obtención del financiamiento necesario para la construcción del proyecto. En general, los titulares de esta clase de proyectos cuentan con, al menos, tres mecanismos de financiación diferentes. El primero de ellos es a través del aporte de capital de su titular (*equity*). El segundo mecanismo consiste en la emisión de deuda reflejada en el balance de la compañía promotora del proyecto destinada a financiar el desarrollo del proyecto (*corporate finance*). El tercer mecanismo implica financiar la construcción y puesta en funcionamiento del proyecto con los recursos producidos por su operación (*project finance*). Es decir, el repago del financiamiento obtenido será realizado contra el flujo de fondos del proyecto y no contra el balance de la empresa promotora, reduciendo el costo del financiamiento a valores razonables, reemplazando, en la práctica, el riesgo de crédito soberano por el riesgo comercial¹⁹.

No obstante las opciones presentadas, la magnitud de las inversiones requeridas, inversiones que deben ser desembolsadas en las etapas iniciales

¹⁸ ELIASCHEV (2016) p. 337.

¹⁹ MAIRAL (2005) pp. 140-141.

del proyecto, dificulta que una empresa pueda llevarlas a cabo exclusivamente por medio de capital propio o a través de un *coprporate finance*²⁰.

Así, el mecanismo de financiamiento que parecería adaptarse de mejor manera a las necesidades de los titulares de grandes proyectos de generación de energía a partir de fuentes renovables es el conocido como *project finance*.

Como fuera anticipado, esta técnica de financiamiento se caracteriza porque el repago de la deuda se realiza a través del flujo de fondos de la operación del proyecto²¹. Al mismo tiempo, quienes buscan financiamiento a través de este mecanismo lo hacen porque se encuentra orientado a suplir las restricciones que existen para financiarse a través de la emisión de deuda en el balance.

Por las razones expuestas, los acreedores del proyecto tendrán en cuenta, sobre todo, la capacidad del propio proyecto para generar ingresos que permitan el repago de su inversión. Esto hace que los acreedores, de manera previa a comprometer el financiamiento, analicen cuidadosamente los riesgos del proyecto y “adopten todas las medidas necesarias para asegurar su exitosa concreción, dado que el fracaso de una de las partes involucradas puede conducir al inevitable fracaso del proyecto y, consecuentemente, tornar ilusorias sus expectativas de cobro”²².

Siguiendo la estructura de riesgos desarrollada por MAIRAL²³, puede afirmarse que, a lo largo de la vida de un proyecto de largo plazo, existen riesgos que se encontrarán presentes en la etapa de desarrollo, riesgos que surgirán durante la etapa de construcción y riesgos que habrá que mitigar durante la etapa de operación. Entonces, la identificación, asignación y mitigación de las diferentes categorías de riesgos reviste un carácter fundamental para la correcta ejecución de un *project finance*²⁴.

La estructura del Programa RenovAr y el marco normativo de las energías renovables en la Argentina han logrado atenuar en gran medida mucho de los riesgos que se encuentran presentes en un proyecto de largo plazo como es la generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, al mismo tiempo que han garantizado la más amplia concurrencia de ofertas en los diferentes procesos licitatorios que se han convocado.

Esta eficacia en la atenuación de riesgos se debió, en parte, a una decisión regulatoria de exigir el cumplimiento de estándares mínimos de calidad de cada uno de los proyectos de generación que se presentaron al Programa RenovAr, so pena de descalificación de ofertas.

Como se expondrá más adelante, el riesgo tierra no fue una excepción a esta decisión regulatoria. En ese sentido, los Pliegos de las tres rondas del Programa RenovAr exigieron que los oferentes acrediten, a través de cualquiera de los instrumentos jurídicos aceptados por los Pliegos para ello, la

²⁰ AGUILAR VALDEZ (2006) p. 574.

²¹ MAIRAL (2005) p. 141.

²² GERSOVICH y TAVARONE (2000) p. 2.

²³ MAIRAL (2005).

²⁴ GERSOVICH y TAVARONE (2000) p. 113.

disponibilidad del inmueble sobre el que pretendían emplazar la central de generación por, al menos, toda la vigencia del contrato de abastecimiento.

Asimismo se exigió que el inmueble elegido se encuentre libre de todo gravamen y su titular libre de inhibiciones a la fecha de suscripción del contrato de abastecimiento, extremos que debían acreditarse mediante la presentación de un certificado de dominio e inhibición actualizado a la fecha de suscripción del contrato.

Adicionalmente, se requirió que el instrumento a partir del cual se pretenda acreditar la disponibilidad del inmueble prevea la posibilidad de ceder el derecho del uso del suelo en favor de un tercero, siempre que éste sea el titular de la central de generación.

Por último, se exigió que los oferentes presenten, junto con sus ofertas, documentación, emitida por autoridad competente, que certifique que los inmuebles involucrados en el desarrollo de sus proyectos se encontraban correctamente habilitados para que en ellos se llevara a cabo la actividad de generación de energía eléctrica.

Sin embargo, más allá de este estándar de calidad mínimo, el Programa RenovAr decidió delegar una parte importante del riesgo tierra en el sector privado. Así, fueron los titulares de los proyectos quienes eligieron la ubicación del inmueble, sus condiciones y el instrumento jurídico con el que acreditaron y aseguraron su disponibilidad.

De este modo, si bien parte del riesgo tierra ha sido mitigado por las exigencias regulatorias de los Pliegos, otra parte del riesgo ha sido asumida por los titulares de los proyectos. Entonces, las condiciones del suelo, el instrumento elegido, la situación catastral del inmueble y otra serie de situaciones dependerá de cada caso concreto y de las precauciones que haya tomado, o no, cada titular. Por ello, y sin perjuicio de la decisión regulatoria de mitigar, entre otros, el riesgo tierra, este factor es analizado con detenimiento por aquellos sujetos que se encuentren dispuestos a financiar esta clase de proyectos.

