

Fecha de recepción: 02/09/2021	Fecha de aceptación: 14/10/2021
Palabras clave: <i>Aire y viento; Energía eólica; Parque eólico; Derecho romano; Derecho actual; Derecho de superficie.</i>	Keywords: <i>Air and Wind; Wind power; Wind park; Roman law; Current law; Surface right.</i>



ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICO PRIVADOS RELACIONADOS CON LA ENERGÍA EÓLICA: UNA EVIDENCIA MÁS DE LA PRESENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA ACTUALIDAD

SOME LEGAL-PRIVATE ASPECTS RELATED TO WIND ENERGY: ANOTHER EVIDENCE OF THE PRESENCE OF ROMAN LAW CURRENTLY

Rafael Bernad Mainar

Profesor de la Universidad San Jorge (USJ)

Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J

Código de Referencia S03_20D

Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

rbernad@usj.es

(BERNAD, Rafael. Algunos aspectos jurídico-privados relacionados con la energía eólica: una evidencia más de la presencia del Derecho romano en la actualidad. RIDROM [on line]. 27-2021. ISSN 1989-1970. p. 129-236. <http://www.ridrom.uclm.es>)

Resumen:

La implantación de la energía eólica constituye un hecho irreversible en la actualidad, fruto de una voluntad política firme que pretende consumir la progresiva sustitución de las energías tradicionales por las energías renovables, menos nocivas al medio ambiente y a un desarrollo sostenible de la humanidad. Ello nos lleva a profundizar sobre la naturaleza jurídica del aire y del viento, remontándonos al tratamiento de estos elementos en el ordenamiento jurídico romano; a su vez también, a conectar desde un plano jurídico con los parques eólicos, lo que nos permitirá tratar las relaciones jurídicas surgidas de su instalación, puesta en funcionamiento y posterior explotación. Amén de los contratos suscritos entre las partes implicadas, se plantea la catalogación de los derechos reales aplicables al caso, entre los que destaca por su mejor encaje el derecho de superficie, lo que permite entablar conexión una vez más con el derecho romano y demostrar la vinculación que sostiene, no obstante las necesarias adaptaciones, con el derecho de nuestros días.

Abstract:

The implementation of wind energy constitutes an irreversible fact at present, the result of a firm political will that aims to achieve the progressive replacement of traditional energies by renewable energies, less harmful to the environment and to a sustainable development of humanity. This leads us to delve into the legal nature of air and wind, going back to the treatment of these elements in the Roman legal system; at the same time, to connect from a legal plane with the wind farms, which will allow us to deal with the legal relationships arising from their installation, start-up and subsequent exploitation. In addition to the contracts signed between the parties involved, the cataloging of the real rights applicable to the case is proposed, among which the surface law stands out for its better fit, which allows to establish a connection once again with Roman law and demonstrate the link that supports, despite the necessary adaptations, with the law of our days.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL AIRE Y DEL VIENTO: II.1 DERECHO ROMANO; II.2. DERECHO ACTUAL: II.2.1. SU NATURALEZA JURÍDICA; II.2.2. SU RÉGIMEN JURÍDICO. III. A PROPÓSITO DE LOS PARQUES EÓLICOS: III.1 SU CALIFICACIÓN JURÍDICA; III.2. DERECHOS INVOLUCRADOS; III.3. REFERENCIA ESPECIAL AL ORIGEN ROMANO DEL DERECHO DE SUPERFICIE (*IUS SUPERFICIEI*). IV. EN LA BÚSQUEDA DE UNA PRETENDIDA CONEXIÓN ENTRE EL DERECHO ROMANO Y LA IMPLANTACIÓN DE LA ENERGÍA EÓLICA EN SUELO AGRÍCOLA. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La implantación de las energías renovables constituye un hecho consumado en nuestro entorno, en la medida que desde las políticas de la Unión Europea existe una voluntad decidida en tal sentido¹, al incluirse dentro de los objetivos prioritarios de actuación para lograr la inserción de la energía verde en sustitución de las energías tradicionales, mucho más contaminantes y nocivas para el medio ambiente², todo ello en aras de la consecución de un desarrollo sostenible y menos agresivo para con la naturaleza.

¹ Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2002/30/CE, DOUE nº 140, 5/06/2009 (DOUE-L-2009-81013), relacionada con otras Directivas conexas como la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía (LCEur 2012/1797).

² STS 11/12/2013 (RAJ 2014,198).

La energía eólica representa la energía renovable más desarrollada en nuestros días³, no obstante ser un recurso energético empleado desde antiguo por el hombre, ya en el ejercicio de la navegación marítima, o bien con el uso de los molinos de viento en sus más diversos usos. Por su través se produce electricidad merced a la fuerza ejercida por el viento, es decir, gracias a su utilización se aprovecha la energía cinética que surge del flujo de las corrientes de aire. De ahí, sus dos grandes virtudes como fuente energética, que la individualizan y acrecientan su potencial valor⁴: en primer lugar, es una fuente de energía limpia que, además y en segundo lugar, resulta prácticamente inagotable, lo que redundará, sin lugar a dudas, en una reducción más que significativa en las cifras de emisión de gases de efecto invernadero y, por ello, contribuye en gran medida a la preservación del medioambiente, aspecto este que refuerza su aplicación y empoderamiento en cuanto al logro de un desarrollo sostenible, una meta que se erige en verdadero paradigma por lo que respecta a toda sociedad desarrollada que se precie en nuestros días.

Desde principios del siglo XX se produce energía eléctrica a través del movimiento de las palas de unos aerogeneradores, de tal manera que la energía eólica mueve una hélice y, mediante un sistema mecánico, permite el giro del rotor de un generador con la

³ Información obtenida en <https://datos.enerdata.net/energias-renovables/eolica-solar-produccion.html> (consultado con fecha 6/04/2021).

⁴ SSTs 28/03 y 26/06/2006 (RAJ 2006,1115 y 3974).

consiguiente producción de energía eléctrica⁵: en efecto, de una manera sencilla y comprensible, podemos señalar, en primer lugar, que el viento procede del sol; a su vez, las radiaciones solares no se proyectan por igual sobre toda la superficie terrestre, puesto que existen zonas más cálidas que otras, lo que se relaciona con la presión atmosférica, toda vez que el aire tiende a ascender a las zonas más calientes, con las consiguientes bajas presiones, a diferencia de lo que sucede en las zonas más frías donde el aire desciende por contar con un peso mayor, lo cual genera áreas de altas presiones. Y es precisamente esta diferencia de presión la que facilita el movimiento del aire y el surgimiento del viento.

Por una regla general de la física, todo cuerpo en movimiento cuenta con energía cinética. Más concretamente, en el caso de la energía eólica, la energía cinética resulta frenada cuando se topa con las aspas de un aerogenerador⁶. El proceso extractivo se consume, por un lado, gracias al rotor del aerogenerador, que transforma la energía cinética en energía mecánica; y, por otro, fruto del mismo generador, al transformar la energía mecánica en energía eléctrica.

Así pues, la energía eólica constituye una fuente de energía renovable⁷; que no contamina, en la medida que no emite sustancias

⁵ Información obtenida en <https://www.aeeolica.org/sobre-la-eolica/la-eolica-y-sus-ventajas> (consultado con fecha 06/04/2021).

⁶ Un dato importante que debemos conocer es que de todo el viento que atraviesa el aerogenerador se aprovecha aproximadamente entre un 40-45%. Información obtenida en <https://voltioenergia.es/como-se-transforma-el-viento-en-energia/> (consultado con fecha 06/04/2021).

⁷ Artículo 2 a) de la Directiva 2009/28, de 23 de abril, ya mencionada.

tóxicas, no genera residuos, y cuenta con una huella de consumo de agua reducida; resulta inagotable; reduce el uso de combustibles fósiles, con sus consecuencias favorables en lo que al calentamiento global de la atmósfera se refiere. Representa una energía autóctona, disponible en la práctica totalidad del planeta, lo que coadyuva a reducir las importaciones energéticas, así como también crea riqueza y empleos locales. Su uso eficiente representa, pues, indiscutiblemente, un aval de primer orden en la consecución de un desarrollo sostenible⁸.

Además, la energía eólica suministra actualmente más del **5% del consumo mundial de electricidad**, una cifra todavía exigua, si bien su amplio y rápido despliegue global permitirá alcanzar un progresivo crecimiento con carácter irreversible. Tanto es así, que el futuro está relacionado indisolublemente con la energía eólica y, por ello, en una proyección a más largo plazo (año 2040), la Agencia Internacional de la Energía⁹ prevé que la energía del viento pueda llegar a alcanzar el 9% de la demanda eléctrica mundial, y algo más del 20% en el continente europeo.

⁸ La ONU aprueba el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, que cuenta con 17 Objetivos, entre los cuales traemos a colación el Objetivo nº 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna. Información obtenida en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy> (consultado con fecha 06/04/2021).

⁹ Información obtenida en <https://www.iea.org/fuels-and-technologies/renewables> (consultado con fecha 10/04/2021).

España es, sin lugar a dudas, uno de los países pioneros y líderes en el aprovechamiento del viento para producir electricidad. Transcurridos casi treinta años después de haberse instalado el primer aerogenerador en nuestro país, España logró ya en el año 2013 ser el primer país del mundo en el que la energía eólica representase la principal fuente de generación eléctrica durante todo un año entero (más concretamente, el 20,9% de la producción total, el 19% en el año 2018 en un monto equivalente al consumo correspondiente a doce millones de hogares), lo que demuestra con rotundidad la apuesta nacional por esta modalidad de producción energética, hasta el punto de ser en la actualidad el segundo país europeo después de Alemania en cuanto a la operatividad de la energía eólica se refiere, hasta convertirse en el quinto país a nivel mundial tras China, EEUU y la India¹⁰, a lo que se puede añadir el ser uno de los primeros países del mundo en cuanto a integración de la energía eólica en red (cerca de 11.800 MW eólicos participan en servicios de ajuste del sistema eléctrico), y haberse convertido en el país con mayor potencia eólica terrestre instalada durante 2019 en la Unión Europea, con un 15 % de la instalación total.

¹⁰ China: capacidad instalada 221GW; EEUU: capacidad instalada 96,4 GW; Alemania: capacidad instalada 59,3 GW; India: capacidad instalada 35GW; España: capacidad instalada 23, 484 GW. 1123 parques eólicos en 807 municipios; Reino Unido: capacidad instalada 20,7 GW; Francia: capacidad instalada 15,3 GW; Canadá: capacidad instalada 12, 8 GW; Brasil: capacidad instalada 14,5 GW; Italia: capacidad instalada 10 GW.

Información obtenida en <https://www.evwind.com/2019/03/18/los-10-primeros-paises-del-mundo-por-capacidad-de-energia-eolica/> (consultado con fecha 3/07/2019).

Toda esta lluvia de datos ayuda a confirmar que el sector eólico resulta clave en el cumplimiento del objetivo europeo marcado hasta el año 2030, pues se pretende lograr que el 32% del consumo de energía proceda de fuentes renovables¹¹, como premisa indispensable para la consecución de un desarrollo duradero y sostenible.

A los efectos de poder comprender la importancia y trascendencia de la energía eólica en nuestras vidas, tomamos en consideración una serie de variables de distintos ámbitos que exponemos a continuación:

1.- Orden económico. Al propiciar el abaratamiento de costes energéticos, se impulsa la economía y se fortalece el tejido industrial de nuestro país, tal como explicamos de seguidas:

a) Se trata de una fuente de energía que abarata costes si la comparamos con otras, sobre todo las de combustión, como lo prueba el hecho de que en el año 2018 la energía eólica permitió rebajar, no solo el coste del *pool* eléctrico considerablemente (6,83 €/MWh)¹², sino también los costes de producción en el sector industrial. A pesar de la gran inversión que acarrea la implantación de la energía eólica,

¹¹ Información obtenida en <https://www.iea.org/fuels-and-technologies/renewables> (consultado con fecha 10/04/2021).

¹² El *pool* es la denominación que los actores del sector energético dan al mercado mayorista de la electricidad. En este mercado, regido por el operador Omel, la electricidad se compra y se vende diariamente. Información obtenida en <https://www.expansion.com/2009/07/17/opinion/llave-online/1247863275.html> (consultado con fecha 5/07/2019).

sus costes de producción van disminuyendo progresivamente¹³, fruto de factores tales como la investigación, la experiencia y el desarrollo industrial imparable.

b) Motor económico¹⁴. Aun cuando la energía eólica apenas representa un 0,35% del PIB nacional, se trata de un sector en clara progresión y expansión, tal como lo demuestran algunos datos más que reveladores (España exporta tecnología relacionada con la energía eólica valorada en más de 2.000 millones de €/año, hasta el punto de haberse consolidado como el tercer país exportador de aerogeneradores del mundo, así como el sexto país del mundo y el tercero en Europa en creación de patentes eólicas, un sector que invierte aproximadamente 108 millones de €/año en I+D).

c) Potencial fuente de creación de empleo y de consolidación del tejido industrial. La energía eólica crea cinco veces más empleo que lo hacen las tecnologías convencionales (cerca de 25.000 personas laboran en el sector, una cifra que se multiplicará considerablemente en los próximos años); además los trabajos creados por su través son, en principio, de calidad y con visos de estabilidad, dado que el 70% del total de los empleos del sector son cualificados. Además, este sector cuenta con un sólido complejo industrial integrado por empresas que en muchos casos se encuentran en la vanguardia empresarial y gozan de un gran prestigio internacional. La

¹³ Al respecto, <https://www.irena.org/publications/2019/May/Renewable-power-generation-costs-in-2018> (consultado con fecha 06/04/2021).

¹⁴ Información obtenida en <https://www.aeeolica.org/> (consultado con fecha 5/07/2019).

implantación de la industria eólica en España está tan consolidada, que sus más de doscientos centros de fabricación se distribuyen a lo largo y ancho de todo el territorio nacional.

2.- Orden ambiental, como garantía confiable frente al reto del desarrollo sostenible. Como ya se ha señalado, la energía eólica goza en su haber la virtud de no contaminar, del mismo modo que permite ralentizar el agotamiento de combustibles fósiles y, con ello, también demorar el proceso de cambio climático. Así, por ejemplo, España¹⁵ impidió en 2018 la importación de aproximadamente el equivalente a 9 millones de toneladas (TM) de petróleo; evitó la emisión de 25 millones de toneladas de CO₂; y ahorró más de 1.500 millones de €/año en importaciones de combustibles tradicionales procedentes de los combustibles fósiles.

3.- Orden social, en la medida que constituye una apuesta estratégica vertebradora e integradora del territorio, sobre todo en lo que concierne al mundo rural frente al fantasma de la despoblación¹⁶. Su implantación genera ingresos para la población y los ayuntamientos, crea empleos estables y de calidad, lo que producirá, a nuestro juicio, en breve, porque ya lo está produciendo de hecho, un cambio en el panorama de la España interior, que ya comienza a

¹⁵ Información obtenida en <https://www.aeeolica.org/> (consultado con fecha 5/07/2019).

¹⁶ Al respecto y, en este sentido, consultar la siguiente información, https://elpais.com/elpais/2019/03/21/actualidad/1553163252_101551.html (consultado con fecha 06/04/2021).

atisbarse, pero que, sin duda, se constatará más concluyentemente en los próximos años.

4.- Orden jurídico. Ante la conveniencia de optimizar el recurso eólico y reducir el impacto ambiental, los aerogeneradores suelen agruparse en unos espacios físicos denominados parques eólicos¹⁷, cuya producción es evacuada para su almacenamiento en una estación receptora creada para tal fin. El proceso de construcción de un parque eólico resulta más que complejo¹⁸, puesto que son muchas características las que influyen a la hora de determinar su ubicación y el momento de explotación: al respecto, es imprescindible calibrar la variación espacial, temporal y vertical del viento a lo largo de los años, una serie de parámetros mensurables con anemómetros y veletas, con la finalidad de estudiar la eventual producción de la futura instalación, y así poder asegurar su potencial eficiencia.

Precisamente por ello y relacionado con este último apartado, resulta conveniente analizar una serie de aspectos jurídicos relevantes adscritos al ámbito del Derecho privado vinculados con la sucesiva y evidente implantación de la energía eólica en nuestro territorio, principalmente en el mundo agrario, donde, a pesar de la palpitante actualidad y modernidad del fenómeno abordado, el Derecho romano, lejos de conocer cronológicamente la situación planteada, vuelve a estar presente y se ofrece como punto de

¹⁷ SERRANO SANTAMARÍA, A. *Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico-privados*. (dir. C. Rogel Vide; S. Díaz Alabart). Reus. Madrid. 2019, págs. 97 y ss.

¹⁸ SERRANO SANTAMARÍA, A. *Op. Cit.*, págs. 115 y ss.

referencia en gran parte de las soluciones jurídicas adoptadas, cual si una sombra alargada se tratara, en calidad de acreedor privilegiado y preferente en lo que al Derecho de nuestros días se refiere.