En tal sentido, resulta de vital importancia lograr identificar correctamente el riesgo tierra y, de ese modo, mitigarlo de la manera más eficiente posible, entendiendo por eficiencia la obtención de mayor seguridad al menor costo, para aspirar a las mejores condiciones de financiamiento disponibles en el marco de un *project finance*.

Lo anterior se expresa en razón de que cualquier contingencia que sufra el proyecto impactará en su flujo de fondos y, por lo tanto, dificultará el repago del financiamiento. Por ello, las entidades dispuestas a proveer el financiamiento requerido, al efectuar un análisis de rentabilidad del proyecto, prestarán especial atención a los riesgos a los cuales se enfrenta el proyecto, dentro de los que destaco el riesgo tierra.

Así, en la mayoría de los casos, tales entidades serán reticentes a financiar proyectos riesgosos o, cuando estén dispuestas a hacerlo, es esperable un elevado costo por tal financiamiento. Por ello, es importante detectar y mitigar todos los riesgos en general y el riesgo tierra en particular en el marco de esta clase de proyectos. En lo que al riesgo tierra compete, las entidades

financieras referidas prestarán especial atención a la validez del derecho adquirido sobre el inmueble y las facultades reconocidas por tal derecho a su titular para repeler todo tipo de contingencia que pudiera surgir a lo largo de la vida del proyecto.

§ 3. LA TIERRA

a) *INSTRUMENTOS PARA ACREDITAR SU DISPONIBILIDAD.* — Según lo hasta aquí expuesto, el elemento tierra reviste una gran importancia en el desarrollo de un proyecto de generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes renovables, en general, y del recurso eólico, en particular. En consecuencia, los Pliegos contemplaron una serie de derechos en virtud de los cuales los oferentes podían acreditar tal disponibilidad, a saber: *i)* un derecho real de dominio sobre el inmueble; *ii)* un derecho personal de uso y goce proveniente de un contrato de locación; *iii)* un derecho real de superficie o usufructo, o en su defecto un derecho de opción de constituir un derecho real de superficie o usufructo, o *iv)* un derecho personal resultante de un contrato de comodato.

Adicionalmente, las autoridades convocantes han permitido la acreditación de la disponibilidad del inmueble mediante la constitución de una servidumbre administrativa cuando los proyectos fueran a ser emplazados sobre tierras fiscales. De todos modos, como fuera adelantado, tal supuesto es ajeno al objeto de este trabajo.

Sin perjuicio del amplio abanico de posibilidades para acreditar la disponibilidad de la tierra sobre la cual se instalará una central eólica de generación de energía eléctrica, entiendo que, en la generalidad de los casos, solo dos de ellos satisfacen las necesidades de eficiencia propias de la industria, es decir, la mitigación de la mayor cantidad de riesgos al menor costo posible.

En este sentido, y si bien la adquisición de un derecho real de dominio otorga el mayor grado de seguridad posible, el costo de adquisición de la tierra torna tal alternativa ineficiente, razón por la cual, habiendo alternativas más económicas y que otorgan un grado de seguridad similar, no resulta recomendable, en principio, la adquisición de la tierra para el desarrollo de este tipo de proyectos. Ello en razón de que, en la generalidad de los casos, la adquisición de un derecho perpetuo (derecho real de dominio) resultará más onerosa que la adquisición de un derecho temporal (por ejemplo, derecho real de usufructo o de superficie).

Por otro lado, entiendo que los contratos de locación y comodato tampoco cumplen con el extremo de eficiencia mencionado anteriormente. En estos casos tal apartamiento no se encuentra relacionada con el costo relacionado a los contratos, sino que, por el contrario, se encuentra vinculado a la mitigación de riesgos. Esto se debe, principalmente, al hecho de que los contratos mencionados se limitan a reconocer derechos personales en favor del titular del proyecto por lo que, ante cualquier contingencia, no podrá hacer valer su derecho ante un tercero de buena fe que no haya conocido o debido conocer

la existencia del contrato que lo vincula con el propietario de la tierra. Ello, sumado a la probabilidad de que en un plazo de, por lo menos, veinte años surja cualquier tipo de controversia sobre el inmueble, constituye un riesgo innecesario en el desarrollo de esta clase de proyectos.

De este modo, considero que los derechos reales de usufructo y superficie son los que mejor se adaptan a las exigencias propias del desarrollo de un proyecto eólico de generación de energía eléctrica. En ese sentido, ambos derechos permiten postergar en el tiempo el costo relacionado con la adquisición del derecho que se trate, al mismo tiempo que conceden un grado de seguridad relativamente similar al que se adquiere en virtud de un derecho real de dominio. En efecto, al postergar en el tiempo el pago del canon acordado, el titular del proyecto se encontrará en condiciones de afrontar tales pagos a través del flujo de fondos del proyecto. Adicionalmente, por su carácter de derechos reales, tanto el usufructo como la superficie gozan de ciertas características que permiten mitigar en gran medida los riesgos inherentes a la tierra. Dentro de tales características se destaca la necesidad de inscribir el instrumento que reconoce el derecho ante el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda. Esta necesidad no solo presume la relación entre el titular del proyecto y el propietario conocida por todos, evitando así que un tercero alegue un mejor derecho sobre la tierra con posterioridad a la inscripción, sino que también implica que el instrumento jurídico es considerado válido por las autoridades competentes, por lo que ningún tercero que se considere con un mejor derecho sobre el inmueble podrá alegar la nulidad del instrumento por el que fuera adquirido el derecho del que se trate.