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL AIRE Y DEL VIENTO:

II.1 DERECHO ROMANO

Sabido es que el Derecho romano, dentro de la categoría genérica de las cosas (*res*), reputaba *res communes omnium* a las cosas cuyo goce correspondía a todos los hombres, por no pertenecer ni a los particulares, ni a la comunidad política, esto es, se trataba de cosas que estaban destinadas, *iure naturali*, al uso común de todos los hombres y, precisamente por ello, contaban con un carácter netamente extrapatrimonial. Esta denominación aparecerá así recogida en la obra compiladora de Justiniano y, tal como podremos comprobar, esta subcategoría resultará diferente de otras como lo fueron las *res publicae romani*¹⁹, las *res universitatis*²⁰ y las *res nullius*²¹.

¹⁹ ALBURQUERQUE, J.M. *La protección o defensa del uso colectivo de cosas públicas en Derecho Romano*. Dykinson. Madrid, 2002.

²⁰ Esto es, las cosas pertenecientes a otras ciudades distintas de Roma y que, según un uso impropio, pero fundamentado, son también llamadas cosas públicas. En este sentido, VOICI, P. *Manuale di diritto romano. Parte generale II*. Giuffrè. Milano. 1998, pág. 308.

²¹ No obstante, se ha sostenido que aquella sería una categoría más antigua y que la doctrina romana moderna no pudo sistematizarla, ya que aparecía confundida con la expresión *res nullius*. Sobre el punto, es ilustrativa una observación de Bonfante quien expresa que Gayo entendió las *res nullius* “como de ninguno en particular porque pertenecían a todos”. En este sentido, BONFANTE, P. *Corso di Diritto romano*. Giuffrè. Milano. 1966, pág. 82.

Este preámbulo, enlazado con el tema que nos ocupa, cual es la energía eólica, nos conduce al tratamiento jurídico de uno de los elementos de la naturaleza por excelencia: el aire.

Aun cuando la primera referencia que el Derecho romano nos proporciona respecto del aire aparece precisamente a propósito de la clasificación de las cosas, concretamente cuando se alude a la categoría de las *res communes omnium*, junto al agua corriente, el mar y el litoral del mar²², las dudas surgen en cuanto a tal caracterización, toda vez que, por un lado, esas mismas cosas son incluidas también en las fuentes romanas en la categoría de las *res publicae*²³ frente a las *res privatae*; y, por otra parte, la categoría de las *res communes omnium* ya habría sido contemplada por los juristas Neracio y Celso²⁴, no obstante hubiera sido Marciano en la época tardorrepublicana quien, muy aficionado y proclive a las alusiones filosófico-literarias, le atribuyera sustantividad a la misma, al haber establecido su deslinde, tanto respecto de las *res publicae (universitatis)*²⁵, como de las *res*

²² D. 1, 8, 2, 1 (Marciano, *Institutiones*, Libro III): “Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, ...”.

²³ D. 43, 8, 2, 9; 50, 16, 112.

²⁴ D. 41, 1, 14 (Neracius); 43, 8, 3, 1 (Celsus), con alguna incidencia tanto en Paulo (D. 18, 1, 51), como Ulpiano (D. 47, 10, 13, 7). Tal como veremos, a favor de esta tesis se encuentra Scialoja y Grosso, mientras que se manifiestan en contra autores como Bonfante, sobre la base de que tales textos resultan más que confusos, pues no presentan una verdadera categoría jurídica, sino que más bien plantean un ámbito filosófico, traído a colación por Celso y a título individual, a propósito de las costas marítimas, sin descartar como hipótesis la posible interpolación producida en los referidos textos. Al respecto, VECTING, W.G. *Domaine public et res extra commercium*. Paris. 1947, págs. 4 y ss.

²⁵ Destaca al respecto la triple clasificación presentada por Branca, quien sostiene la importancia del trípede existente en la época clásica y justiniana conformado por *res communes omnium*, *res publicae* y *res universitatis*. En este sentido,

privatae (singulorum), partiendo con ello de una clasificación de las cosas que distaba en gran medida de la *summa divisio rerum* invocada sobre el particular por el influyente y reputado jurista romano Gayo²⁶.

Y es que la categoría de las *res communes omnium* atiende en Roma a la preservación de los intereses de la comunidad, en la medida que por medio de ellos se aseguraba que el uso y disfrute abierto e ilimitado sobre ciertos bienes de carácter básico e imprescindible correspondiera a los ciudadanos y, por ende, no pudiera ser objeto de monopolio por parte de la República romana, estableciendo con ello una clara diferenciación con las *res publicae*²⁷. Así pues y, en su virtud, cada ciudadano romano en relación con la *res communis omnium* usaba la cosa como propia y la utilidad que tal uso le reportaba era tenida como individual, sin que ello implicara, sin embargo, un derecho de apropiación exclusiva y excluyente sobre la misma, sino más bien una suerte de garantía individual a propósito del uso de la cosa, que implicaría, incluso, la disposición del propio fin de la misma y de su apropiación inocua en una medida que permitiera un uso concurrente y en condiciones igualitarias con el

BRANCA, G. *Le cose "extra patrimonium humani iuris"*. Giappichelli. Torino. 1941, págs. 4 y ss.

²⁶ *Institutiones, Gaius* 2, 1.

²⁷ Conviene advertir que el fundamento de las denominadas *res communes omnium* y su diferenciación respecto de las *res publicae* es motivo de constante debate en la doctrina romanista contemporánea: ZOZ, M.G. *Riflessioni in tema di res publicae* Giappichelli. Torino. 1999, págs. 35 y ss., 59 y ss.; FIORENTINI, M. *L'acqua da bene economico e "res communis omnium" a bene colectivo*, *Analisi giuridica dell'economia*, n° 1. 2010, págs. 39-78.

resto de los ciudadanos²⁸, hasta el punto que la República no contara sobre ella con un derecho de plena y absoluta disponibilidad.

Así pues, en opinión de algún autor²⁹ y, sin restar interés al binomio diferenciador integrado por las *res communes omnium/res publicae*, ambas categorías permiten incluir bajo su estela cosas susceptibles de ser usadas por todos, un criterio sustentado, entre otras razones, no solo en cuestiones de índole jurídica, sino también lingüística. De ahí que partiendo de la existencia de tres categorías dentro de las *res extra patrimonium humani iuris*, se puedan apuntar a su vez tres regímenes jurídicos correspondientes con la mencionada clasificación durante el período clásico³⁰, una cuestión que resultaría más que discutible en la época justiniana.

²⁸ VOICI, P. *Op. Cit.* 1998, pág. 313.

²⁹ SCIALOJA, V. *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Edit. P. Bonfante. Roma. 1928, págs. 125 y ss.

Defensor de la existencia de la categoría jurídica *res communes omnium* dotada de una cierta peculiaridad y fruto de una evolución jurisprudencial, que hunde sus raíces en la época clásica proveniente del ámbito literario, se muestra enfáticamente Scherillo. Al respecto, SCHERILLO, G. *Lezioni di Istituzione di Diritto Romano. Le cose*. Giuffrè. Milano. 1945, págs. 69 y ss.

³⁰ A finales del siglo I d.C. se habría producido un perfilamiento de la categoría *res publicae*, en la medida que, a la vez que existen cosas comunes a todos cuyo uso no puede prohibirse a nadie dada su destinación natural (*res communes omnium*), existen otras, sin embargo, que también son comunes, pero cuyo uso puede ser vetado dado que el uso común radica en su pertenencia al *populus Romanus* o a una *civitas Romana* (*res publicae, res universitatis*), lo que se traduce en un doble régimen jurídico en torno a su uso: ya por su relación con el resto de *cives Romani*, ya por su relación con la entidad pública de la que se trate. Ver en este sentido, TERRAZAS PONCE, J.D. *El concepto de res en los juristas romanos, II: Las "res comunes omnium"*. REHJ n° 334. Valparaíso. 2012, págs. 127-163.

Precisamente, por lo que respecta a la categoría de las *res communes omnium* en la compilación justiniana³¹, aun cuando la fuente procede de Marciano, lo cierto es que dicha referencia prescinde de las *res publicae*, una circunstancia cuya explicación da pie a diversas conjeturas: bien la asimilación de estas últimas por aquellas³²; ya la ignorancia de las *res publicae* por el jurista Marciano; e, incluso, aventurar el posible error de un copista en la supresión efectuada³³.

Así pues, la compilación de Justiniano incorpora tanto la versión de Gayo como la de Marciano en cuanto a la clasificación de las cosas, no tanto con una pretensión conciliadora o de síntesis, sino con miras a la obtención de una solución más sencilla y cómoda acorde con la nueva realidad a la que se adapta el Derecho justiniano a partir de la marcada dualidad imperante *res publica-res privata*, en cuya virtud se tiende a la unificación de las cosas que no pertenecen a los particulares, perdiendo por tanto vigencia en esta época la distinción entre *res communes*, *res publicae* y *res universitatis*, un proceso ya iniciado a partir de la época del Principado³⁴ consistente en aglutinar bajo una categoría única las diversas variantes de las *res publicae* existentes en la terminología clásica, sin que ello condujera a abandonar totalmente el recuerdo de las categorías históricas³⁵.

³¹ *Institutiones* 2, 1 pr.; 2, 1, 1; D. 1, 8, 2.

³² BONFANTE, P. *Corso di Diritto romano*. Giuffrè. Milano. 1966, págs. 41 y ss.

³³ GROSSO, G. *Corso di Diritto Romano*. Torino. 1941, págs. 89 y ss.

³⁴ GUZMÁN BRITO, A. *Derecho Privado Romano I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006, págs. 442 y ss.

³⁵ ZOZ, M.G. *Op. Cit.* 1999, pág. 31.

En todo caso, el declive y desaparición del Imperio Romano desembocará en la época medieval, lo que supondría no solo la pérdida progresiva de la noción de romanidad, sino también la generación de un vacío de poder unitario que propiciará a su vez, tanto la desmembración del poder político, cuanto el surgimiento de múltiples poderes locales disgregados con sus respectivos y diversos ordenamientos jurídicos³⁶, una seña de identidad propia del Derecho medieval.

Con relación al tratamiento específico del aire, el Derecho romano no lo trató en exceso³⁷, puesto que su uso no reportaba en la antigüedad algún tipo de compensación económica directa, por no resultar apropiable, a pesar del hecho de poder ser usado y disfrutado por todos, fundamentalmente en el caso de las corrientes de aire³⁸ por lo que al ámbito de la navegación marítima se refiere. Tanto es así, que las escasas alusiones en las que se cuenta lo son a propósito de su equiparación jurídica con el mar o las costas³⁹, constatación de una parquedad que permite abonar más si cabe su polémica catalogación respecto a la potencial exclusión, no solo del elenco conformado por

³⁶ Sobre dichos caracteres propios del Derecho medieval (pluralismo, personalismo y particularismo), SCHIAVONE, A. *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*. Einaudi. Torino. 2005, págs. 74 y ss.; GROSSI, P. *L'ordine giuridico medievale*. Laterza. Roma-Bari, 2006, pág. 48.

³⁷ SCIALOJA, V. *Op. Cit.* 1928, págs. 125 y ss.

³⁸ PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*. Barbera. Firenze. 1906-1908, pág. 596. En contra, DELL' ORO, A. *Le "res communes omnium" dell'elenco di Marciano e il problema dell' loro fondamento giuridico*, en *A Studi Urbinati - Scienze giuridiche, politiche ed economiche* n° 31. 1962-1963, pág. 271.

³⁹ CICERÓN, M.T. *De officis* 1, 16, 51.

las *res communes omnium*, sino también incluso de la misma noción de cosa *-res*-⁴⁰.

En efecto y, según argumenta Bonfante⁴¹ con los criterios y la terminología más propios del Derecho actual, el aire carecía en la sociedad antigua de cualquier tipo de valor económico y, por ende, adolecía de trascendencia jurídica, ante la imposibilidad de ser susceptible de apropiación, aunque lo fuera de manera parcial, como consecuencia del desconocimiento al respecto por parte de los pueblos antiguos, incluido entre ellos el romano, lo que dificultaría incluso su tipificación como *res*, por carecer de un régimen jurídico propio, a pesar de que, por su propia naturaleza, no pudiera impedirse su uso por **parte de** todos⁴².

Sin embargo, otros autores⁴³ consideran que el aire, por su naturaleza, constituye una verdadera *res communis*, toda vez que no solo se caracteriza por ser susceptible de un uso público, tal como lo son las *res publicae*, sino que su particularidad radica, además, en hallarse verdaderamente sustraído al ámbito de los negocios de los particulares, de tal suerte que, al ser un elemento generado por la

⁴⁰ ROBBE, U. *La non classicità delle "res communes omnium"*, Studi in onore di Andrea Arena IV. Napoli. 1981, págs. 377 y ss.

⁴¹ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1966, pág. 62.

⁴² En este sentido, SCHERILLO, G. *Op. Cit.* 1945, pág. 263.

⁴³ SCIALOJA, V. *Op. Cit.* 1928, pág. 126. Concretamente, Grosso afirma que la categoría enunciada y presentada sistemáticamente por Marciano obedece más bien al fruto de un largo proceso de refinamiento conceptual derivado de Celso y Ulpiano, asumido por la jurisprudencia en su conjunto en un proceso temporal que se remonta un siglo atrás con la intervención de Marciano. Al respecto, GROSSO, G. *Op. Cit.* 1941, págs. 89 y ss.; MADDALENA, P. *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione della repubblica italiana*. Giurisprudenza costituzionale n° 56-3. 2011, págs. 2615-2618;

misma naturaleza, lo es destinado a su uso común y, si bien nadie puede físicamente tener su dominio, sin embargo, cualquier persona puede gozar de la ventaja que proporciona⁴⁴, tal cual sucede, por ejemplo, con el hecho de poder apropiarse del mismo para respirar.

II.2. DERECHO ACTUAL:

II.2.1. SU NATURALEZA JURÍDICA

La relación existente entre el aire (un gas de la atmósfera terrestre conformado por oxígeno, nitrógeno, dióxido de carbono y vapor de agua, entre otros ingredientes) con la energía eólica se concreta a través de la acción del viento, considerado este como una corriente de aire, merced a un uso intensivo y especial, si lo comparamos con el uso más habitual en nuestra vida cotidiana hasta los últimos años.

En efecto, por medio de unos instrumentos denominados aerogeneradores, cuya instalación en un mismo espacio conforma un parque eólico, se consuma el proceso de transformación de la energía eólica, como consecuencia de la fuerza del viento, en energía eléctrica, integrando con ello el listado de las novedosas energías renovables, que surgen como antídoto al elenco de otras energías más tradicionales basadas en un proceso de combustión -carbón, gas, petróleo-, de fisión nuclear o resultado de la fuerza del agua

⁴⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español* I. Vda. de Peñuelas. Madrid. 1874, pág. 205.

almacenada, mucho más nocivas, sobre todo algunas de ellas, para la naturaleza y la consecución del desarrollo sustentable.

Una de las premisas necesarias desde el plano del derecho al abordar la energía eólica consiste en calificar y catalogar jurídicamente el elemento sobre el que gravita la misma (el aire), cuyas corrientes generan el viento, la verdadera fuerza motriz y materia prima de esta energía. Por ello, nuestra jurisprudencia actual⁴⁵, admitiendo *ab initio* su tipificación en la noción jurídica de cosa, lo encaja dentro de la categoría de las *res communes omnium extra commercium*, esto es, una cosa común a todos los hombres; no susceptible de apropiación por su misma naturaleza⁴⁶, pues nadie puede pretender su uso exclusivo; en principio sustraída al tráfico jurídico mercantil, no obstante lo cual la energía en él implícita, no solo adquiere una determinada valoración económica, sino que también asume una peculiar significación jurídica⁴⁷, que aconseja y requiere ineludiblemente de una pronta y más que oportuna intervención del legislador.

Uno de los puntos objeto de debate y controversia en torno a la caracterización y tipificación jurídica del viento deriva de su posible catalogación como un bien de dominio público, puesto que mientras

⁴⁵ STS 28/03 y 26/06/2006 (RJA 2006/1115 y 3974, respectivamente).

⁴⁶ TAPIA SALINAS, L. *Principios jurídicos básicos de la Navegación aérea*, en Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio. Colección Estudios Jurídicos. Vol. I. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. 1978, pág. 51.

⁴⁷ LAFUENTE BENACHES, M. *La valoración de la aptitud eólica en el justiprecio del suelo*. Revista de Administración Pública nº 190. 2013, pág. 373.

la doctrina administrativista mayoritaria no se adscribe en tal sentido y se pronuncia abiertamente en contra, en tanto en cuanto una norma legal *ad hoc* así no lo consagre⁴⁸, alguna determinada jurisprudencia, aunque no mayoritaria, ciertamente, se ha pronunciado afirmativamente y le atribuye una naturaleza demanial⁴⁹, lo que implica, por ende, negar que el viento pueda constituir un elemento patrimonial privado.