Así, de los instrumentos jurídicos previstos en los Pliegos, y por las razones expuestas, considero que los que mejor se adaptan a las necesidades del desarrollador, y a las posibles exigencias del acreedor en el marco de un *project finance*, son los derechos reales de usufructo y de superficie.

b) *¿DERECHO DE SUPERFICIE O DERECHO DE USUFRUCTO?* — Si bien en su esencia ambos derechos se asemejan mucho, existen determinadas características del derecho real de superficie que lo distinguen del derecho real de usufructo y, por ello, lo presentan como el instrumento jurídico más apropiado para el desarrollo de un proyecto eólico de generación de energía eléctrica. Esto se debe, principalmente, a que el derecho de superficie es un derecho que fue originalmente diseñado para la ejecución de obras o construcciones, característica de la cual carece el derecho de usufructo.

Por ello, el derecho de superficie otorga mayor seguridad al desarrollador en tanto que, a lo largo de la obra y durante la operación de la central de generación, el superficiario será el propietario de lo construido. En cambio, con un derecho de usufructo, lo construido será siempre propiedad del titular del inmueble y el usufructuario solo tendrá el derecho exclusivo de instalar y operar la central de generación durante el plazo de vigencia del derecho de usufructo.

Adicionalmente, el derecho real de superficie faculta a su titular a hipotecar tanto el derecho a construir como la propiedad superficiaria. Esta facultad, ausente en el caso del derecho de usufructo, en caso de ser ejercida, podría otorgar mayor seguridad tanto a quien conceda el financiamiento, que se encontrará facultado a ejecutar la hipoteca en caso de incumplimiento, como al titular del proyecto, a quien le permitirá acceder a una financiación más simple y económica.

Otra de las ventajas del derecho de superficie sobre el de usufructo es que, a diferencia de este último, faculta a su titular a constituir un derecho real de usufructo sobre la propiedad superficiaria. Esto le permitirá al desarrollador, siempre y cuando el inmueble sea lo suficientemente extenso, constituir un derecho real de usufructo, sobre una parte indivisa del inmueble, en cabeza de otra sociedad para el desarrollo de una nueva central de generación, aprovechando los estudios técnicos ya realizados por la central original, sin necesidad de contar con la conformidad previa del dueño de la tierra. Esto evitaría posibles conflictos con el propietario y facultaría al superficiario a acordar con el nuevo usufructuario el pago mancomunado del canon oportunamente acordado con el propietario por el derecho real de superficie constituida en su favor.

Asimismo, la posibilidad de sujetar el plazo de ambos derechos a una condición resolutoria permitirá al titular del proyecto constituir y registrar cualquiera de los dos derechos con anterioridad a la adjudicación o celebración de un contrato de abastecimiento de energía eléctrica de fuentes renovables. De todas maneras, esta situación podría generar la obligación de abonar el impuesto de sellos al momento de instrumentar el contrato, obligación impositiva que deberá ser afrontada incluso en el caso en el que el proyecto no resulte adjudicado y se cumpla la condición acordada²⁵.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el derecho de superficie, al reconocer al superficiario como el dueño de lo construido, impone al propietario del inmueble, salvo pacto expreso en contrario, la obligación de indemnizar al superficiario por las construcciones adquiridas al finalizar el plazo de vigencia de la superficie.

En virtud de lo manifestado, y considerando que, tanto en el procedimiento de constitución como en todos los demás elementos, ambos derechos son prácticamente idénticos, considero que, ante la posibilidad de optar por uno de ellos, es recomendable elegir el derecho real de superficie. De todas maneras, es de destacar que, al día de la fecha, gran parte de los titulares de proyectos eólicos han optado por acudir a la figura del derecho real de usufructo. Esto puede deberse a lo novedoso que resulta la superficie en el derecho argentino. En este sentido, hasta 2015, el instrumento jurídico más eficiente para el desarrollo de un proyecto de infraestructura era el derecho

²⁵ En este sentido, y a modo de ejemplo, se cita el Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires que, en su artículo 259, al referirse al impuesto de sellos, manifiesta que “los actos sujetos a condición se entenderán, a los efectos del impuesto, como si fueran puros y simples”.

real de usufructo. Por ello, tanto los titulares de proyectos como los propietarios de inmuebles han preferido utilizar una figura conocida en lugar de aventurarse en una figura por conocer.

c) *DESAFÍOS PUNTUALES*. — Existen diferentes desafíos que deben ser tenidos en cuenta en el momento de adquirir un derecho sobre un inmueble donde se instalará una central eólica de generación de energía eléctrica. Un correcto tratamiento de tales desafíos permitirá mitigar la exposición del proyecto al riesgo tierra, circunstancia que facilitará tanto la obtención de financiamiento para su desarrollo como su posterior construcción y operación comercial. Algunos de los principales desafíos referidos con anterioridad se desarrollan a continuación.

1. *Coexistencia de actividades sobre la tierra*. Es común que se lleven a cabo diferentes actividades económicas dentro de los límites del inmueble elegido para el emplazamiento de una central de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. En este sentido, hay que recordar que este tipo de generación de energía comenzó a desarrollarse de manera significativa a partir de 2016 con el inicio del Programa RenovAr. Por ello, no es extraño que se ejerzan actividades económicas sobre el inmueble elegido para el emplazamiento de una central de generación con anterioridad a tal fecha, sobre todo cuando la tierra elegida es apta para el desarrollo de tales actividades. Así, por ejemplo, el titular de un proyecto eólico puede verificar que sobre el terreno optado se ejercen actividades como la ganadería, agricultura, minería o hidrocarburífera.

Todas las actividades mencionadas en el párrafo anterior podrían interferir negativamente en el desarrollo de este tipo de proyectos. En consecuencia, será necesario que el titular del proyecto cuente con un derecho sobre la tierra que le permita eliminar, de ser posible, estos riesgos de interferencia. Asimismo, será necesario que tal derecho le permita mitigar los riesgos conocidos al momento de adquirir el derecho sobre la tierra como los posibles riesgos que podrían surgir a lo largo de todo el plazo de vida de la central de generación.

Tal necesidad de protección puede ser provista tanto por el derecho real de usufructo como por el de superficie cuando los riesgos de interferencia se presenten por el ejercicio de actividades agrícolas o ganaderas sobre el inmueble. Así, en el momento de constituir uno de estos derechos se deberá delimitar claramente en el instrumento constitutivo del derecho la superficie del inmueble que será ocupada por el proyecto.

Una vez delimitada la superficie abarcada, podrían presentarse diferentes escenarios. Una posibilidad sería que el propietario ejerciera, en el momento de celebrar el instrumento constitutivo, actividades de ganadería y/o agricultura sobre el inmueble. Ante esa situación, podría acordarse que, sin perjuicio de la constitución del derecho, el propietario continuara facultado para ejercer su actividad sobre el inmueble con excepción de la superficie concedida al proyecto. De este modo, cualquier interferencia en el

desarrollo del proyecto originada por la actividad del propietario constituiría un incumplimiento contractual, y la consecuente aplicación de penalidades en favor de su titular.

Una segunda posibilidad es que, en el momento de celebrar el contrato constitutivo, el propietario no ejerza ningún tipo de actividad sobre el inmueble. Ante esta situación, entiendo que el titular del proyecto se encontrará en una mejor situación para acordar contractualmente la imposibilidad del propietario de ejercer cualquier tipo de actividad que interfiera con la de generación de energía eléctrica dentro del inmueble y no solo de la superficie abarcada por el proyecto. Sin perjuicio de ello, y ante el hipotético caso en el que el propietario se rehúse a aceptar tales condiciones, es recomendable replicar lo expuesto en el párrafo anterior.

Como podrá apreciarse, la tarea de mitigación de los riesgos relacionados con el ejercicio de actividades agrícolas o ganaderas dentro del inmueble es relativamente sencilla. Esto se debe principalmente a que el ejercicio de tales actividades depende exclusivamente de la voluntad del propietario. Así, quien no cuente con su autorización expresa, no podrá ejercer tales actividades. De este modo, al limitar el uso del inmueble por parte del propietario, se estaría mitigando en gran medida la posibilidad de que el ejercicio de cualquiera de estas actividades interfiera con el correcto desarrollo del proyecto.

Sin embargo, hay otras actividades cuya prevención no resulta tan sencilla. En este sentido, la normativa vigente no requiere el consentimiento previo del propietario para el ejercicio de ciertas actividades mineras o hidrocarbúferas. Así, por ejemplo, para ejercer la concesión de explotación prevista en la ley 17319 no se requiere del consentimiento previo del propietario e incluso su oposición expresa no resulta una causal suficiente para disponer la suspensión de los trabajos autorizados por la autoridad concesionaria²⁶.

Entonces, el hecho de que se realicen declaraciones y garantías en el documento constitutivo del derecho sobre el inmueble en virtud de las cuales el propietario declare y garantice no tener conocimiento sobre ningún permiso de exploración y/o explotación minera o de hidrocarburos otorgado sobre su inmueble, y se comprometa a, en un futuro, no prestar consentimiento para el otorgamiento de dichos permisos informando la existencia del contrato suscripto con el generador de energía eléctrica, no resulta resguardo suficiente para evitar algún tipo de interferencia en el desarrollo del proyecto como consecuencia de actividades hidrocarbúferas o mineras en el inmueble²⁷.

Por ello es importante que el instrumento elegido pueda ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda y, en consecuencia, se presuma conocido por todos. Ello se debe a que, si bien la legislación vigente no requiere del consentimiento previo del propietario para el ejercicio de las actividades mencionadas, de ningún modo el titular de un permiso de exploración o una concesión de explotación se encuentra facultado a generar

²⁶ Artículo 66, ley 17319 (B.O. 30/6/1967).

²⁷ PERRONE (2019).

un daño injustificado sobre un tercero. Así, cualquier interferencia con el desarrollo del proyecto representaría un daño al patrimonio de su titular, generando una acreencia en su favor. Si bien esto no garantiza que el proyecto no sufra interferencias y/o demoras como consecuencia del ejercicio de actividades hidrocarburíferas o mineras en el inmueble, sí reconoce una obligación de reparación por parte de quien ejerza tales actividades. Dependiendo del monto de la reparación, podría representar una razón suficiente para evitar su ejecución.

De acuerdo con todo lo expuesto, existen grandes posibilidades de que se lleven a cabo una serie de actividades, diferentes a la generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, sobre el inmueble elegido para el desarrollo del proyecto. Sin embargo, si el titular del proyecto optara por adquirir un derecho real de superficie o usufructo sobre el mismo, tal coexistencia de actividades no debería interferir con su desarrollo. Ello se debe a que los derechos mencionados poseen ciertas características que le conceden a su titular cierta flexibilidad para sobreponerse a estos desafíos. Algunas de las posibilidades disponibles han sido desarrolladas en este apartado, pero debe tenerse en cuenta que, gracias al abanico de posibilidades previstas por estos derechos, muchas más soluciones pueden ser encontradas.

2. *Limitación de tenencia de tierras por parte de extranjeros.* La limitación de tenencia de tierras rurales dentro del territorio de la República Argentina por parte de personas extranjeras es otra cuestión que, hasta el 26 de abril de 2018, debía ser tenida en cuenta por parte de los titulares de proyectos de generación de energía eléctrica de fuentes renovables.

En tal sentido, los sujetos mencionados se encontraban sujetos a la ley 26737²⁸, norma que regula los límites a la titularidad y posesión por parte de las personas extranjeras de las tierras rurales ubicadas en el país.

De este modo, la norma impone la necesidad, por parte de las personas extranjeras, de contar con un certificado de habilitación²⁹ (emitido por el Registro Nacional de Tierras Rurales) de manera previa a adquirir la propiedad o ejercer la posesión de un inmueble catalogado, por la autoridad competente, como rural, so pena de declarar la nulidad total, absoluta e insanable del acto jurídico celebrado.