A su vez, tampoco debemos omitir que el viento, si bien representa en sí mismo un recurso inagotable, cuando menos considerado en abstracto, por su uso singular orientado al aprovechamiento eólico industrial puede potencialmente llegar a determinar, menoscabar e, incluso, agotar su utilización en las zonas colindantes de explotación, de tal suerte que su pretendido carácter inagotable resulte cuestionable en aquellos lugares aptos para la instalación de un número de aerogeneradores suficientes para instalar y explotar en un parque eólico, más aún si partimos de la premisa en cuya virtud la exigencia de una determinada intensidad, frecuencia y velocidad en la corriente del viento constriñe y delimita indubitadamente los emplazamientos potencialmente idóneos de los parques eólicos⁵⁰, tal como analizaremos más adelante, al analizar

⁴⁸ MARIENHOFF, M.S. *La condición jurídica del viento*. Jurisprudencia Argentina IV. 1961, págs. 73-75; DELGADO PIQUERAS, F.; GARRIDO CUENCA, N. *El régimen de la energía eólica en Castilla-La Mancha*. Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental nº 21. 2010.

⁴⁹ STSJ, Galicia (22/10/2008; 9/11/2008).

⁵⁰ No se deben omitir las posibles consecuencias negativas de su instalación para la habitabilidad, lo que desaconseja su ubicación en zonas urbanizadas, sobre todo por razones de seguridad personal y de los bienes, así como de contaminación acústica por el ruido que producen los aerogeneradores, de tal

aspectos tales como la dirección, velocidad y turbulencia del viento como recurso eólico, así como también factores como la temperatura y orografía de ubicación, entre otros.

En efecto, el uso y aprovechamiento de la industria eólica del viento, por su particularidad y singularidad⁵¹, no resulta comparable en modo alguno con otros de sus usos tradicionales por parte del ser humano a lo largo de la historia –respiración, floración y plantaciones, son algunos ejemplos–, más aún cuando fruto del grado de intensidad y de la frecuencia de su uso se exige la ocupación del terreno sobre el que el viento insufla su fuerza, a lo que habría que añadir que, por su través, se generan una serie de afecciones sobre las tierras que, en algunos casos, revisten un marcado carácter excluyente con relación a terceros. Así las cosas y, en virtud de esta utilidad sobrevenida del viento por mor de un uso particular y singular más bien de carácter inédito desde una visión ortodoxa y tradicional, este adquiere un valor económico digno de consideración y en modo alguno desdeñable, lo que le confiere un potencial pleno de consecuencias e implicaciones jurídicas.

De ahí que, considerado en sí mismo, la acción del viento determinará decisivamente el emplazamiento de los parques eólicos, en función de su potencialidad como elemento físico y, en la medida que se trata de un recurso no susceptible de apropiación privada, se

modo que, además de los impactos paisajísticos, ambientales y cinegéticos, no se pueden desdeñar otros que trascienden más allá del lugar donde radican las instalaciones del parque eólico (STSJ Castilla-La Mancha, de 8/07/2011).

⁵¹ SERRANO SANTAMARÍA, A. *Op. Cit.* 2019, págs. 67 y ss.

muestra, en principio, ajeno a su encuadre dentro de la noción de compensación mediante justiprecio, en el marco de un proceso expropiatorio⁵².

Sin embargo, aun cuando el viento no resulte susceptible de apropiación privada, ello no obsta para que el propietario de una finca con potencialidades eólicas, dado su emplazamiento y naturaleza, cuente con un valor añadido en su derecho de propiedad, toda vez que por su potencialidad al efecto incorpora unos bienes y recursos suplementarios que la sociedad de nuestros días valora por sus aptitudes en el proceso de transformación del sistema energético tradicional en otro más moderno y acorde con el lineamiento de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), más aún cuando estamos en presencia de un recurso limitado en razón de su cantidad o, por lo menos, degradable a través del uso.

Salvo en cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil de la administración (concurriendo una actuación administrativa, un daño y el nexo causal entre ambos elementos), el viento ha pasado casi desapercibido tradicionalmente para el Derecho administrativo. Solo el Derecho civil colateralmente lo ha abordado a propósito de la clasificación de las cosas y su correspondiente régimen jurídico.

⁵² Distinto es que se proceda a indemnizar mediante justiprecio los elementos patrimoniales privados que sean objeto de expropiación, conforme a lo establecido en la Constitución española (artículo 33), más aún cuando la legislación nacional y, por derivación, la autonómica declaran el servicio de energía eléctrica de interés económico general, así como de utilidad pública "*las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica ...*" (artículos 2, 2 y 54 de la Ley del Sector Eléctrico, Ley 24/2013, de 26 de diciembre).

Precisamente, un tema más que interesante en el ámbito del Derecho civil relacionado con la noción y clasificación jurídica de las cosas es el que concierne a si las energías naturales (electricidad, energías térmica, fonética, óptica) pueden ser consideradas cosas desde un punto de vista jurídico, toda vez que, por ejemplo, el Código civil alemán niega tal consideración, al carecer de la naturaleza propia de un objeto corporal⁵³.

Sin embargo, tratadas y tomadas en cuenta parcialmente y no de manera difusa o en su totalidad⁵⁴, se pueden apreciar a través de los sentidos, con lo que podrían encuadrarse dentro de la categoría de la cosas corporales; incluso, se pueden utilizar y obtener un aprovechamiento económico, lo que les asigna utilidad; también se pueden aislar, a la vez que acumular, circunstancia que permite atribuirles las cualidades de separabilidad e individualización; del mismo modo que pueden ser objeto de número, peso o medida, hecho que las hace susceptibles de división y distribución. Una serie de razones anteriores que nos llevan a afirmar que las fuerzas de la naturaleza, no tenidas en cuenta de una manera abstracta o ideal, sino más bien fraccionadamente o por partes (por ejemplo, la electricidad producida por la represa del Gury en Venezuela, o la que producen

⁵³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil I. Parte General*. Vol. 3º. Dykinson. Madrid. 2005, págs. 5 y 6; AA.VV. (Coord. MORENO QUESADA, B.). *Curso de Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, pág. 223.

⁵⁴ KUMMEROV, G. *Bienes y derechos reales*. 5ª edición. Mac Graw Hill. Caracas. 2002, pág. 36; AGUILAR GORRONDONA, J.L. *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho civil II*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2011, pág. 15.

los parques eólicos La Cometa I y II enclavados en el Sistema ibérico aragonés), podrían ser reputadas jurídicamente cosas.

Y es que el viento actualmente sobrepasa su condición de elemento de la naturaleza de exclusivo objeto de interés para el estudio e investigación de las ciencias, hasta el punto de erigirse en materia prima esencial y decisiva sobre la que gravita la energía eólica, cuyo aprovechamiento y desarrollo genera pingües beneficios, alcanza una alta rentabilidad económica, y se avizora como una de las fuentes punteras futuras de producción de la energía eléctrica.

Como sabemos, toda relación jurídica queda conformada por los sujetos, el objeto y la consecuencia jurídica que conlleva, generalmente traducida en una norma. De ahí que en dicha relación jurídica las cosas se oponen a los sujetos que tienen atribuido el poder o facultad sobre las mismas⁵⁵ y, por ende, éstas constituyen el elemento objetivo de esta relación jurídica, su soporte material⁵⁶. Tomando en consideración el derecho subjetivo como parte integrante de la relación jurídica, su objeto viene representado por la entidad sobre la cual recae la facultad o poder que aquel confiere⁵⁷.

⁵⁵ Precisamente, el parágrafo 285 del Código civil austriaco (ABGB) señala que la cosa en sentido jurídico es todo aquello que no es persona y sirve al uso del hombre. Al respecto, AA.VV. (Dir. SANTOS BRIZ, J.). *Tratado de Derecho civil. Tomo I*. 1ª edición. Bosch. Barcelona. 2003, pág. 625; AA.VV. (Coord. MORENO QUESADA, B.). *Op. Cit.* 2000, pág. 221.

⁵⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*. Tomo I. Vol. 2º. 14ª edición. Reus. Madrid. 1984, págs. 574 y ss.

⁵⁷ ALBALADEJO, M. *Derecho Civil I*. Vol. 2º. Bosch. Barcelona. 1996, pág. 85.

De entre los posibles objetos del derecho subjetivo debemos incluir las cosas, cuyo concepto presenta dificultades añadidas ante la pluralidad de acepciones que nos muestra, al margen de la propiamente jurídica, y el hecho de que los Códigos civiles no se presten para su definición. En efecto, desde una perspectiva coloquial, el vocablo cosa es entendido muy laxamente como cualquier objeto material del mundo exterior, lo que nos llevaría a incluir bajo su manto lo que no podría ser objeto de derecho (así, por ejemplo, el aire); por otro lado, desde un plano filosófico cosa es todo ser o entidad posible, incluido el que resulte de la imaginación o ficción (máquina del tiempo), lo que excedería su visión jurídica. Pero es que ni siquiera desde un estricto plano jurídico contamos con una noción pacífica sobre el término cosa, toda vez que no sólo se discute si se trata del objeto inmediato o mediato del derecho, sino que también se cuestiona su misma extensión –cosas materiales o inmateriales-, una cuestión que se agudiza más si cabe ante la tenue y débil línea de separación que presenta con la noción de bien.

Y es que para que podamos hablar de cosa en sentido jurídico han de concurrir una serie de atributos, a saber: existencia o entidad en el mundo exterior dentro del comercio de los hombres⁵⁸, como una realidad no ficticia, sea presente o futura⁵⁹, unitaria o no unitaria⁶⁰;

⁵⁸ AGUILAR GORRONDONA, J.L. *Op. Cit.* 2011, pág. 6.

⁵⁹ AA.VV. (Dir. SANTOS BRIZ, J.). *Op. Cit.* 2003, pág. 627.

⁶⁰ No es preciso que cuenten con una existencia unitaria, sino que bastaría que estuviera unida a otras para alcanzar una individualidad. En este sentido, AA.VV. (Coord. MORENO QUESADA, B.). *Op. Cit.* 2000, página 223.

sustantividad e individualización⁶¹, lo que le confiere una existencia separada y autónoma; apropiabilidad⁶², esto es, susceptibilidad de someterse a la titularidad de un sujeto; y, por fin, utilidad⁶³, de tal manera que por su través el ser humano pueda ver satisfecha alguna de sus necesidades, materiales o espirituales, lo que confiere un determinado valor económico⁶⁴.

A lo largo del siglo XIX se venía sosteniendo el carácter impersonal del término cosa, en contraposición al sujeto del derecho subjetivo, razón por la cual se negaba que el ser humano y los miembros y órganos de su humanidad pudieran ser reputados como cosa⁶⁵; sin embargo, los avances tecnológicos han propiciado que órganos del cuerpo humano se puedan trasplantar con fines médicos y sin ánimo de lucro, de tal manera que, en aras de la consecución de un fin superior y altruista, podríamos hablar en estos casos de cosa en sentido jurídico, de la misma manera que sucede con el cadáver o alguna de sus partes⁶⁶. A ello habría que añadir que determinados atributos de la personalidad -intimidad- pueden ser objeto de los llamados derechos de la personalidad⁶⁷, si bien por revestir un carácter personalísimo no sean transmisibles.

⁶¹ AA.VV. (Dir. SANTOS BRIZ, J.). *Op. Cit.* 2003, pág. 627.

⁶² CASTAN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* 1984, pág. 405; AGUILAR GORRONDONA, J. L. *Op. Cit.* 2011, págs. 7 y 8.

⁶³ AGUILAR GORRONDONA, J.L. *Op. Cit.* 2011, págs. 6 y 7.

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho civil*. Vol. I/1. 2ª edición. Tecnos. Madrid. 2000, págs. 247 y 248.

⁶⁵ AA.VV. (Coord. MORENO QUESADA, B.). *Op. Cit.* 2000, pág. 223; LACRUZ BERDEJO, J. L. *Manual de Derecho civil*. Cometa. Zaragoza. 1980, pág. 276.

⁶⁶ AA.VV. (Dir. SANTOS BRIZ, J.). *Op. Cit.* 2003, pág. 626.

⁶⁷ AGUILAR GORRONDONA, J.L. *Op. Cit.* 2011, pág. 3.

Así pues, a partir de los mencionados atributos asignados a la cosa desde un plano meramente jurídico, podemos concluir que consideramos cosa jurídicamente hablando “*toda entidad existente en la realidad del mundo exterior, que está dotada de sustantividad e individualidad propia, susceptible de ser objeto de una relación jurídica y capaz de suministrar a su titular una utilidad de carácter material o espiritual*”.

En el intento de delimitar la noción jurídica de cosa procede traer a colación la polémica en torno a si un derecho puede ser objeto de otro derecho, esto es, los llamados derechos sobre derechos (hipoteca sobre derechos, usufructo sobre derechos, prenda de derechos)⁶⁸, puesto que si bien quienes así lo afirman sostienen que un derecho constituye una cosa incorporal y, por ende, puede estar sometida a otro derecho, resulta más que alambicado mantener que, sin perder su propia naturaleza, el poder jurídico que el derecho confiere pueda quedar sujeto a su vez a otro poder.

En esa misma línea de delimitación de la noción jurídica de cosas, procede ponerla en relación con la noción de bienes y entretejer la conexión que media entre las cosas y los bienes. Así, los romanos entendían que los bienes *-bona-* constituían una modalidad de las cosas, más concretamente representaban las que suministraban una utilidad o provecho al ser humano. En una visión más moderna, nos

⁶⁸ ALBALADEJO, M. *Op. Cit.* 1996, pág. 17; DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. *Op. Cit.* 2000, pág. 269.

encontramos con criterios muy heterogéneos en el intento de establecer una delimitación: así, desde quienes propugnan la identificación o sinonimia de ambas expresiones⁶⁹; pasando por los que plantean una relación de género y especie⁷⁰ entre ambos vocablos; los que reducen la cuestión a un tema de mera perspectiva, según predomine una visión objetiva o subjetiva⁷¹; o, finalmente, los que abogan por establecer una diferencia neta entre ambos conceptos, ya sobre la base de cualidades tales como la corporeidad⁷² (cosas) o incorporeidad (bienes), la actualidad (cosas) o la potencialidad (bienes), la patrimonialidad (cosas) o extrapatrimonialidad (bienes), o incluso la susceptibilidad de apropiación⁷³, puesto que para que un bien asuma la cualidad de cosa debe ser susceptible de apropiación, de tal manera que, en su virtud, la noción de “cosa” resulta más amplia que la de “bien”, dado que para que una cosa sea considerada bien deberá ser susceptible de apropiación.

⁶⁹ AA.VV. (Coord. MORENO QUESADA, B.). *Op. Cit.* 2000, pág. 222; ALBALADEJO, M. *Op. Cit.* 1996, pág. 90.

⁷⁰ Ya estimando la cosa como género –entes extrajurídicos susceptibles de apropiación- y el bien una de sus especies –elemento integrante del patrimonio de las personas con idoneidad suficiente para satisfacer una determinada función económico-social-; o viceversa, considerando bienes a las utilidades del mundo exterior dignas de tutela jurídica, en tanto que las cosas quedarían limitadas a las meras realidades. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* 1984, pág. 582.

⁷¹ La cosa se presenta como toda realidad objetiva del mundo exterior, en tanto que los bienes reúnen un componente subjetivo en la medida que prestan una utilidad o provecho a su titular. Sobre el particular, KUMMEROV, G. *Op. Cit.* 2002, pág. 32.

⁷² LACRUZ BERDEJO, J.L. *Op. Cit.* 1980, pág. 276.

⁷³ AA.VV. (Dir. SANTOS BRIZ, J.). *Op. Cit.* 2003, pág. 626.

Nuestro Código civil patrio no ayuda mucho al respecto⁷⁴, ya que, en ocasiones, parece pronunciarse más bien por la identidad de ambos términos –como así sucede en los artículos 336, 346, 437, 1024, 1271, 1936-, mientras que en otros casos se plantea una relación de género y especie (caso de los artículos 333, 335-337) al reputar como cosa toda realidad del mundo exterior –género- y restringir la condición de bien –especie- a las cosas integrantes de un patrimonio, ya corporales o incorporales, de tal manera que todas las cosas resultan ser bienes, pero no todos los bienes son cosas (por ejemplo, las ideas).

Aun cuando tradicionalmente el viento ha sido tipificado como cosa inapropiable, cuando menos considerado en su totalidad o integridad, lo cierto es que un aprovechamiento singular relacionado con el uso industrial del mismo, tal como sucede en el aplicado al ámbito de la energía eólica destinada a la producción de electricidad, permite su apropiación parcial o temporal, razón por la cual, al igual que la energía, encajaría dentro de la noción jurídica de cosa y, como consecuencia, también dentro del término jurídico “bien”.

Al hilo de ello ponemos en relación los conceptos de aire y viento: mientras que el aire se constituye por la acumulación de los distintos gases que integran la atmósfera, el viento representa el aire en movimiento en función de la diferencia de temperatura y presión que existe en la atmósfera. En principio, el aire como tal no es

⁷⁴ OLASO, L. M. *Curso de introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*. Tomo II. Publicaciones UCAB. Caracas. 2001, pág. 327.

susceptible de apropiación. Distinto es el caso del viento, en su condición de elemento indispensable en lo que a la energía eólica se refiere.

En efecto, el progreso tecnológico dificulta encuadrar tal o cual objeto en la categoría de inapropiable⁷⁵, por lo que dicha categoría en la actualidad permanece más como reducto jurídico que como una verdadera cualidad inherente a los objetos.

Ello nos conduce a abordar el tema nada pacífico de la naturaleza jurídica del viento desde diversas posiciones: por un lado, la que niega cualquier tipo de valoración económica y, por ende, no permite invocar un derecho de propiedad sobre el mismo, al ser inapropiable y ajeno al tráfico jurídico⁷⁶; pasando por la que le atribuye el carácter de *res communis omniun* o de *res nullius*; hasta la que le asigna minoritariamente la consideración demanial; o incluso, para concluir, la que reputa al viento como energía natural tipificada como cosa mueble, en la medida que bajo esta concepción sí resultaría apropiable.

A partir de aquí y, conforme a los criterios acotados, podemos afirmar que cuando nos referimos a la energía eólica estamos en presencia de un bien que constituye un objeto de derecho⁷⁷ y que, por

⁷⁵ LÓPEZ RAMÓN, F. *Teoría jurídica de las cosas públicas*. Revista de la Administración Pública nº 186. Madrid. 2011, págs. 9 y ss.

⁷⁶ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1966, pág. 62.

⁷⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *Comentario al artículo 333 del Código civil*, en AA.VV. (Dir. C. Paz-Ares Rodríguez). *Comentario del Código Civil*. Mº de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1993, pág. 921.

ende, alcanza la cualidad de cosa, toda vez que, *sensu contrario*, existen bienes que no son objeto de derecho (así, por ejemplo, las conductas y abstenciones) ni, por tanto, son considerados cosas⁷⁸; además, la energía eólica puede ser calificada como cosa corporal, no obstante la polémica que se suscita en torno a su posible incorporeidad, puesto que suele entenderse la electricidad como una cosa corporal mayoritariamente, dada su perceptibilidad sensorial, delimitación espacial y posible dominación efectiva y real⁷⁹.

Por otro lado y, fruto de la conexión entre los artículos 333 (todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran bienes muebles o inmuebles) y 335 del C.c. (son muebles los bienes que no son inmuebles), se puede colegir por argumento en contrario que el viento es una cosa mueble desde un punto de vista jurídico⁸⁰.

II.2.2. SU RÉGIMEN JURÍDICO

⁷⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *Comentario a los artículos 333 a 337 del Código Civil*, en AA.VV. (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi. Pamplona. 2013, pág. 2700.

⁷⁹ MEDINA DE LEMUS, M. *Comentario al artículo 333 del Código Civil*, en AA.VV. (Coord. J. Rams Albesa). *Comentarios al Código Civil III*. Bosch. Barcelona. 2001, pág. 15.

⁸⁰ El artículo 812 del *Codice civile* italiano, por argumento en contrario, nos llevaría a esta misma conclusión: "*Distinzione dei beni. Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo o sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione. Sono mobili tutti gli altri beni*".

Tal como hemos señalado con anterioridad, el aprovechamiento singular del viento para un uso industrial destinado a la producción de electricidad es el que otorga un plus más que considerable al dueño de aquellos terrenos que, en función de una serie de factores, resultan propicios por su calidad y cualidad para la construcción y puesta en funcionamiento de un parque eólico.

Ante la falta de consistencia del pronunciamiento en torno a la naturaleza jurídica del viento y, a propósito de su relación con la progresiva y masiva implantación de la energía eólica, recobra protagonismo de nuevo el principio civil con clara ascendencia romana en cuya virtud el dueño de un inmueble no solo lo es del suelo o la superficie, sino también de su vuelo y subsuelo ("*dominus soli, dominus est, usque ad caelos et usque ad inferos*")⁸¹, no obstante la opinión en contra de su vigencia actual por parte de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia⁸².

Evidentemente, la concepción individualista, amplia y extensiva del derecho de propiedad propia del Derecho romano se ha visto reducida en atención a la asunción de una función social que resulta incontestada prácticamente desde las Constituciones de

⁸¹ El Derecho romano trataba de proteger al propietario de un inmueble frente a las posibles intromisiones ilegítimas por parte de terceros, de tal suerte que el derecho de uso, goce y disfrute del propietario del inmueble resultaba prácticamente ilimitado, a salvo el perjuicio de terceros. En este sentido recurrimos a las fuentes: D. 8, 2, 50, 1; 43, 24, 50, 22, 4; 43, 18; 8, 5, 4.

⁸² VICENTE DOMINGO, E. *Aprovechamiento del subsuelo urbano*. Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos. Universidad de Cantabria. Santander. 2003, pág. 688.

Weimar (1917), la azteca, una vez triunfara la Revolución mexicana (1927), y la portuguesa (1933), todo ello fruto de una progresiva tendencia socializadora experimentada por la propiedad que ha logrado erradicar el carácter absoluto e ilimitado que le venía acompañando incluso tras la codificación decimonónica en pleno apogeo del Estado Liberal.

Concretamente y por lo que a las capas superiores –espacio aéreo- e inferiores –subsuelo- de la superficie terrestre se refiere, prima el concepto de utilidad e interés económico a la hora de delimitar el contenido del derecho de propiedad, quedado a salvo, por descontado, la presencia de un interés de índole superior –interés general, utilidad pública-, que pudiera justificar su limitación e, incluso, su privación mediante la correspondiente compensación económica.

En todo caso, el desarrollo y progresiva implantación de la energía eólica nos plantea cuando menos la cuestión relativa a si el dueño del terreno donde se instalan los aerogeneradores de un parque eólico puede ser reputado propietario del viento circulante que los retroalimenta, toda vez que, de alguna forma, se obtiene un derecho a un uso privativo sobre el mismo. Y es que, en aplicación de los principios romanos “*superficies solo cedit*” y “*accessorium sequitur principale*”, una finca no se conforma exclusivamente por su superficie, sino que también comprende lo que a ella se une natural o artificialmente, tanto en el plano horizontal, como en el vertical, siempre teniendo como referencia el criterio de la utilidad, presente o

futura, en el ejercicio del derecho de propiedad, puesto que de la misma manera que la volumetría en materia de edificación puede ser objeto de tráfico jurídico en relación al terreno del que se trata, pudiera barajarse también lo fuera la energía eólica -viento- potencial del mismo.

Así pues, si consideramos el viento como una utilidad suplementaria que proporciona el derecho de propiedad para el propietario de un terreno, no podemos entender descabellado plantear el valor económico que incorpora a su derecho y lo revaloriza, en la medida que se trata de un plus así concebido por la sociedad, una vez que la sustitución de las energías tradicionales por otras menos contaminantes se erige en un objetivo prioritario desde las instancias políticas con traducción efectiva en el ámbito de la planificación, promoción y ejecución de las respectivas políticas públicas en tal sentido.

En la medida que el desarrollo exponencial de la energía eólica pueda ocasionar una colisión de derechos (Administración, promotores, propietarios afectados, ciudadanos radicados en los municipios de los emplazamientos de parques eólicos), el ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las situaciones generadas por una nueva realidad, entre ellas las que se refieren al diseño del régimen jurídico del viento⁸³, como actor protagónico en sede de energía eólica.

⁸³ LAFUENTE BENACHES, M. *Op. Cit.* 2013, pág. 373.

Ello nos lleva a abordar la cuestión relacionada con el título jurídico (*titulus*)⁸⁴ en virtud del cual el dueño de un terreno resulta investido de las facultades de propietario para hacer valer su derecho sobre su espacio aéreo, ya por accesión, ya por ocupación.

En efecto, a través de la accesión el dueño de un inmueble hace suyo lo que la cosa produce, o lo que se le une natural o artificialmente⁸⁵. Así es, una manifestación del carácter absorbente del derecho de propiedad, tal cual esponja, lo detectamos en el artículo 353 de nuestro C.c., cuando señala que *“La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente”*.

A partir de lo afirmado, podemos distinguir dos clases de accesión⁸⁶: a) por producción (accesión impropia); y b) por unión o incorporación (accesión propia).

Un doble fundamento puede justificar la existencia de este derecho de accesión⁸⁷: por un lado, la justicia, pues parece justo que el dueño de una cosa lo sea también tanto de lo que esta produce, cuanto de lo que se le une o incorpora natural o artificialmente; y, por

⁸⁴ LAFUENTE BENACHES, M. *Op. Cit.* 2013, pág. 381.

⁸⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Derecho de Cosas.* Tomo 2º. Vol. 1º. 12ª edición. Reus. Madrid. 1984, págs. 316 y ss.

⁸⁶ ROGEL VIDE, C. *Derecho de cosas.* Reus. Madrid. 2017, págs. 137, 138.

⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales.* III, 1. Dykinson. Madrid. 2016, págs. 121, 122.

otro, la accesoriedad (*accessorium sequitur principale*), según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Incluso, se discute cuál sea naturaleza de la figura⁸⁸, toda vez que plantea si estamos ante una consecuencia lógica del contenido del derecho propiedad y, por ende, engrosa el elenco de facultades que lleva consigo; o bien se trata de un modo de adquirir la propiedad. Dos situaciones, una y otra, diferentes:

a) La derivada de la producción de la cosa (movimiento desde dentro hasta fuera), integrada en el contenido del derecho de propiedad, que constituye una expresión del derecho de goce y disfrute (*ius fruendi*)⁸⁹;

b) La que emana de la unión o incorporación a una cosa (movimiento desde fuera hasta adentro), supuesto de verdadera accesión, o accesión propiamente dicha.

En materia de accesión podemos señalar unos principios básicos que rigen la materia⁹⁰: de un lado, el ya mencionado de la accesoriedad, *accessorium sequitur principale* (*superficies solo cedit*, ex artículo 358 del C.c.)⁹¹, con una presunción *iuris tantum* que se aplica

⁸⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Op. Cit.* 2016, págs. 122, 123.

⁸⁹ Los frutos pertenecen al propietario, pero no exclusivamente a él (arrendatario, usufructuario, enfiteuta). Su régimen jurídico véase en los arts. 355-357 del C.c.

⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. *Op. Cit.* 2000, págs. 156, 157.

⁹¹ “Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”.

en favor del propietario (artículo 359 del C.c.); y, además, la distinta respuesta jurídica en función de la buena o mala fe del caso que se trate.

Relacionado con el aire, este se considera accesorio al territorio⁹², por su carácter inseparable y, por ende, sujeto al mismo régimen jurídico que aquél. Sin embargo, al tratar de encajar su tratamiento con la accesión nos encontramos con algunos inconvenientes:

a) Admitido su encuadramiento en la accesión, lo que resulta más que discutible según veremos, ante la eventual dialéctica sobre su consideración como un supuesto de accesión impropia (por producción) o de accesión propia (por incorporación), nos inclinamos por entender que nos hallamos ante un ejemplo de accesión propia, ya que no puede ser entendido como un fruto natural de la cosa, sin perjuicio de que los provechos obtenidos de la transformación del viento en energía eólica puedan ser reputados como frutos civiles para el inversor que ha instalado los aerogeneradores⁹³ y ha construido el parque eólico.

Cuestión añadida es que, en puridad, las rentas obtenidas por el dueño del terreno procedentes de la empresa instaladora que explota el parque eólico (renta anual por el período de explotación,

⁹² KROEL, J. *Traité de droit international public aérien*. Tomo I. París. 1943, pág. 33.

⁹³ STSJ, Aragón, 7/11/2001 (RJ 2002\5240).

generalmente 30 años) podrían ser tipificadas frutos civiles, a tenor de los artículos 353, 354 y 355, 3 del C.c.

b) Sin embargo, una de las premisas necesarias para que podamos hablar de accesión es la existencia de dos bienes pertenecientes a distintos dueños, lo cual implicaría reconocer una titularidad jurídica al viento distinta a la del dueño del terreno, sea la sociedad o el Estado –bien demanial-.

c) A su vez, otro de los requisitos ineludibles para la procedencia de la accesión quedaría en tela de juicio: el hecho de que el suelo y el viento constituyan una unidad indivisible, puesto que ambos elementos cuentan con una individualidad e identidad propias.

Por lo que se refiere a la ocupación⁹⁴ como título jurídico de adquisición del aire como fuente de producción de energía eólica tras el proceso de instalación y explotación de un parque eólico, podemos tener en cuenta lo que sigue:

El origen de esta institución jurídica se asocia con el modo habitual de adquisición del dominio en los pueblos primitivos, y el Derecho romano la reguló y desarrolló⁹⁵. En la actualidad su importancia es exigua, puesto que la vida social reduce la existencia

⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* Tomo 2º. Vol. 1º. 1984, págs. 280 y ss.

⁹⁵ En cuanto a su origen en el Derecho romano, BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, págs. 258 y ss.

de las cosas sin dueño, en la medida que la mayoría de las legislaciones atribuyen la propiedad de las cosas sin dueño o abandonadas al Estado.

En virtud de lo establecido en el artículo 610 del C.c.⁹⁶, estamos en presencia de un modo de adquisición originario de la propiedad y demás derechos reales, que se aplica solamente a las cosas apropiables por naturaleza, muebles⁹⁷, que carecen de dueño (*res nullius, res derelictae*). Su fundamento radica en la toma de posesión de la cosa, ya por aprehensión física, ya por sujeción al señorío de la voluntad del ocupante, con la voluntad de apoderarse de la cosa y hacerla suya (*animus domini*). De ahí que, *prima facie*, su aplicación resulte un tanto forzada en nuestro análisis, toda vez que el viento como *res extra commercium* no es objeto de apropiación y, además, su aprovechamiento singular relacionado con la explotación de la energía eólica no siempre implica un verdadero *animus domini* por parte de quien se sirve del mismo.

Sin embargo, una vez realizado el proceso de conversión y transformación de la energía eólica en eléctrica, el viento podría entenderse *res nullius* y, al tratarse de una cosa mueble, podría entrar en el ámbito de aplicación de la ocupación, si entendemos que es

⁹⁶ “Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas”.

⁹⁷ El artículo 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre) establece que los inmuebles carentes de dueño pertenecen a la Administración General del Estado.

susceptible de apropiación por el primer ocupante, después de haber obtenido los permisos administrativos de instalación y aprovechamiento, en cuyo otorgamiento se valoran aptitudes técnicas, profesionales y económicas. En cualquier caso, su catalogación como *res communis omnium*, según señalan la doctrina y la jurisprudencia, conduciría a su tipificación como *res extra commercium* y, en consecuencia, dificultaría invocar la ocupación por su carácter inapropiable (ex artículo 610 del C.c.).

Más fácil sería, empero, sortear el requisito del *animus domini*, pues, aun no existiendo como tal un acto de posesión, el simple hecho de usarla particularmente, aunque no siempre se obtenga un aprovechamiento privativo y exclusivo de la cosa, evidencia una efectiva potencialidad que permitiría sobreentender la premisa de sujeción al poder de una persona con intención dominical.

Así las cosas, si partimos de la consideración del viento como un componente del patrimonio del titular del terreno o finca, al modo y manera de una extensión de su derecho de propiedad sobre la misma, en cuya virtud el dueño puede servirse de todas las cosas situadas en su espacio y obtener un aprovechamiento singular que le reporta un valor económico añadido, pudiera tener cabida la institución jurídica de la ocupación, eso sí, adaptada a las nuevas realidades y, por ende, bajo un enfoque distinto al que nos muestra su configuración tradicional.

Por ello, en lo relacionado con el título jurídico que legitima al dueño del terreno a un uso singular producto de la instalación de un parque eólico, no podemos olvidar que desde el momento que la Administración reviste de utilidad pública la implantación de la energía eólica está creando a favor de quienes lo soliciten y cumplan los trámites legales un derecho privativo a explotar con fines industriales la fuerza del viento. En su virtud, los promotores de la instalación y explotación de los parques eólicos adquieren facultades inherentes al propietario del inmueble, como es el derecho al uso libre del viento, ya voluntaria o involuntariamente, mediante una compensación económica que refleja su valoración económica⁹⁸, en la medida que el importe final de la indemnización asignada al dueño de la finca compensa la totalidad de la privación infligida, dado que no solo comprende el valor del suelo, sino también el correspondiente al uso libre del viento que circula sobre él y, sin el cual, la implantación de la energía eólica no sería posible.

III. A PROPÓSITO DE LOS PARQUES EÓLICOS

⁹⁸ El Tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJ, Galicia, 30 de julio de 2010, JUR 2010\327931) considera que en la valoración del terreno en este caso ha de tenerse en cuenta que se trata de un suelo rústico con prohibición de uso agrario, ganadero y forestal, si bien con una potencialidad propia para el aprovechamiento energético del viento, sin cuya cualidad ni cabe la instalación de parques eólicos, ni la correspondiente autorización de explotación.