Asimismo, la norma limitó la cantidad de tierras rurales que pueden ser adquiridas por personas extranjeras, siendo el 15 % tal límite. Adicionalmente, se encuentra expresamente prohibido que más del 30 % de las tierras correspondientes al límite mencionado se encuentren bajo el dominio o posesión de personas de una misma nacionalidad extranjera.

Como podrá apreciarse, de manera previa a iniciar el desarrollo de un proyecto eólico, el titular extranjero debía constatar en el Registro Nacional

²⁸ Ley 26737 (B.O. 22/12/2011).

²⁹ Artículo 1, Anexo I de la Disposición de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Tierras Rurales 1/2013 (B.O. 25/4/2013).

de Tierras Rurales la disponibilidad de tierras, en el sitio elegido para la ejecución del proyecto, para su adquisición.

De todas maneras, tal exigencia ha sido eliminada por medio de la disposición 26/2018 de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Tierras Rurales³⁰, norma que sustituyó el artículo 13 de la Disposición Técnico Registral 1/2013³¹, por la cual no se requerirá la obtención del certificado de habilitación cuando se transfiera la titularidad o posesión de un inmueble con destino al desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables.

3. *Zona de seguridad de fronteras.* Otra limitación a la posesión de tierras a la que deben prestar especial atención los titulares de proyectos de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables es la dispuesta por la Dirección Nacional de Asuntos Técnicos de Frontera.

Así, la ley 12913³² –que ratificó, entre otras cuestiones, el decreto ley 15385/1944, y que fuera modificada por la ley 23554³³– declaró de conveniencia nacional que los bienes, incluyendo inmuebles, ubicados en la zona de seguridad declarada por la Dirección Nacional de Asuntos Técnicos de Frontera pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos.

Con el objeto de sistematizar y ordenar la normativa vigente en la materia, el entonces Ministerio del Interior dictó la resolución 166/2009³⁴. La norma en cuestión dispuso la obligación, tanto a las personas jurídicas locales como a las personas jurídicas extranjeras, de solicitar la previa conformidad de la Dirección Nacional de Asuntos Técnicos de Frontera para la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza rural que se encuentren situados en las zonas de seguridad declaradas por tal autoridad.

En consecuencia, las personas jurídicas locales que pretendan desarrollar su proyecto en un inmueble rural deberán solicitar la previa conformidad del organismo e informar sus antecedentes comerciales y los antecedentes del inmueble que se pretenda adquirir. Para ello, entre la documentación que debe ser presentada, la autoridad competente requiere que el solicitante indique el acto jurídico para el cual se solicita la previa conformidad y la finalidad y/o destino del inmueble que se pretende adquirir.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el plazo de validez de las resoluciones de previa conformidad es de un año a contar desde su otorgamiento, por lo que, vencido tal plazo, la autorización caducará en forma automática. Sin perjuicio de ello, la norma prevé un trámite abreviado para su renovación. De este modo, solo deberá presentarse una nueva solicitud de previa conformidad junto con los antecedentes del inmueble y una declaración jurada para trámite abreviado, todo certificado por escribano público.

³⁰ Disposición 26/2018 (B.O. 2/5/2018).

³¹ Disposición 1/2013 (B.O. 25/4/2013).

³² Ley 12913 (B.O. 3/6/1947).

³³ Ley 23554 (B.O. 5/5/1988).

³⁴ Resolución 166/2009 (B.O. 5/3/2009).

La no obtención de la previa conformidad o la pérdida de vigencia de la previa conformidad implicará la nulidad del acto jurídico en virtud del cual el solicitante adquirió el inmueble ubicado en la zona de seguridad de fronteras.

En consecuencia, el titular de un proyecto deberá prestar especial atención a la ubicación del inmueble elegido, ya que si se encuentra en zona de seguridad de fronteras y no se solicita la previa conformidad ante las autoridades competentes, el proyecto podría sufrir importantes interferencias en su desarrollo pudiendo llegar a generar, incluso, su prematura conclusión.

4. *Aspectos registrales.* Instrumentar tanto un derecho de usufructo como uno de superficie obliga a incurrir en costos registrales en razón de que, debido a su carácter de derechos reales que recaen sobre cosas registrables, ambos instrumentos deben ser elevados a escritura pública para su validez y registrados en el registro de la propiedad inmueble correspondiente para su oponibilidad ante terceros.

Por ello, para evitar los costos notariales referidos, los titulares de proyectos de generación pueden celebrar contratos de opción por los cuales el propietario del inmueble les confiera un derecho irrevocable para constituir un derecho real de superficie y/o usufructo en caso de que se dieran las condiciones técnicas y económicas adecuadas para el desarrollo del proyecto.

Aunque la ley exige que el instrumento mediante el cual se obligan las partes debe observar la forma exigida para el contrato definitivo, es decir, para el caso concreto la forma de escritura pública, en la práctica tal requisito no ha sido exigido por las autoridades para este tipo de proyectos. Si bien, al día de la fecha, la jurisprudencia no se ha expedido al respecto, el incumplimiento de la forma legal podría eventualmente dar lugar a la nulidad del contrato de opción.

Asimismo, este tipo de contratos tienen un plazo máximo de vigencia de un año. Como podrá observarse, este plazo resulta extremadamente breve para determinar la factibilidad de un proyecto de generación de energía eléctrica a partir de fuentes eólicas, suscribir un contrato de abastecimiento y obtener el financiamiento necesario para su desarrollo.

Sin perjuicio de ello, parte de la doctrina ha entendido que el plazo mencionado precedentemente solo alcanza a las promesas de celebrar contratos previstos en el artículo 995 del CCyC, por lo que “no se aplica al contrato de opción del art. 996, según se desprende de la propia redacción de la norma y de la diferencia con el texto del art. 934 del Proyecto de 1998 de Unificación del Código Civil con el de Comercio”³⁵.