El alto costo de la inversión que implica la instauración de la energía eólica requiere de unos recursos eólicos en cantidad e intensidad suficientes para su aprovechamiento óptimo. De ahí la necesidad de la creación de los parques eólicos. A tal fin y, antes de su construcción y puesta en marcha⁹⁹, es preciso evaluar diversos factores para determinar su emplazamiento en función del potencial eólico del territorio (orografía, altura, frecuencia e intensidad del viento, entre otros), en aras de la obtención de una explotación rentable y duradera en el tiempo. De ahí, la gran importancia del viento como materia prima, pues su existencia se erige en factor imprescindible para el desarrollo y explotación de la energía eólica, sobre la base del terreno en el que circula que se convierte en soporte necesario de la actividad (*“sustentación de los elementos configuradores del parque eólico”*)¹⁰⁰.

Por tal motivo, se elaboran atlas eólicos desde la Administración estatal tendentes a localizar emplazamientos viables para la instalación y explotación de parques eólicos idóneos y rentables económicamente. A partir de tal premisa, todas las Administraciones implicadas (autonómicas, municipales) pueden realizar su propia planificación eólica sobre la base del conocimiento de las zonas aptas para la instalación de parques eólicos, dada su potencialidad más que suficiente por el recurso eólico que atesoran.

⁹⁹ En torno al procedimiento administrativo conducente a la instalación de un parque eólico, LÓPEZ SAKO, M.J. *Regulación y autorización de los parques eólicos*. Thomson-Civitas. Madrid. 2000, págs. 450 y ss.

¹⁰⁰ Sentencia del TSJ de Aragón de 7/11/2001.

Vemos, pues, como el viento ya no constituye solamente un elemento de la naturaleza, sino que ha devenido en una materia prima de gran importancia para la industria eólica, con lo que ello implica desde un punto de vista socioeconómico, así como también medioambiental ante el reto que representa la progresiva implantación de las energías renovables en sustitución de las tradicionales, más nocivas desde el punto de vista del desarrollo sostenible de la humanidad.

A ello ha de sumarse el cariz de utilidad pública e interés social que preside todo lo concerniente a la implementación de la energía eólica, no solo en la medida que coadyuva al reto de potenciar las energías renovables a los fines de que, mediante un uso racional de los recursos naturales, se logre suplantarse el sistema tradicional de energías de combustión, sino también porque se enmarca en el proceso de planificación y ejecución de políticas públicas energéticas tendente a satisfacer un servicio público esencial, cual es la producción de energía eléctrica¹⁰¹ con miras a garantizar el suministro eléctrico general.

¹⁰¹ Precisamente y en esta línea, el artículo 54 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico señala lo siguiente: “1. Se declaran de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso.

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

Las consecuencias derivadas de tal declaración de utilidad pública son establecidas en el artículo 56 de la misma Ley 24/2013 al prescribir que: “1. ...

En todo caso, una declaración genérica de utilidad pública aplicable a la industria eólica destinada a la producción de energía eléctrica no exime de una resolución *ad hoc* que justifique la utilidad pública de cada proyecto eólico en particular, un título jurídico que permitirá llevar a cabo las expropiaciones y ocupaciones temporales imprescindibles de los terrenos afectados conforme a los principios de intervención mínima en la propiedad privada y de proporcionalidad debida, siempre en el supuesto dado de no haberse alcanzado previamente un acuerdo con los propietarios de las fincas de las que se trate.

Efectuada esta introducción, son varios los aspectos que debemos considerar a la hora de delimitar cuál es la noción de parque eólico¹⁰²: se trata de una instalación industrial destinada a la

llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.

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

¹⁰² La legislación gallega fue la pionera en tal sentido en el artículo 2 del Decreto 302/2001, de 25 de octubre, sobre aprovechamiento de energía eólica en Galicia, al definir el parque eólico como *“un establecimiento industrial de producción de energía eléctrica constituido por un conjunto de aerogeneradores interconectados eléctricamente que comparten instalaciones comunes por las que se trasvasa la energía a la red de transporte y distribución”*. Otras legislaciones autonómicas siguieron el ejemplo de la gallega y definieron de manera similar los parques eólicos, así Extremadura, Asturias, Navarra (art. 1,2 Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo: *“se entenderá por parque eólico aquella instalación dedicada a la producción de energía eléctrica utilizando como energía primaria el viento. Estará constituida por un aerogenerador o una agrupación de estos, interconectados eléctricamente y con un único punto de conexión a la red de transporte o distribución. Formarán parte del parque eólico sus infraestructuras de evacuación, que incluyen la conexión con la red de transporte o*

producción de energía eléctrica a partir de la fuerza motriz del viento; se integra por un número determinado de aerogeneradores –molinos, utilizando una expresión gráfica y bien descriptiva entre la población-; estos artefactos se hallan acompañados de una serie de elementos auxiliares enlazados eléctricamente entre sí a través de redes propias, que conforman una misma estructura de acceso y control con conexión a una red general a través de un punto único.

III.1 SU CALIFICACIÓN JURÍDICA

Desde un punto de vista jurídico, los parques eólicos son considerados bienes inmuebles, con todo lo que ello implica, desde diversas perspectivas.

En efecto, por lo que al Código civil se refiere, el artículo 334 enumera los bienes inmuebles y los tipifica por su naturaleza (numerales 1º, 2º, 8º y 3º), por su destinación (numerales 5º, 6º, 7º, 8º y 9) y, finalmente, por analogía (numeral 10º). Así es, y por lo que al tema que nos ocupa respecta, podemos establecer una relación de los parques eólicos con los siguientes numerales del citado artículo 334 del C.c.:

1.- Bienes inmuebles por naturaleza¹⁰³: “... 1. *Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo ...*; 3. *Todo lo*

distribución y, en su caso, la transformación de energía eléctrica, así como los accesos de nueva construcción o modificación de los existentes”.

¹⁰³ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* 1984, págs. 597, 598.

que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto ...”.

A tenor de esta categoría de inmuebles y como fruto de la construcción e instalación de un parque eólico, podemos encajar dentro de los inmuebles por naturaleza los edificios (estaciones, subestaciones), caminos (viales) y construcciones de todo género adheridos al suelo (plataformas de los aerogeneradores) existentes con motivo del parque eólico; así como todo lo que se halle unido a un inmueble de manera fija, que no se pueda separar sin quebrantamiento o deterioro del mismo (aerogeneradores, cableados subterráneos).

2.- Bienes inmuebles por su destinación¹⁰⁴: “ ... 5. *Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma ...”.*

Se pudiera entender que no sería perfectamente aplicable este numeral al caso que nos ocupa, esto es, el concerniente a los parques eólicos, puesto que, por lo general, salvo casos excepcionales, no es el dueño del terreno quien realiza habitualmente la afectación o destinación de algunos bienes muebles por naturaleza

¹⁰⁴ AA.VV. *Derecho civil I. Parte General y derecho de la persona* (Coord. F. Oliva Blázquez; L. Vázquez-Pastor Jiménez). Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, págs. 288, 289.

(fundamentalmente, cableado, aerogeneradores y otras instalaciones) a la industria o explotación del inmueble. Sin embargo, al respecto podemos hacer las siguientes consideraciones:

a) El dueño del terreno, aun cuando no sea materialmente quien realiza la afectación y destinación por no llevar a cabo la instalación y construcción del parque, sí que, a través de su decisión de formalizar un contrato de arrendamiento, o bien de aceptar una determinada indemnización por los daños infligidos a su finca, tiene la voluntad de destinar el inmueble en la medida de la afección de la que se trate a su industria o explotación.

b) Si entendemos que el aprovechamiento del viento constituye un uso singular comprendido en el contenido propio del derecho de propiedad sobre un determinado inmueble, consideramos que la voluntad del propietario del inmueble de asignar a la finca una modalidad de explotación relacionada con la producción de energía eléctrica merced a la transformación de la energía eólica, lo que nos permitiría encajar este supuesto dentro de la categoría de los bienes inmuebles por destinación según el artículo 334, numeral 5 del C.c.

3.- Bienes inmuebles por analogía¹⁰⁵: “ ... 10. ... *y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*” .

Bien es sabido que, al construir y poner en marcha un parque eólico, el agricultor, si bien conserva la titularidad de las tierras, se ve

¹⁰⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* 1984, pág. 601; AA.VV. *Op. Cit.* 2019, pág. 289.

privado de algunas facultades inherentes al derecho de propiedad, por haberlas cedido temporalmente a cambio de una compensación económica de diversa naturaleza en función del contenido de la privación de la que se trate: ya una indemnización única que repara los daños producidos en la finca (consecuencia de ocupaciones temporales con la consiguiente pérdida de productividad, o la disminución de su extensión debida a la construcción de viales internos o externos), ya el pago anual de una cantidad por todo el tiempo de vigencia del contrato (con tarifa diferente según se trate de la instalación total o parcial de aerogeneradores, incluido el radio de vuelo de los mismos, o la instalación de subestaciones transformadoras y torres anemométricas o de medición). De ahí que el derecho de propiedad resulta claramente afectado por diversas externalidades -afectaciones-, tanto superficiales (viales, subestaciones, torres de medición, aerogeneradores con sus respectivas plataformas y vuelos), como subterráneas (conductos y líneas de evacuación de la electricidad generada con destino a subestaciones transformadoras y estaciones de almacenaje).

En consecuencia, si partimos de la premisa de que el parque eólico es un bien inmueble y, según reza el numeral 10 del artículo 334 del C.c., se reputan bienes inmuebles las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, tales afectaciones deberán ser consideradas bienes inmuebles.

A mayor abundamiento, otra legislación al margen del C.c. nos permite confirmar la catalogación realizada:

Así es, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITP-AJD)¹⁰⁶, si bien se remite al C.c. y, en su defecto, al Derecho administrativo en cuanto a la calificación jurídica de los bienes, lo cierto es que aplica una tendencia expansiva con carácter excepcional al reputar a los efectos de este impuesto bien inmueble *“las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos”*.

Del mismo modo y, de conformidad a lo prescrito en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales anterior a la vigente de 2004, la naturaleza del bien se determinaba en función de la naturaleza del elemento principal –suelo o construcción- y, en su virtud, un parque eólico podía ser considerado bien urbano, en la medida que el elemento principal era la construcción; sin embargo, la vigente legislación sobre la materia de 2004¹⁰⁷, que deroga la anterior, se

¹⁰⁶ Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

¹⁰⁷ El artículo 61 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL), a propósito del hecho imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), en su numeral 3 señala que *“A los efectos de este impuesto, tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario”*.

remite a la legislación específica del Catastro inmobiliario¹⁰⁸, que deslinda entre bienes inmuebles urbanos y rústicos en función de la naturaleza del suelo¹⁰⁹, si bien introduce un *tertium genus* –inmuebles de características especiales (BICES)-, que debe ser tenido muy en cuenta en lo que a la catalogación de los parques eólicos se refiere¹¹⁰, por encajar en principio con la definición de los conjuntos complejos de uso especializado conformados por el suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora.

En suma y, por lo dicho con anterioridad, nos hallamos en presencia de un bien inmueble *sui generis*, que puede ser catalogado dentro de la categoría de los bienes inmuebles como un inmueble de características especiales.

¹⁰⁸ Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (LCI). En su artículo 6, 4 (Concepto y clases de bienes inmuebles) establece que “los bienes inmuebles se clasifican catastralmente en urbanos, rústicos y de características especiales”.

¹⁰⁹ Concretamente, el artículo 7, 1 de la LCI (Bienes inmuebles urbanos y rústicos) reza del siguiente modo: “1. El carácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza de su suelo”, en tanto que el numeral 4 b) del mismo precepto apuntala lo afirmado precisando que “A efectos catastrales, tendrán la consideración de construcciones: Las instalaciones industriales, comerciales, deportivas, de recreo, agrícolas, ganaderas, forestales y piscícolas de agua dulce, considerándose como tales, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, muelles, pantalanos e invernaderos, y excluyéndose en todo caso la maquinaria y el utillaje”.

¹¹⁰ Artículo 8. Bienes inmuebles de características especiales.

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

2. Se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos:

a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares.

Tal es la particularidad de la nueva realidad jurídica que estamos analizando, que surge la denominación de “solar eólico”¹¹¹, ante el valor propio y natural que adquiere el terreno idóneo para la construcción de un parque eólico¹¹², puesto que su aptitud no solo deriva de su calidad como soporte pasivo de los aerogeneradores, viales y líneas de evacuación, sino también de una configuración más proclive al funcionamiento correcto de la instalación, coincidente, por lo general, con cerros o colinas que dominan grandes extensiones, terrenos llanos y mesetas despejados, aberturas de montañas o costas, vaguadas o depresiones paralelos a la dirección del viento, emplazamientos que resultarán determinados una vez efectuadas las operaciones de medición adecuadas. Así las cosas y, a priori, la existencia o inexistencia de obstáculos en la circulación del viento, amén de la orografía del terreno, conceden a este un valor intrínseco con antelación a ser aprobado un proyecto eólico y a la autorización de su instalación, todo ello incluso al margen de la potencial plusvalía adquirida a posteriori consecuencia de la ejecución de un proyecto de generación de energía eléctrica mediante transformación de la energía eólica.

Lo afirmado tiene implicaciones en la valoración económica del terreno rústico objeto de expropiación con miras a la construcción de

¹¹¹ REGUEIRO FERREIRA, R.M.; DOLDÁN GARCÍA, X.R. *Política sectorial de la política eólica en Galicia. Participación social y comparación internacional*. Revista Galega de Economía Vol. 19. 2010, págs. 129 y ss.

¹¹² IZQUIERDO TOSCANO, J.M. *Energía eólica y territorio*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2008.

un parque eólico¹¹³, al cumplir una función social relacionada con usos distintos al que de suyo es natural, en la medida que aporta un plus en lo que respecta al desarrollo y promoción de actividades industriales destinadas a la generación de una energía más sostenible; es decir y, como señala la jurisprudencia, “*el destino del suelo no depende sólo del título que formalmente se le atribuya (...), sino también de la de terminación de los usos a los que con carácter sectorial puede ser orientado*”¹¹⁴. En este sentido, el uso eólico de un terreno le confiere un valor suplementario que se traduce patrimonialmente y, por ende, no es de extrañar que quien explote industrialmente el viento esté dispuesto a pagar en virtud de tal concepto, lo que implica un incremento de su valor de mercado, reflejado no solo en el ámbito del tráfico jurídico privado, sino también en el momento de fijar el justiprecio ante un eventual proceso expropiatorio en calidad de renta potencial.

En efecto y, tal como precisa la jurisprudencia¹¹⁵, entendida la implantación de parques eólicos como una función pública de ordenación del territorio, se reconoce a los particulares la facultad de ocupar el territorio para construir y explotar los parques eólicos, previa la obtención de la debida autorización administrativa, que deberá atender para ello al uso racional del suelo, acorde con el desarrollo armónico y sostenible del territorio, tendente a promover el progreso socioeconómico de las zonas afectadas con sus medios de

¹¹³ Sobre los criterios de valoración del suelo en este caso (comparación, capitalización), LAFUENTE BENACHES, M. *Op. Cit.* 2013, págs. 391 y ss.

¹¹⁴ SSTs, 20/06 (RJ 1997/4712) y 22/06/1997 (RJ 1997/6275).

¹¹⁵ STS, 11/10/2006 (RJ 2007/804).

vida tradicionales, sin desmedro ni puesta en riesgo de los intereses medioambientales y ecológicos existentes.

Emerge, así, la noción de renta potencial de la finca agraria¹¹⁶, esto es, la que pueda ser atribuible a la explotación del suelo rural conforme a los usos y actividades más probables de que sean susceptibles, con arreglo a la legislación aplicable, una renta que *“se determinará a partir de la información técnica, económica y contable de la explotación actual o potencial en suelo rural. A tal efecto, se considerará la información que sobre la renta de la explotación pueda haber sido acreditada por el propietario o el titular de la misma y, en su defecto, se considerará preferente la información procedente de estudios y publicaciones realizadas por las Administraciones Públicas competentes en la materia sobre rendimientos, precios y costes, así como de las demás variables técnico-económicas de la zona”*.

Sin embargo, no se comprende en la noción de renta eólica potencial la derivada de la explotación industrial a cargo del promotor, pues es él quien mediante su destreza y trabajo la genera, razón por la cual no conformaría el justiprecio en un proceso expropiatorio, al tratarse de meras plusvalías gestadas por la actuación del promotor, que no han de repercutir en provecho del

¹¹⁶ Al respecto artículos 8, 2 y 9, 1 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo.

dueño del suelo¹¹⁷, lo cual no debe confundirse con el incremento del valor del terreno procedente de la afectación del proyecto eólico a un nuevo uso destinado al aprovechamiento eólico¹¹⁸, en cuyo caso se está reconociendo un uso distinto al propio de la tierra, con atribución de una nueva función económica que incide en su adecuada valoración, ahora incrementada en función de la concreción y restricción de los espacios físicos delimitados por la Administración, al ser declarados aptos para el aprovechamiento industrial del viento.

A mayor abundamiento, podemos señalar que el progresivo desarrollo de la energía eólica confiere a los terrenos donde el viento circula suficientemente la cualidad de un espacio geográfico estratégico, lo que constituye un factor de localización, criterio que en la legislación del suelo ha sido considerado como un factor corrector al alza en su valoración, en cuyo caso se tienen en cuenta aspectos tales¹¹⁹ como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica, o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, que, al no constituir una enumeración cerrada, podría dar pie a incorporar un nuevo factor de localización como es el de la aptitud especial del terreno¹²⁰, susceptible de ser

¹¹⁷ Así lo reconoce el artículo 36, 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJ, Galicia, 9/11/2010, JUR 2011/51952).

¹¹⁸ STSJ, Castilla y León, 13/01/2012 (RJA 103174).

¹¹⁹ Así lo prescribe el artículo 36, 1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

¹²⁰ En tanto que la jurisprudencia, en algún caso, niega tal carácter de factor de localización a la aptitud del terreno por su potencial aprovechamiento destinado

valorado en el justiprecio ante un eventual proceso de expropiación¹²¹, en la medida que precisamente dicha aptitud especial deviene imprescindible a la hora de implantar la energía eólica y seleccionar una u otra finca.

Respecto de los intereses en juego que surgen como consecuencia de la instalación y construcción de los parques eólicos, en la primera fase del trayecto de la construcción, instalación y puesta en marcha de un parque eólico destaca¹²², por un lado, la evaluación y viabilidad económica del proyecto, que resulta vital y determinante; y, más relacionado con el tema que nos ocupa, el de la formalización y perfeccionamiento de los primeros acuerdos que permitan realizar a la empresa promotora estos trámites previos, fruto de los cuales la propiedad de las tierras afectadas resulta comprometida durante el período de tiempo pactado.

En efecto, para llevar a cabo la construcción de un parque eólico (instalación de los aerogeneradores, conexión a la red eléctrica, evacuación de la electricidad generada), no solo se ha de contar con el permiso de acceso a las tierras, sino también con la correspondiente autorización para efectuar instalaciones provisionales De ahí que

a la generación de la energía eólica (TSJ, Galicia, 30/07/2010, JUR 2010\327931), en otros se muestra favorable a indemnizar al titular de un terreno cuando, tras la instalación de aerogeneradores en territorios colindantes, su terreno propio pierde cualidad energética para producir electricidad ante el fenómeno denominado de "sombra eólica" (SAP, Zaragoza, 14/12/2006, AC 2007\807).

¹²¹ MUÑOZ GUIJOSA, M.A. *El problema de la valoración del suelo: el modelo inglés*. Dykinson. Madrid, 2007.

¹²² SERRANO SANTAMARÍA, A. *Op. Cit.* 2019, págs. 127-132.

todas estas contingencias y situaciones sean contempladas en los acuerdos iniciales entre las partes, puesto que los mecanismos más usuales para adquirir los terrenos donde se han de instalar los parques eólicos son el contrato de compraventa o el de arrendamiento (el más habitual), la constitución de un derecho real de superficie, o de una sociedad cooperativa, al margen del recurso extremo de la expropiación.

Ya en la segunda fase, una vez obtenidos los permisos y autorizaciones pertinentes, habida cuenta de la estimación positiva de la viabilidad económica del proyecto, procede la construcción del parque eólico y su puesta en funcionamiento, lo que acarreará una serie de consecuencias jurídicas que se formalizan, por lo general, en un contrato privado entre las partes¹²³, elevado con posterioridad a escritura pública e inscrito en el registro, toda vez que, por su través, se constituyen derechos reales inscribibles sobre los bienes inmuebles afectados¹²⁴.

Así, pues, precisando en torno a los intereses en juego, reseñamos lo siguiente:

¹²³ No es inusual que el contenido de esta segunda fase del procedimiento ya se hubiera contemplado en el contrato suscrito en su primera fase, de tal manera que el documento estipulado inicialmente entre las empresas promotoras y los particulares incluyera las cláusulas relativas a la instalación y explotación del parque eólico.

¹²⁴ Para la obtención de esta información, hemos revisado y consultado diversos modelos de contratos redactados unilateralmente por las empresas promotoras, que son ofertados a los distintos propietarios de los terrenos afectados por la instalación de un parque eólico.

a) La empresa promotora se reserva la propiedad de las instalaciones durante un plazo acordado con los dueños de los terrenos (por lo general, suele rondar los 30 años) y adquiere una serie de derechos conexos sobre las fincas ajenas que conforman el parque eólico, entre ellos el acceso y el uso propio de las fincas para el mantenimiento y explotación de la instalación efectuada.

b) El agricultor, si bien conserva la titularidad de las tierras de no proceder a su venta, se ve privado de algunas facultades inherentes al derecho de propiedad, por haberlas cedido temporalmente a cambio de una compensación económica de diversa naturaleza, en función del contenido de la privación de la que se trate: ya indemnizaciones únicas que reparan los daños producidos en la finca (bien como consecuencia de la realización de ocupaciones temporales con la consiguiente pérdida de productividad, o por la disminución de su extensión debida a la construcción de viales internos o externos), ya el pago anual de una cantidad por todo el tiempo de vigencia del contrato (con tarifa diferente según la instalación de los aerogeneradores sea total o parcial, incluido su radio de vuelo, o la instalación de subestaciones transformadoras y torres anemométricas o de medición).

Así pues y, en virtud de lo anteriormente señalado, el derecho de propiedad resulta claramente afectado fruto de diversas

externalidades¹²⁵ -afectaciones-, tanto superficiales (viales, subestaciones, torres de medición, aerogeneradores con sus respectivas plataformas y vuelos), como subterráneas (conductos y líneas de evacuación de la electricidad generada con destino a subestaciones transformadoras y estaciones de almacenaje).

A partir de la situación descrita, concluimos que los sujetos de la relación jurídica son la empresa promotora del parque eólico (Forestalia, Repsol, Iberdrola, Gamesa) y los propietarios de los terrenos donde se va a realizar la instalación, sean particulares, o bien una Administración (por lo general local, un Ayuntamiento).

La relación jurídica contractual así entablada presenta un carácter consensual, bilateral perfecta o recíproca, que implica el intercambio de prestaciones¹²⁶:

a) La empresa promotora adquiere ciertos derechos: acceso a las fincas; ocupación temporal inicial; y uso temporal de aquellas en lo relacionado con la instalación, construcción, puesta en funcionamiento, explotación y mantenimiento del parque eólico, obtenidas las respectivas autorizaciones administrativas.

b) Por su parte, los particulares ceden tales derechos a la empresa a cambio una compensación económica, conservando el

¹²⁵ Término acuñado desde el Análisis Económico del Derecho (AED). Sobre el particular, SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2016, págs. 85 y ss.

¹²⁶ SERRANO SANTAMARÍA, A. *Op. Cit.* 2019, pág. 134.

derecho a explotar sus fincas, siempre que resulte compatible con el ejercicio de las facultades cedidas a la empresa.

III.2. DERECHOS INVOLUCRADOS

Relacionándolo con el tema que nos ocupa, podemos afirmar que, en principio, la negociación y la consecución de un acuerdo entre las partes implicadas constituye el desiderátum¹²⁷ por lo que a la resolución óptima se refiere del problema de las externalidades del derecho de propiedad surgidas como consecuencia del proceso de construcción e instalación de un parque eólico.

Ante la novedad de la situación descrita, nos enfrentamos ante una modalidad de contrato atípico elaborado en el marco del principio de la autonomía de la voluntad, con sujeción a los límites impuestos por la ley, la moral y el orden público, a tenor de lo prescrito en el artículo 1255 de nuestro Código civil.

En el intento de encajar el contrato en ciernes en el elenco de los contratos típicos, si optamos por la suscripción de un contrato de arrendamiento, no sería de aplicación la legislación especial ni de los arrendamientos urbanos (LAU, 1994), ni de los arrendamientos rústicos (LAR, 2003), toda vez que ni su objeto versa sobre una finca

¹²⁷ POSNER, R. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 2007, págs. 173 y ss.; SHAVELL, S. *Op. Cit.* 2016, págs. 92 y ss.

urbana¹²⁸, ni tampoco, aun tratándose de una finca rústica, la naturaleza de la actividad derivada de la instalación de un parque eólico –diferente a la agrícola, ganadera o forestal- entraría dentro del ámbito de aplicación reputado como arrendamiento rústico (aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal)¹²⁹. Por ello, de suscribirse un contrato de arrendamiento, sería de aplicación supletoria a lo pactado la normativa del Código civil relativa al arrendamiento de cosas (artículos 1542 y ss.)¹³⁰, sin perjuicio de su posible inscripción registral a los fines de su oponibilidad frente a terceros¹³¹.

Sin embargo, si como suele ser habitual, el propietario de las tierras pretende seguir con su explotación el contrato arrendaticio puede resultar provisional ante la insuficiencia para atender nuevas contingencias derivadas de la nueva situación jurídica creada, tanto para la empresa promotora, como para el titular de las fincas, a menos que ya en el mencionado contrato se hubieran incluido algunas cláusulas atípicas en su seno en virtud de las cuales se crearan derechos reales que dieran respuestas a las nuevas necesidades surgidas de la negociación efectuada, bien en calidad de derechos

¹²⁸ El artículo 1, 1 de la LAU (1994) circunscribe el ámbito de aplicación de la LAU a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos al de vivienda.

¹²⁹ De conformidad a los artículos 1, 1 y 6, 5º de la LAR de 2003, respectivamente.

¹³⁰ La jurisprudencia ha sostenido al respecto que el contrato de arrendamiento funge como título hábil para la instalación, establecimiento y funcionamiento del parque eólico por parte de la empresa promotora de su explotación, aun siendo esta titular de la instalación efectuada (STS 26/06/2007, RJA 2007/3898).

¹³¹ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, 5º de la Ley Hipotecaria, modificado en virtud de la Disposición Adicional 2, 1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

reales típicos (derechos reales de servidumbre y de superficie), bien creados *ad hoc*, partiendo de la admisibilidad de la teoría del *numerus apertus*¹³² y con el cumplimiento de los requisitos que la doctrina exige para ello¹³³.

Al margen del contrato de arrendamiento ordinario, bien cabría recurrir a un arrendamiento especial o *sui generis*, que recogiera todas estas particularidades, lo que pondría sobre el tapete la conveniencia o no de crear una legislación sobre la materia que le sirviera de cobertura, con el reto de atender las necesidades y satisfacer los intereses en juego, o bien, como ya se ha apuntado con antelación, cabría recurrir *ex profeso* a la constitución de derechos reales, ya dentro del marco de los legalmente reconocidos, como, por ejemplo, el derecho de superficie (sistema de *numerus clausus*), ya creados *ex novo* en su totalidad o, incluso, bajo la consideración de nuevas modalidades de otros ya existentes, en atención a las circunstancias del caso (sistema de *numerus apertus*).

III.3. REFERENCIA ESPECIAL AL ORIGEN ROMANO DEL DERECHO DE SUPERFICIE (*IUS SUPERFICIEI*)

Los primeros antecedentes del derecho de superficie en Roma nos trasladan a los primeros tiempos de la República, en plena pugna social entre la clase patricia y los plebeyos¹³⁴, una de cuyas aristas se

¹³² Resoluciones de 10/01 y 18/02/2003 de la DGRN.

¹³³ Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. III, 1*. Tecnos. Madrid. 2016, pág. 42.

¹³⁴ DE MARTINO, F. *Storia della costituzione romana I*. Jovene. Napoli. 1972, págs. 219, 220.

proyectaba en torno a la distribución del *ager publicus*¹³⁵, tradicionalmente detentado por los patricios en calidad de poseedores y no de propietarios. Para ello traemos a colación la *Lex Icilia de Aventino publicando* (456 a.C.)¹³⁶, que supone el primer hito en la historia de Roma en cuya virtud se produce la concesión de terrenos para edificar viviendas, de tal suerte que nos hallamos ante la primera manifestación en la que se equipara a la plebe con relación a los patricios en lo que al acceso al *ager publicus* se refiere, lo que la convierte en el embrión del futuro derecho de superficie¹³⁷.

Fruto de esta *Lex* se establece una triple división en cuanto a los terrenos integrantes del *ager publicus*: los adquiridos con violencia y mediante el robo, por lo general por los patricios, que deberían ser restituidos y corresponderían a la plebe, planteándose al respecto la liquidación de los gastos efectuados por sus anteriores poseedores mediante tasación efectuada a cargo de árbitros; los ocupados legítimamente por *cives*, algunos plebeyos, que permanecerían en manos de sus poseedores en igualdad de condiciones a las que se aplicaba con anterioridad; y, por fin, el resto de terrenos que integraban la colina del Aventino, que serían entregados gratuitamente a la plebe más desfavorecida para atender sus

¹³⁵ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. “*Ager publicus*” e “*Ager privatus*” *dall’età arcaica al compromesso patrizio-plebeo*. Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias. Universidad Complutense de Madrid. Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez. Madrid. 1988, pág. 639.

¹³⁶ DIONISIO DE HALICARNASO. *Historia Antigua de Roma* 10, 31, 2; T. LIVIO. *Ab urbe condita* 3, 31, 1.

¹³⁷ ZAERA GARCÍA, A. *La superficies en Derecho romano*. Dykinson. Madrid. 2017, pág. 42.

necesidades de vivienda, muy probablemente a través de un procedimiento de asignación¹³⁸ consistente en un sorteo seguido del acto de posesión en una extensión tal cuanto se pudiera para construir una vivienda y cultivar la tierra.

Así pues, podemos concluir que el germen del futuro derecho de superficie se halla en el marco histórico de la expansión territorial romana al unísono con la reivindicación plebeya de poder beneficiarse de las tierras conquistadas mediante la concesión de terrenos para construir sus viviendas.

Más relacionado por su conexión con el futuro derecho de superficie, debemos traer a colación las concesiones de lugares públicos (*locus publicus*), que incluían solares, edificios, campos, vías públicas y caminos. Estos lugares permiten su uso a los particulares, mas no la construcción sobre ellos, a no ser mediante la correspondiente concesión *ad hoc*¹³⁹. Estamos, pues, ante otra etapa sucesiva a la *Lex Icilia* dentro del período inicial de la configuración del futuro *ius superficiei*¹⁴⁰.

Más concretamente hemos de referirnos, por su importancia, a las concesiones realizadas a favor de los banqueros para que se instalaran en el foro (*concesiones argentarii loca publica*)¹⁴¹, pues son estas las que constituyen la primera manifestación de las relaciones

¹³⁸ DIONISIO DE HALICARNASO. *Op. Cit.* 10, 32, 5.

¹³⁹ D. 43, 8, 2, 2.

¹⁴⁰ GROSSO, G. *Schemi giuridici e società*. Giappichelli. Torino. 1971, pág. 348.

¹⁴¹ 355-335 a.C., en T. LIVIO. *Op. Cit.* 9, 40, 16.

superficiaryas¹⁴² (355-335 a.C.). Sin embargo, se ha de proceder a deslindar, ante el riesgo de confusión, las concesiones del *ager publicus* y las del *locus publicus*, puesto que las primeras son fruto de la soberanía popular a través de los comicios o de un magistrado extraordinario por delegación que transferían la propiedad¹⁴³, en tanto que las de suelo urbano constituían un acto de administración no traslativo de la propiedad¹⁴⁴, competencia de los magistrados ordinarios, generalmente por tiempo indeterminado a cambio de un

¹⁴² MASELLI, G. *Argentaria. Banche e bancheri nella Roma repubblicana. Organizzazione, prosografia, terminologia*. Adriatica. Bari. 1986, pág. 13; ANDREAU, J. *Banking and Business in the Roman World*. Cambridge University Press. Cambridge. 1999, pág. 30.

¹⁴³ DE RUGGIERO, E. *Dizionario epigráfico di antichità romane*. Roma, 1961, págs. 102 y ss. (voz *Asignatio*).