³⁵ Opinión unánime de la “Comisión 4. Contratos: ‘Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares’” integrada por los Dres. Federico de Lorenzo, Noemí Nicolau, Cristina Armella, José M. Gastaldi, Celia Weingarten, Fulvio Santarelli, Sergio Barotto, Mariano Esper, Eduardo Lombardi, Leonardo Beder, Gabriela Sotomayor, Enrique Pita, Ariel Moreno y María Belén Riobó en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en la ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, durante los días 1, 2 y 3 de octubre de 2015.

Otra interpretación doctrinaria para limitar el alcance del artículo en cuestión es que “la limitación del plazo máximo aplica únicamente al contrato de opción que configure un ‘contrato preliminar’ pero no al contrato de opción celebrado como ‘contrato definitivo’”³⁶.

De todas maneras, al carecer, al día de la fecha, de jurisprudencia que haya interpretado la norma en cuestión, entiendo conveniente seguir la opinión de Ricardo Lorenzetti, codificador y ministro de la Corte Suprema de la Nación, en el sentido de que el plazo máximo de un año debe aplicarse no solo al contrato de opción preliminar, sino que también al contrato de opción definitivo³⁷.

No obstante lo explicado a lo largo del presente apartado, el derecho de opción es un derecho personal con las implicancias que ello representa. Así, en el hipotético caso en que el propietario del inmueble se rehusara a constituir el derecho real, el titular de la opción sólo podrá exigir su cumplimiento en sede judicial. De todos modos, existen instrumentos para mitigar tal riesgo, como el otorgamiento de un poder especial irrevocable por un determinado plazo a favor del titular de la opción para constituir por sí el derecho real sobre el inmueble del propietario.

En definitiva, es posible celebrar contratos de opción para constituir, posteriormente, tanto un derecho de superficie como un derecho de usufructo. Este tipo de contratos permitirá al titular del proyecto postergar el pago de los costos notariales relacionados a la escrituración e inscripción de un derecho real en el registro público correspondiente. Sin perjuicio de ello, si no se toman los recaudos necesarios, puede suceder que una vez que el proyecto es adjudicado con un contrato de abastecimiento, el propietario se rehusó a cumplir su obligación por el precio originalmente acordado. Esto, posiblemente, produzca retrasos en el emplazamiento de la obra, lo que se verá reflejado en un retraso en la entrada en operación de la central de generación con todo lo que ello implica.

§ 4. CONCLUSIONES

A través de este trabajo me propuse analizar, desde un punto de vista práctico, las implicancias jurídico-financieras de los derechos reconocidos en el marco del Programa RenovAr y del RENPER para acreditar la disponibilidad de la tierra sobre la cual se desarrollan proyectos de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables a través de la tecnología eólica.

Opté por realizar este tipo de análisis ya que, como he explicado a lo largo del trabajo, ambas materias se encuentran estrechamente relacionados en el desarrollo de un proyecto eólico. En ese sentido, el desarrollo de estos

³⁶ SERRANO REDONNET (2015) p. 801.

³⁷ Sin perjuicio de ello, el magistrado no argumenta su postura en su obra en la que comenta el Código Civil y Comercial de la Nación. Por ello, creemos que es posible un cambio de interpretación en el sentido descripto.

proyectos requiere de acceso a financiamiento cuyo costo permita el desarrollo del proyecto con recursos provenientes, únicamente, de su flujo de fondos. Así, los titulares de proyectos que aspiren a este tipo de financiamiento necesitarán, entre otras cuestiones, mitigar en el mayor grado posible todos los riesgos inherentes al proyecto que puedan impactar en su flujo de fondos ya que, a menor riesgo, menos costosos resultará financiarse.

De lo expuesto en el párrafo anterior, resulta evidente la relación existente entre lo jurídico y lo financiero en el desarrollo de proyectos eólicos de generación de energía eléctrica. Es decir, esta clase de proyectos, para ser financieramente viables, requieren mitigar en el mayor grado posible los riesgos que pudieran afectarlos. Tal tarea se logra a través de instrumentos jurídicos lo suficientemente sólidos como para proteger al proyecto.

De este modo, este trabajo ha resaltado el hecho de que los proyectos eólicos de generación de energía eléctrica, a lo largo de toda su vida útil, deben afrontar y, en consecuencia, mitigar una gran cantidad de riesgos, muchos de los cuales han sido profundamente estudiados por especialistas en la materia.

Por medio de este trabajo, me propuse brindar una primera aproximación al riesgo tierra, a su impacto en el desarrollo de un proyecto de generación de energías renovables a partir de fuentes eólicas y presentar algunas propuestas para lograr mitigarlo procurando motivar, en adelante, un desarrollo más profundo acerca de la materia.

De este modo, he identificado una serie de componentes que configuran el riesgo tierra, sin que ello implique que sean los únicos que lo hacen, los cuales se resumen a continuación.

En primer lugar, se ha hecho referencia a la posibilidad de que coexistan diferentes actividades económicas sobre el mismo inmueble utilizado para el desarrollo del proyecto. Tal coexistencia de actividades podría generar interferencias en la etapa de construcción del proyecto que posterguen la entrada en operación comercial de la central de generación impactando, entonces, en el flujo de fondos del proyecto. Para mitigar este riesgo, se ha propuesto identificar de manera clara y precisa en el instrumento constitutivo del derecho que acredita la disponibilidad del inmueble la superficie del inmueble que será abarcada por el proyecto. De este modo, se puede limitar la actividad del propietario del inmueble sobre la superficie comprometida para el desarrollo del proyecto.

Asimismo, se ha demostrado la dificultad de limitar el ejercicio de ciertas actividades, como lo son la actividad minera o hidrocarburífera, ya que en ciertos casos tal ejercicio no requiere de la autorización previa del propietario del inmueble. Por ello, se considera conveniente que el titular del derecho adquiera un derecho real sobre el inmueble elegido. Ello en razón de que este tipo de derechos requiere su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y, a partir de tal inscripción, el derecho se considera conocido por todos. De este modo, cualquiera que ejerza una actividad económica en el inmueble, con posterioridad a la inscripción del derecho, y en consecuencia genere un daño al proyecto y, por lo tanto, a su titular, será pasible de una acción de daños y perjuicios. Si bien esto no garantizaría la coexistencia armónica de

actividades en el inmueble, si generará un derecho de indemnización en favor del desarrollador si tal coexistencia interfiriera en el desarrollo del proyecto.

Un segundo desafío planteado se encuentra relacionado con la adquisición de tierras por parte de personas jurídicas. En ese sentido, se ha destacado la limitación que existía, hasta mediados de 2018, sobre las personas extranjeras para adquirir tierras rurales destinadas a la generación de energía eléctrica de fuentes renovables dentro de los límites de la República Argentina. Asimismo, se ha identificado la necesidad de las personas jurídicas, tanto locales como extranjeras, de tramitar la previa conformidad de las autoridades competentes de manera previa a la celebración de actos jurídicos sobre inmuebles que se encuentren ubicados dentro de la zona de seguridad de fronteras delimitada por la autoridad competente.

El manejo de estos desafíos dependerá de la debida diligencia de los dueños de los proyectos y sus asesores técnicos, ya que sin importar el derecho que se adquiera, los trámites deberán llevarse a cabo de igual manera. En tanto que la consecuencia de su inobservancia es la nulidad del acto jurídico celebrado, es importante que el desarrollador inicie los trámites con el tiempo suficiente y los considere en el cronograma de ejecución del proyecto. De este modo, se evitarán retrasos en la ejecución del proyecto.

Finalmente, se ha presentado la necesidad de postergar, en la medida de lo posible, los costos notariales relacionados con la adquisición de un derecho real sobre la tierra en la cual se va a desarrollar el proyecto.

La propuesta para sobreponerse al desafío en cuestión consiste en celebrar un acuerdo de opción para celebrar un contrato de usufructo o superficie en virtud del cual el propietario del inmueble le conceda al desarrollador, hasta tanto informe su decisión de ejercer, o no, la opción prevista, un derecho exclusivo para llevar a cabo los estudios técnicos que le permitan determinar la factibilidad de desarrollar el proyecto en el inmueble. De este modo, podrían prorrogarse todos los costos notariales hasta tanto se instrumentalice el contrato definitivo.

Como puede apreciarse, el titular de un proyecto eólico de generación de energía eléctrica podrá resguardarse de los desafíos planteados a través de la adquisición de un derecho real. Sin embargo, no cualquier derecho real satisface el requisito de eficiencia de la industria, por lo que, si se desea desarrollar un proyecto competitivo, no se recomienda la adquisición de la tierra.

Lo anterior significa que los derechos recomendados para disponer del inmueble son los de usufructo y superficie. En ese sentido, y si bien ambos derechos resultan suficientes para acreditar tal extremo, este trabajo ha brindado razones suficientes para que, en caso de ser posible, se opte por el derecho real de superficie.

Por todo ello, considero cumplido el desafío planteado al inicio del trabajo en el sentido de presentar una primera aproximación de lo que implica el riesgo tierra, sus posibles impactos en el desarrollo de un proyecto eólico y proponer algunos mecanismos para mitigarlo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina (2016): “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-A: pp. 1117-1134.
- AGUILAR VALDEZ, Oscar R. (2006): “Financiamiento de la contratación pública. Contratación administrativa y financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas”, en Juan C. Cassagne y Enrique Rivero Ysern (dirs.), *La contratación pública* (Buenos Aires, Hammurabi) pp. 561-596.
- BLARASIN, Silvia B. (2015): “Comentarios al Título VII del Libro Cuarto del nuevo Código Civil y Comercial: Derecho Real de Superficie”, en Devia, Leila (dir.), *Avances del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los aspectos ambientales* (Buenos Aires, elDial.com) pp. 227-248.
- CAÑADA, Francisco R., ERRECABORDE, José D. y PARADA, Ricardo A. (2014): *Código Civil y Comercial de la Nación* (Buenos Aires, Errepar, primera edición).
- CARAMELO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián (2015): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Buenos Aires, Infojus, primera edición).
- CONSTANZÓ, Javier (2018): “Una nueva mirada al principio de acceso abierto a la luz de la prioridad de despacho adoptada en recientes regulaciones”, *RADEHM*, N° 17: pp. 135-159.
- DE LA RIVA, Ignacio María (2016): “Derecho de superficie y bienes del dominio Público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, *La Ley*, 2016-B: pp. 723-730.
- DE LA RIVA, Ignacio María (2018): “Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras” (Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, primera edición).
- ELIASCHEV, Nicolás (2016): “Propuestas para el desarrollo de las energías renovables en la Argentina”, *RADEHM*, N° 7: pp. 331-344.
- GERSOVICH, Carlos E. y TAVARONE, Marcelo (2000): *Financiación de proyectos –Project finance–* (Buenos Aires, Depalma).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. (2001): *Teoría de los contratos* (Buenos Aires, Zavalía, segunda edición) tomo III.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2015): *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, primera edición).
- MAIRAL, Héctor (2005). “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, *RAP*, Doctrina Pública, XX-VII-2: pp. 139-160.
- MENDIZÁBAL, Gonzalo A. y PEPE, Marcelo A. (2016): “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, 2016-F: pp. 579-595.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. (2017): “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios”. *La Ley*, 2017-B: pp. 779-798.
- PERRONE, Daiana (2019): “Generación de energía eléctrica, derecho minero y de hidrocarburos. Conveniencia entre la explotación de recursos renovables y recursos no renovables”, *RADEHM*, N° 19: pp. 35-62.
- RACHID, Martín y SAENZ, Pedro Facundo (2017): “Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, *Revista del Notariado*, N° 927: pp. 85-112.
- SERRANO REDONNET, Diego M. (2015): “Imposición de plazos máximos para el contrato de opción y el pacto de preferencia en el nuevo Código”, *La Ley*, 2015-D: pp. 801-810.