¹⁴⁴ Ante la ausencia de una ley reguladora de este tipo de concesiones de lugares públicos, el medio jurídico utilizado en los estadios cronológicos iniciales de su desarrollo fue el modelo aportado por la *locatio-conductio* suscrita por magistrados (principalmente el censor) a través de las *leges locationes* o *leges censoriae*, que fijaban las condiciones de tal concesión. Sin embargo, estas locaciones administrativas se diferencian del contrato de arrendamiento (*locatio-conductio*) en su respectiva protección jurídica, pues no se aplica a aquellas la *actio locati-conducti* de este, sino más bien el *interdictum de loco publico fruendo*, basado en la concesión de un terreno público al particular para su uso y disfrute en exclusiva, concretamente por lo que al derecho de superficie se refiere, el derecho a construir un edificio sobre el terreno. Se trata, pues, de una locación *sui generis*, que conforma la relación superficiaria, con rasgos particularísimos: la incorporación de un nuevo elemento –construcción–, y la previa autorización para realizar la mencionada construcción. En este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Perspectivas de estudio en temática de Derecho administrativo romano, surgidas a tenor del pensamiento y de la obra de G. Impallomeni*. INDEX n° 26. 1998, pág. 472.; ALBURQUERQUE, J.M. *A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano*. Derecho y opinión n° 6. 1995-1996, págs. 208 y ss.

pago dinerario¹⁴⁵, que significaba un aporte para el *populus Romanus* equivalente al obtenido por los particulares de sus bienes privados¹⁴⁶.

La práctica consistente en la concesión de suelo público en las ciudades conquistadas benefició a los *collegia* y, posteriormente, al *populus Romanus*. Por su través se lograban varios objetivos de indudable relevancia¹⁴⁷: coadyuvar a resolver el problema de la vivienda; consolidar una política de colonización mediante el traslado de ciudadanos romanos a los lugares conquistados; incrementar el número de ingresos de la República; despojar de sus viviendas a los habitantes originarios de la ciudad conquistada, lo que permitía neutralizar a la población autóctona y lograr una suerte de control indirecto de las ciudades merced a la incorporación de ciudadanos romanos que desplazaban a los habitantes conquistados y los relegaban en su influencia y poderío.

A continuación, una vez referidos los antecedentes de la figura, haremos un recorrido en el desarrollo histórico del derecho de *superficies* en las distintas etapas del Derecho romano (primitivo, preclásico, clásico, posclásico y justiniano), de cuya andadura podremos colegir que no existe un único significado del término, sino que va modificándose según el momento histórico del que se trata.

¹⁴⁵ DE RUGGIERO, E. *Op. Cit.* 1961, pág. 114. (voz *Adtributio*). Esta prestación dineraria recibe diversas acepciones en las fuentes: *vectigalia*, con carácter general, para designar cualquier tipo de imposición fiscal; *vectigal*, *pensio* y *solarium*, como denominaciones específicas. Al respecto, ZAERA GARCÍA, A. *Op. Cit.* 2017, págs. 56 y ss.

¹⁴⁶ ZOZ, M.G. *Op. Cit.* 1999, pág. 168.

¹⁴⁷ T. LIVIO. *Op. Cit.* 27, 3.

En la época del *ius civile* rige a ultranza el principio tradicional *superficies solo cedit*, derivado de un derecho de propiedad pleno y absoluto (*dominium ex iure Quiritium*)¹⁴⁸, que solo admite relaciones jurídicas obligatorias respecto a las construcciones erigidas en suelo ajeno¹⁴⁹ mediante el recurso al modelo contractual representado por la *locatio-conductio*.

La protección del *ius civile* al superficiario no es suficiente y es el pretor (*ius honorarium*) quien decide reforzarla a través de un interdicto (*interdictum de superficiebus*)¹⁵⁰, expresión por antonomasia de la protección jurídica extraprocesal, lo que redundará en su paulatina configuración como institución jurídica autónoma. En su virtud, el superficiario podía atajar cualquier conato de perturbación o violencia en menoscabo del derecho de goce sobre lo construido en suelo ajeno, siempre que hubiera sido adquirido *ex iusto titulo*, es decir, sin violencia, ni clandestinamente, ni en situación de precario (*nec vi, nec clam, nec precario*)¹⁵¹. Un ejemplo más aquí del carácter corrector, coadyuvante y supletorio del *ius honorarium* respecto del encorsetado y rígido *ius civile*, al que no suplanta completamente¹⁵², en la medida que las instituciones jurídicas romanas responden a las necesidades socioeconómicas de los ciudadanos, siendo el pretor en

¹⁴⁸ KASER, M. *El concepto romano de la propiedad*. Anales de la Academia Matritense del Notariado nº 16. 1968 (trad. J. Miquel), pág. 10.

¹⁴⁹ D. 44, 7, 44, 1.; 41, 3, 26.

¹⁵⁰ D. 43, 18, 1 pr. (Ulpiano).

¹⁵¹ GUARINO, A. *Diritto Privato Romano*. 12ª ed. Edit. Jovene. Napoli. 2001, págs. 742 y ss.

¹⁵² CUENA, F. *Sistema jurídico y Derecho Romano*. Universidad de Cantabria. Santander, 1998, pág. 132.

algunos casos, como el que nos ocupa, quien en virtud de su *officium* (*officium praetoris*) modela el *ius* de una manera que lo adapta a tales demandas¹⁵³.

Una protección jurídica que se ve acrecentada por obra del pretor cuando en el edicto otorga (*dare actionem*) al *superficiarius*, previa cognición de la causa, una *actio de superficie*¹⁵⁴, lo que revela que no se trata de una concesión generalizada, sino circunscrita al cumplimiento de una serie de requisitos.

En todo caso, no se puede afirmar la existencia de una *actio in rem de superficie*¹⁵⁵, puesto que el pretor concede también el *interdictum de superficiebus*. Se trata más bien de una protección surgida de las necesidades de los superficiarios, con un cariz más bien genérico en un primer momento, sin una calificación específica, modelada por el pretor en función del supuesto concreto, lo que coadyuva al delineamiento del derecho de superficie como una institución jurídica emanada del *ius praetorium* con similitudes al régimen jurídico del usufructo y de los *agri vectigales*, lo que propiciará la consideración de la figura análogamente a los *iura in re aliena*¹⁵⁶.

¹⁵³ CUENA, F. *Op. Cit.* 1998, pág. 140.

¹⁵⁴ D. 43, 18, 1, 3.

¹⁵⁵ Sobre la polémica en torno a la naturaleza jurídica de la *actio de superficie*, ZAERA GARCÍA, A. *Op. Cit.* 2017, págs. 122 y ss.

¹⁵⁶ GALLO, F. *Alle origini dell'analogia*, en *Diritto e proceso nella esperienza romana*. Atti del Seminario Torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera. Napoli. 1994, págs. 37 y ss.

Así pues, el derecho de superficie se configura y consolida en la época clásica del derecho romano, ante la necesidad de revestir de sustantividad jurídica las construcciones levantadas en suelo público. Para ello debemos hacer una conexión con la situación socioeconómica romana del momento¹⁵⁷: en efecto, la necesidad de vivienda se erige en una necesidad de primer orden, lo que impulsará el diseño de un derecho sobre cosa ajena (*ius in re aliena*) consistente en el uso y el disfrute de una superficie ajena a cambio de una contraprestación económica (*solarium*), sobre un edificio ya construido o por construir¹⁵⁸, siendo esta última modalidad la manera más habitual de realizar las denominadas concesiones superficiarias¹⁵⁹.

Por lo que se refiere al periodo postclásico del Derecho romano, los cambios socio-políticos, económicos y jurídicos producidos en esta época de la historia de Roma determinan decisivamente la configuración jurídica de la figura estudiada. Las guerras y la crisis económica duraderas en el tiempo¹⁶⁰ incidirán en aspectos tales como la construcción de viviendas, que sufre un retroceso importante traducido en un retorno a la práctica originaria superficiaria efectuada en la época republicana, hasta el punto que abundantes constituciones imperiales conceden terrenos a particulares para que se construya en ellos, o se usen construcciones ya realizadas. La

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Op. Cit.* 1998, pág. 464.

¹⁵⁸ D. 6, 1, 74.

¹⁵⁹ D. 43, 18, 2.

¹⁶⁰ CAMERON, A. *Il tardo imperio romano* (trad. M. de Nardis, P. Rosafio). Il Mulino. Bologna. 1995, págs. 144 y ss.

configuración jurídica de la *superficies* por obra del pretor se consolida en esta etapa histórica, de tal guisa que el Derecho romano del Bajo Imperio se adapta a la realidad social del momento¹⁶¹. Con ello se consuma la doble configuración de la superficie en el Derecho clásico con el relajamiento del principio *superficies solo cedit* y el ensanchamiento de su contenido, lo que añadido al papel de la autonomía de las partes y a la influencia del Derecho de los pueblos orientales, consagrará una institución jurídica peculiar, que se alejará de su configuración clásica, por consagrar un dominio separado¹⁶²: de una parte, el del suelo; y, de otra, el correspondiente a la superficie.

A partir de aquí, la configuración del *ius superficiei* se desarrolla con soltura y rapidez en la legislación postclásica, si bien las imprecisiones del lenguaje jurídico postclásico (*dominium-possessio*)¹⁶³ determinan que no aparezca reconocido como tal en ninguna de las constituciones de la época¹⁶⁴, lo cual no obsta para señalar su regulación en ellas con la atribución del dominio al titular del *dominium utile*¹⁶⁵, y el consiguiente reconocimiento de un derecho real limitativo del dominio (*ius superficiei*)¹⁶⁶.

¹⁶¹ CALONGE, A. *Reflexiones en torno al denominado Derecho Romano vulgar de occidente*, De la Antigüedad al medievo, s. IV-VIII, III. Congreso de Estudios Medievales. Madrid, 1993, págs. 363 y ss.

¹⁶² *Epitome Gai* 2, 1, 4.

¹⁶³ *Codex* 11, 70, 1.

¹⁶⁴ *Codex* 8, 10, 3; *CTh.* 15, 1, 9 y 42.

¹⁶⁵ *Codex* 11, 62, 14; *CTh.* 7, 8, 5.

¹⁶⁶ *CTh.* 2, 23, 1. Al respecto, CANNATA, C.A. "Possessio", "Possessor", "Possidere" nelle fonti giuridiche del basso imperio romano. *Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*. Giuffrè. Milano. 1962, págs. 109 y ss.; 174 y ss.

En suma, en el Derecho postclásico, habiendo desaparecido las trabas anteriores en relación al derecho de superficie, se consuma la transformación del derecho, acercándose más a la configuración propia de los textos no jurídicos clásicos¹⁶⁷, lo cual no es óbice para reconocer que carece de un tratamiento propio, puesto que a veces se confunde con la enfiteusis y en otras ocasiones se acerca a la posesión o al dominio¹⁶⁸.

En la etapa del Derecho romano justiniano el *ius superficiei* aparece como un verdadero *ius in re aliena* y representa el último eslabón de la cadena diseñada por el pretor¹⁶⁹, de tal suerte que la protección pretoria preclásica y clásica otorgada al superficiario mediante *actiones utiles* es sustituida ahora por su catalogación como derecho real¹⁷⁰. Aun así, el derecho de superficie pierde interés en esta época, puesto que la influencia del Derecho posclásico permanece y la vivienda ya no constituye un problema de primer orden¹⁷¹, una situación que se traducirá en una escasa regulación sobre la materia¹⁷², solamente suplida por textos clásicos transformados mediante interpolaciones.

¹⁶⁷ DE LOS MOZOS, J.L. *El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Ministerio de la Vivienda. Madrid. 1974, pág. 43.

¹⁶⁸ LEVY, E. *West Roman law: the law of property*. American Philosophical Society. Philadelphia. 1951, pág. 49

¹⁶⁹ BIONDI, B. *La categoria romana delle servitutes*. Giuffrè. Milano. 1938, pág. 525.

¹⁷⁰ D. 39, 2, 19.

¹⁷¹ POLACEK, A. *Superficies (Aspectos jurídicos de una solución de la crisis de viviendas en el mundo romano)*. Estudios jurídicos Álvarez Suárez. Madrid, 1978, pág. 377.

¹⁷² MASCHI, C.A. *Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di proprietà superficaria*. *Archives de droit privé* 1953, pág. 95.

Además, el Derecho romano justiniano considera que el superficiario es titular de un derecho limitativo de la propiedad, si bien ello no implica atribuirle la cualidad de *dominus* de la superficie¹⁷³. Justiniano tiende a equiparar tal cual sucedía en el Derecho postclásico *superficies* y enfiteusis, al incluir la primera en la rúbrica de la segunda¹⁷⁴, lo que ratificaría su inclusión en el elenco de los *iura in re aliena* sin atribución de *dominium*, sin ello suponer la identificación de ambas instituciones jurídicas¹⁷⁵, dados su distinto objeto y diferente naturaleza jurídica.

Respecto del contenido jurídico de la *superficies*, son derechos del superficiario: efectuar libremente actos de disposición (*inter vivos*, *mortis causa*, a título oneroso o gratuito)¹⁷⁶ sobre el objeto del derecho; usar y disfrutar del modo más amplio la edificación objeto del derecho de superficie¹⁷⁷.

Además, Justiniano concede al superficiario una acción similar a la *reivindicatio* (*actio in rem superficies*)¹⁷⁸ dando por superada la

¹⁷³ SOLAZZI, S. *La superficies nel diritto giustiniano*. Archivio giuridico Filippo Serafini n° 146. 1957, pág. 27.

¹⁷⁴ *Novellae* 7, 3, 2; 120, 1, 2.

¹⁷⁵ BRAGA DA CRUZ, O. *O direito de superficie no direito romano*. Estudios de historia do direito antigo I. Coimbra. 1979, pág. 291; FUENTESECA DEGENEFFE, M. *De emphyteutico iure*. Dykinson. Madrid. 2003, pág. 187.

¹⁷⁶ D. 43, 18, 1, 7; 20, 4, 15; 20, 1, 9, 1; 13, 7, 16, 2

¹⁷⁷ BRAGA DA CRUZ, O. *Op. Cit.* 1979, pág. 309.

¹⁷⁸ D. 6, 1, 73; 6, 1, 73, 1; 6, 1, 74-75; 6, 2, 12, 3; 43, 18, 1 pr-4. A ello habría que añadir como posibles medios de defensa (ZAERA GARCÍA, A. *Op. Cit.* 2017, pág. 203): el *interdictum de superficiebus*, la *actio Publiciana*, la *actio negatoria utilis*, la *actio confessoria utilis*, la *actio communi dividundo*, la *actio familiae erciscundae*, la *cautio damni infecti*, la *operis novi nuntiatio*, el interdicto *unde vi* (D. 43, 16, 1, 3) y el interdicto *de precario*.

invocación del Derecho clásico a una *actio utilis in rem*¹⁷⁹, toda vez que el principio *superficies solo cedit* ya no resulta irrefutable cuando así lo estipulan las partes, a lo que habría que añadir un factor procesal de gran envergadura¹⁸⁰, cual es la sustitución del procedimiento *per formulas* y, con él, la decisiva labor conciliadora del pretor en virtud de su *officium praetoris*, otrora concesiva de protección jurídica al superficiario mediante *actiones utiles* y ahora conferida *ex lege*.

Relacionado con los derechos del superficiario traemos a colación el debate en torno a la admisibilidad de la propiedad superficiaria en el Derecho romano¹⁸¹, ya que se establece una situación jurídica de comunidad entre *superficiarius* y *dominus soli* (*communio pro diviso*): en efecto, aun cuando la fuerza expansiva del principio *superficies solo cedit* dificultaría en gran medida su reconocimiento autónomo y expreso, lo cierto es que una revisión de las fuentes¹⁸² nos conduce a su identificación y verificación *de facto* como excepción al mencionado principio, hasta el punto que en época justiniana¹⁸³ estaríamos más bien ante un tipo de *dominium* protegido como tal y netamente deslindado del *ius superficiei*.

¹⁷⁹ D. 3, 5, 46 (47).

¹⁸⁰ PASTORI, F. *La superficie nel diritto romano*. Giuffrè. Milano. 1966, pág. 212.

¹⁸¹ Una referencia a las distintas posturas doctrinales sobre el particular, ZAERA GARCÍA, A. *Op. Cit.* 2017, págs. 261 y ss.

¹⁸² En el Derecho clásico y posclásico: D. 43, 17, 3, 7 (Ulpiano invoca a Labeón); 39, 2, 47 (Neracio); 41, 1, 28 (Sabino); CIL VI 10248 y 29791; *Tabulla de Columbarium* (ZANCAN, L.; ALBIZATI, C. *Tabella di Colombario Inedita*. Rendiconti della Pontificia Accademia di Archeologia 13. 1937, págs. 187 ss.); *Libro Siro Romano* parágr. 98; *Hexabiblos* 2, 4, 40 y 42; *Epitome de Gayo* 2, 1, 4; *CTh* 15, 1, 53.

¹⁸³ D. 8, 5, 8, 5; 39, 2, 15, 11-13; 39, 2, 38, 1; 17, 2, 52, 10; 6, 2, 12, 2-3; 6, 1, 73-75.

En el otro lado de la moneda, entre las obligaciones del superficiario, se incluyen: pagar el *solarium*, así como los impuestos y cargas¹⁸⁴ que gravan la *superficies*; conservar la cosa en buen estado; prestar caución cuando la concesión del derecho es *ad aedificandum* y la futura construcción comporta un riesgo para los terrenos y edificios colindantes¹⁸⁵.