SPOTA, Alberto G. (2009): *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. (Buenos Aires, La Ley, segunda edición actualizada y ampliada por Luis F. P. Leiva Fernández) tomo V.

NORMAS NACIONALES

Constitución de la Nación Argentina.
Código de Minería de la Nación, texto aprobado por la ley 1919 (B.O. 30/11/1886) y por el decreto 456/1997 (B.O. 30/5/1997).
Ley 12913 (B.O. 3/6/1947). Ratifica el decreto ley 15385/1944.
Ley 15336 (B.O. 22/9/1960). Energía eléctrica. Régimen legal.
Ley 17319 (B.O. 30/6/1967). Ley de hidrocarburos.
Ley 23554 (B.O. 5/5/1988). Defensa nacional.
Ley 24065 (B.O. 16/1/1992). Energía eléctrica. Régimen legal.
Ley 24498 (B.O. 19/7/1995). Actualización minera.
Ley 25019 (B.O. 26/10/1998). Régimen Nacional de Energía Eólica y Solar.
Ley 26190 (B.O. 2/1/2007). Energía eléctrica.
Ley 26197 (B.O. 5/1/2007). Hidrocarburos. Modificatoria de la ley 17319.
Ley 26737 (B.O. 22/12/2011). Tierras Rurales. Régimen de protección.
Ley 27007 (B.O. 31/10/2014). Hidrocarburos. Modificaciones al régimen de las leyes 17319 y 25943.
Ley 27191 (B.O. 21/10/2015). Energía eléctrica. Modificación de la ley 26190.
Decreto 563/2009 (B.O. 20/5/2009). Reglamentación de la ley 26190.
Decreto 531/2016 (B.O. 31/3/2016). Reglamentación de la ley 26190.
Resolución 166/2009 del Ministerio del Interior de la Nación (B.O. 5/3/2009). Zonas de fronteras.
Resolución 95/2013 de la Secretaría de Energía (B.O. 26/3/2013). Energía eléctrica. Mercado Eléctrico Mayorista.
Resolución MinEM 71/2016 (B.O. 18/5/2016). Energía eléctrica de fuentes renovables. Convocatoria abierta.
Resolución MinEM 136/2016 (B.O. 26/7/2016). Energía eléctrica de fuentes renovables. Convocatoria abierta nacional e internacional.
Resolución MinEM 202/2016 (B.O. 29/9/2016). Deroga parcialmente la resolución 712/2009 de la Secretaría de Energía del Ministerio de Planificación Federal.
Resolución MinEM 252/2016 (B.O. 31/10/2016). Energía eléctrica de fuentes renovables. Convocatoria abierta nacional e internacional para proyectos presentados y no adjudicados en la Ronda 1.
Resolución MinEM 275/2017 (B.O. 17/8/2017). Energía eléctrica de fuentes renovables. Convocatoria abierta nacional e internacional.
Resolución MinEM 281/2017 (B.O. 22/8/2017). Régimen del Mercado a Término de Energía Eléctrica de Fuente Renovable.
Resolución MinEM 473/2017 (B.O. 1/12/2017). Adjudicación. Programa RenovAr Ronda 2.
Disposición de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Tierras Rurales 1/13 (B.O. 25/4/2013) – Tierras Rurales – Certificado de Habilitación.
Disposición de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Tierras Rurales 26/18 (B.O. 2/5/2018). Tierras rurales. Certificado de habilitación. Modificación.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO S.A. (2016): “Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios”, disponibles en: <http://portalweb.cammesa.com/Pages/Institucional/Empresa/InstrProcedimientos.aspx> (último acceso: 31/7/2019).
- COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO S.A. (2018a): “Informe Mensual Noviembre 2018”, disponible en: <http://www.cammesa.com/linfomen.nsf/MINFOMEN?OpenFrameSet> (último acceso: 31/7/2019).
- COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO S.A. (2018b): “Informe Renovables Diciembre 2018”, disponible en: <http://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Noticias/Mater/Informe%20Renovables%20DIC%202018.pdf> (último acceso: 31/7/2019).
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (2016a): “Resumen de Ofertas Adjudicadas y Localización de RenovAr Ronda 1”, disponible en: <http://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Noticias/RenovAr/Mapa%20Renovar.pdf> (último acceso: 31/7/2019).
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (2016b): “Resumen Preliminar Ofertas Recibidas de RenovAr para Ronda 1.5”, disponible en: <http://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Noticias/RenovAr/Ofertas%20Recibidas%20Renovar%201%205%20viernes%2011%20nov%20Resumen.pdf> (último acceso: 31/7/2019).
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (2016c): “Resumen MinEM RenovAr 1.5”, disponible en: http://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Noticias/RenovAr/Presenta%20MINEM%20Ronda%201.5_%20Adjudicacion%202016%20nov%2025.pdf (último acceso: 31/7/2019).
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (2017a): “Resumen de Ofertas Adjudicadas RenovAr 2 Fase 1”, disponible en: <http://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Noticias/RenovAr2/Resumen%20de%20Ofertas%20Adjudicadas%20Renovar%202%20FASE%201.PDF> (último acceso: 31/7/2019).
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (2017b): “Ofertas Adjudicadas RenovAr 2 Fase 2”, disponible en: http://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Noticias/RenovAr2/Res488/ANEXO%20I%20RES%20488%20IF-2017-33426894-APN-DNER_MEM%20E.%20Renovable.pdf (último acceso: 31/7/2019).
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (2017c): “Adjudicaciones del Programa RenovAr – Ronda 1, Ronda 1.5 y Ronda 2”, disponible en: <https://public.tableau.com/profile/datosenergia#!/vizhome/AdjudicacionesRenovARMINEMArgentina/AdjudicacionesRenovArArgentina> (último acceso: 31/7/2019).