En cuanto a la posición jurídica del *dominus soli*, cuenta con los siguientes derechos: el ejercicio de los medios de defensa que le corresponden como propietario (*reivindicatio*, interdictos posesorios¹⁸⁶); el goce del suelo, más rigurosamente del subsuelo, sobre el que se asienta el objeto de la *superficies*, siempre que respete el ejercicio del *ius superficiei* al superficiario; a las accesiones naturales incorporadas al objeto, una vez extinguido el derecho, puesto que mientras tanto se incluyen en los linderos de la facultad del superficiario al uso y disfrute más amplio posible de la edificación¹⁸⁷; el cobro del *solarium*¹⁸⁸.

Por su parte, son obligaciones del *dominus soli* permitir el pacífico goce del derecho al superficiario según el título constitutivo; prestar la *cautio damni infecti* para asegurar los vicios del edificio, en

¹⁸⁴ *Codex* 10, 16, 1, 2.

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano*. Dykinson. Madrid. 2016, pág. 431.

¹⁸⁶ D. 43, 17, 1, 3 y 7.

¹⁸⁷ D. 7, 1, 9, 4.

¹⁸⁸ D. 13, 7, 16, 2.

caso de que él lo hubiera construido¹⁸⁹; e indemnizar los daños y perjuicios irrogados al superficiario durante la vigencia del derecho.

IV. EN LA BÚSQUEDA DE UNA PRETENDIDA CONEXIÓN ENTRE EL DERECHO ROMANO Y LA IMPLANTACIÓN DE LA ENERGÍA EÓLICA EN SUELO AGRÍCOLA

Resulta evidente que la utilización del viento para producir energía eléctrica dentro de las energías renovables constituye una realidad ajena, temporal y sustancialmente, a la civilización romana y al Derecho romano.

Sin embargo, en una clara expresión del efecto irradiador del Derecho romano y su proyección hacia nuestros días, no tanto como Derecho vigente, sino más bien como Derecho vivo, nos permitimos llevar a cabo una conexión con algunas de las situaciones jurídicas surgidas al calor del fenómeno de la implementación de la energía eólica mediante la instalación de parques eólicos, por lo general en suelo agrícola.

A tal efecto y, a modo de inventario, abordamos algunos aspectos jurídicos de interés relacionados con el fenómeno aquí planteado con la finalidad de establecer la potencial ligazón existente entre la situación jurídica actual y el ordenamiento jurídico romano:

¹⁸⁹ D. 39, 2, 9, 4.

a) *Res communis omnium*.

La relación que media entre el aire y la energía eólica se traduce en la toma en consideración de la acción del viento como corriente de aire, dado su uso intensivo y especial. Surge así la catalogación del aire desde un plano jurídico y, en tal menester, nuestra jurisprudencia actual, tras admitir su tipificación como cosa, lo ubica dentro de la categoría de *res communes omnium extra commercium*, esto es, una cosa común a todos los hombres que, en principio, se halla sustraída al tráfico jurídico mercantil, si bien su energía implícita implique en la actualidad un valor económico considerable y una peculiar significación jurídica. No es de extrañar por ello que, al abordar el tópico de su naturaleza jurídica, una de las posturas esgrimidas en tal sentido le atribuya el carácter de *res communis omnium* o *res nullius*, aun cuando tal catalogación desemboque en su tipificación como *res extra commercium* y, por ende, tal circunstancia dificulte su ocupación, por tratarse de una cosa inapropiable, según el artículo 610 de nuestro Código civil.

Vemos en este caso, pues, que, aunque el aire careció en Roma de valor económico y de trascendencia jurídica, al no resultar susceptible de apropiación, lo que dificultaba su calificación como cosa (*res*), el Derecho actual recurre una vez más a la vitalidad del Derecho romano y lo trae a colación, concretamente en lo que concierne a su tipificación como *res communes omnium*¹⁹⁰, no sin dejar

¹⁹⁰ D. 1, 8, 2, 1.

de evidenciar, por su especificidad, que el tratamiento jurídico del aire en el Derecho romano no fue habitual y que las escasas alusiones al respecto lo fueran con motivo de su equiparación jurídica al mar o las costas¹⁹¹.

b) *Res immobilis*.

Si bien históricamente el Derecho romano recogió en la Ley de las XII Tablas la primigenia clasificación *res Mancipi-res nec Mancipi*, de gran incidencia en los modos de transferir la propiedad, construida sobre la base de una sociedad primitiva asentada en la familia agnaticia bajo la autoridad omnímoda del *paterfamilias*, paulatinamente y, fruto de la evolución de la sociedad romana, la referida tipificación fue relevada en importancia por otra (*res immobilis-res mobilis*), tras la derogación de la primera clasificación en el Derecho justiniano.

En efecto, en la época primitiva romana se deslindan los *fundi* del resto de las cosas¹⁹²; en la época clásica, Gayo diferencia las *res mobiles* de los fundos y las casas¹⁹³; en la época postclásica existen dos modalidades de interdictos en defensa de la posesión¹⁹⁴, según se tratara de cosas muebles (*interdictum uti possidetis*) o inmuebles

¹⁹¹ CICERÓN, M.T. *De officiis* 1, 16, 51.

¹⁹² Ley de las XII Tablas (VI, 2). Sobre el particular, BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, pág. 240.

¹⁹³ *Institutiones Gai* 2, 42. En esta época se alude a diversas expresiones para designar los bienes inmuebles (*praedium, res soli, fundus, aedes*).

¹⁹⁴ D. 43. 17 y 31.

(*interdictum utrubi*); y ya en la época justinianea¹⁹⁵, a propósito de la transformación de la figura de la usucapión, se emplea con nitidez la voz *res immobilis* en oposición a *res mobilis* contando con un plazo distinto en un caso y otro para la consumación de la *praescriptio*.

Más relevancia presenta la clasificación *res mobilis-res immobilis* en el marco del Derecho germánico y medieval¹⁹⁶, puesto que en la mentalidad de la época sólo las cosas inmuebles tienen verdadero valor, frente al carácter vil de las cosas muebles (*res mobilis, res vilis; possessio mobilium est vilis*), lo que se traduce en un régimen jurídico muy distinto para ambas y en la necesidad de encajar todas las cosas, incluidas las incorpóreas en una u otra categoría, una circunstancia que propició, merced a un criterio socioeconómico, que se reputen bienes inmuebles algunos que, por su naturaleza, eran muebles, así como que los derechos de crédito fueran reputados bienes muebles.

Tal proceso se experimentó literalmente y de manera muy significativa en el Derecho antiguo francés, lo que conduciría a un trato de favor hacia los bienes inmuebles en detrimento de los muebles con la finalidad de eludir la salida de aquellos del patrimonio familiar, como lo demuestra el hecho de que el testador no pudiera disponer libremente de ellos y que, a falta de descendientes en la sucesión, hubieran de regresar al patrimonio del que procedían, o el hecho de que no ingresaran en el patrimonio

¹⁹⁵ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2013, págs. 276-278.

¹⁹⁶ BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2012, pág. 164.

conyugal, sino que se adscribieran al patrimonio familiar de origen. Así pues, la calificación de cosa mueble o inmueble traía aparejada una serie de consecuencias jurídicas más que notables, lo que redundará en la catalogación de ciertos bienes de manera interesada con la finalidad de sustraerlos de la comunidad conyugal, así como en la reducción del ámbito de la clasificación al plano de las cosas corporales y no al de los derechos.

Vemos, pues, que el criterio meramente físico o del desplazamiento que había aportado el Derecho romano en la distinción señalada se complementa con otro de índole socioeconómico tendente a la conservación del patrimonio familiar para evitar su dispersión y desmembración. La consecuencia de ello llevará, por un lado, a reputar como inmuebles ciertos bienes que, siendo muebles por su naturaleza, ostentan las mismas características socioeconómicas que el suelo y un elevado valor (algunas joyas, reliquias y libros; rentas y oficios, por representar la fortuna de gran cantidad de familias); por otra parte y, siguiendo la misma argumentación, algunos bienes inmuebles por naturaleza son catalogados como cosas muebles (ciertas construcciones, algunos árboles, o las acreencias, por ser improductivas, dada la prohibición del préstamo a interés existente en la época).

El Código civil francés regresa al criterio físico romano de la movilidad como factor principal de la distinción entre bienes muebles e inmuebles, pero no de manera absoluta, puesto que en algunas ocasiones va a mantener el criterio socioeconómico y, en otras, se

atendrá al de la accesoriedad reputando principal la cosa inmueble, a los fines de otorgarles a ambas un mismo régimen jurídico. Aun así, el *Code* superó la concepción romana y extendió la referida clasificación no sólo a las cosas, sino también a los derechos y acciones. Sin embargo, todavía se mantienen muchas de las diferencias de trato jurídico entre muebles e inmuebles basadas en el distinto valor que tradicionalmente se confería a los primeros con relación a los segundos (aspectos relativos a la comunidad conyugal, rescisión por lesión, administración de bienes en caso de incapaces, embargo).

Así pues, aunque el *Code* quiso subvertir la identificación tradicional efectuada en el *Ancien Régime* de la cosa inmueble y la cosa valiosa, al margen de su movilidad, lo cierto es que llegó a una consecuencia muy similar a la preexistente, puesto que confirió a las cosas muebles, dotadas de movilidad, un valor escaso, un criterio que, en un análisis actualizado, resulta más que cuestionable, en la medida que muchas cosas muebles cuentan con un valor muy superior al de las inmuebles (ejemplos: cuadro de pintura, diamante).

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos actuales, entre ellos el español, la mencionada clasificación subsiste y abarca tanto las cosas, como los derechos y acciones, lo que se traduce en un régimen jurídico diferenciado en cada categoría, con marcado trato de favor para los bienes inmuebles y una tendencia a completar los criterios de distinción tradicionales -movilidad, economía- con la

determinación efectuada por el legislador, quien toma partida y califica, según los casos, un bien como mueble o inmueble.

En relación con el tema tratado –energía eólica– y, dada la conexión que media entre los artículos 333 y 335 de nuestro C.c., por argumento en contrario, el viento constituye una cosa mueble, en tanto que un parque eólico es catalogado como un bien inmueble de características especiales, esto es, un bien inmueble *sui generis*.

A tenor del artículo 334 del C.c., que enumera los bienes inmuebles y los tipifica por su naturaleza, destinación y analogía, colacionamos algunos de sus numerales para establecer una interrelación con la instalación y construcción de un parque eólico:

- Artículo 334, 1 y 3, incluyendo en este supuesto las estaciones, subestaciones, caminos (viales) y construcciones de todo género adheridos al suelo (plataformas de los aerogeneradores), así como todo lo que se halla unido a un inmueble de manera fija, que no se puede separar sin quebrantamiento o deterioro del mismo (por ejemplo, los aerogeneradores y cableado subterráneo).

- Artículo 334, 5. En este caso, cuando el dueño de un terreno decide formalizar un contrato de arrendamiento, o bien aceptar una determinada indemnización por los daños infligidos a su finca, expresa indubitadamente su voluntad de destinar el inmueble a una industria o explotación. Si a ello añadimos que el aprovechamiento del viento constituye un uso singular comprendido en el contenido

propio del derecho de propiedad sobre un determinado inmueble, podemos colegir que la voluntad del propietario del inmueble, en el sentido de asignarle una modalidad de explotación relacionada con la producción de energía eléctrica, abona en favor de la consideración del caso dentro de la categoría de un bien inmueble por destinación.

- Artículo 334, 10. Dado que el parque eólico es catalogado como un bien inmueble, deben considerarse inmuebles las servidumbres y los demás derechos reales constituidos sobre tales bienes.

c) *Dominium*. La noción romana inicial de propiedad estuvo relacionada¹⁹⁷ con los términos *domus* (recinto sagrado de los dioses familiares), *dominus* (jefe de familia de dicho recinto), y *dominium* (poder ejercido por el *paterfamilias* en la *domus*), si bien hubo que esperar a la época posclásica para asistir a la transformación del *dominium ex iure Quiritium*, poder dominical¹⁹⁸ que confiere derecho a ejercer la *rei vindicatio*, en un verdadero derecho real *-ius in re-*, una transformación debida principalmente a la indeterminación del concepto de propiedad, tanto respecto de la posesión¹⁹⁹, cuanto de los derechos reales limitados²⁰⁰, lo que se refleja en la confusión terminológica *dominium-proprietas*. La propiedad en Roma se presenta en la época primitiva como un poder ilimitado, absoluto y exclusivo

¹⁹⁷ FUENTESECA DEGENEFEE, M. *La formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)*. Dykinson. Madrid. 2004, págs. 209, 210.

¹⁹⁸ FUENTESECA DÍAZ, P. *Derecho privado romano*. Madrid. 1978, pág. 50.

¹⁹⁹ KASER, M. *Derecho privado romano* (trad. Santa Cruz Teijeiro). Reus. Madrid. 1982, págs. 94, 104, 279.

²⁰⁰ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 250.

para el propietario, quien puede disponer de la cosa como mejor lo considera, hasta el punto de no hallarse sujeta en esta etapa a servidumbres legales.

Aun así, el ejercicio del derecho de propiedad debía respetar la libertad de los demás y no generar inmisión alguna en la esfera jurídica ajena²⁰¹, porque, aunque no irrogara daño alguno por ello, tal conducta podría tacharse de ilícita por conculcar valores extrajurídicos informativos del Derecho romano²⁰² –*pietas, humanitas, fides*–, lo que avalaría nuestra hipótesis de partida, según la cual por mucho que se respetara en Roma el ejercicio de un derecho privado, siempre debería tenerse en cuenta, en última instancia, la atención y observancia del bien común²⁰³ y del interés general²⁰⁴. A medida que la sociedad evoluciona, se impone la necesidad de imponer límites a los derechos del propietario ante el reto de conciliar los respectivos derechos individuales en aras de una convivencia social armónica²⁰⁵.

Será en la época clásica, a cuento de las servidumbres que son objeto de *usus* mas no de *possessio*, cuando la ambigüedad tiende a superarse²⁰⁶; y ya con Justiniano la *possessio* se reputa una apariencia

²⁰¹ IHERING, R.V. *El espíritu del derecho romano*. Marcial Pons. Madrid, 1977, págs. 144, 161.

²⁰² BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2013, pág. 27.

²⁰³ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 105.

²⁰⁴ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La terra in Roma Antica, forme di proprietà e rapporti produttivi I*. La Sapienza. Roma. 1981, pág. 141.

²⁰⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, J. *Teoría de la immissio, caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma*. Madrid. 1975, pág. 9.

²⁰⁶ D'ORS, J.A. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 6ªed. EUNSA. Pamplona, 2016, pág. 98.

de titularidad de cualquier derecho, lo que la convierte propiamente en un derecho²⁰⁷. Un proceso evolutivo con una clara influencia en la sociedad romana del cristianismo y la filosofía estoica, que lograron inocular también en el Derecho algunos valores extrajurídicos (*humanitas, fraternitas*), concretamente en cuanto al derecho de propiedad concierne, se mitiga su carácter ilimitado en pro de una pretendida función social²⁰⁸.

Fruto de tal evolución, la propiedad romana no excluye algunas limitaciones para el propietario (voluntarias, legales), de tal guisa que, entre las impuestas por el ordenamiento jurídico, las hubo asentadas tanto en razón del interés público²⁰⁹ (así la práctica de la expropiación), como del privado. Tales limitaciones se verán intensificadas posteriormente en época posclásica y justiniana fruto de las nuevas condiciones socioeconómicas reinantes en el Imperio Romano²¹⁰: en efecto, en el ámbito privado, tanto las relaciones de vecindad²¹¹, como el surgimiento y consolidación de la copropiedad²¹², reconfigurarán la noción de propiedad; y por lo que a las limitaciones legales del ámbito público se refiere, aspectos tales

²⁰⁷ D'ORS, J.A. *Op. Cit.* 2016, págs. 117 y 118.

²⁰⁸ BIONDI, B. *Il Diritto Romano*. Capelli. Bologna. 1957, pág. 377.

²⁰⁹ SEGRE, G. *Corso di Diritto Romano*. III. Torino. 1929-1930, págs. 119 y ss.

²¹⁰ FUENTESECA DEGENEFEE, M. *Op. Cit.* 2004, pág. 181.

²¹¹ Aun siendo limitaciones del dominio, no son en puridad servidumbres, sino que más bien “*las servidumbres surgen cuando las obligaciones impuestas por razones de vecindad son modificadas, es decir, el acuerdo destruye la regla común y surge la servidumbre*”, según CARAVELLA, R. *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano*. Roma. 1971, pág. 13.

²¹² Sobre el ensanchamiento de la noción del Derecho en general y la inserción en ella de dos clases –derecho individual y derecho común–, IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1977, pág. 324.

como la posición social y jurídica del propietario, junto al de la naturaleza de los bienes sobre los que recaen, propiciarán la intervención del poder público en lo que a la potestad del propietario se refiere, en un intento de velar por el interés público.

A partir de lo expuesto, surge la reflexión de hallar algún atisbo de conexión entre los valores del bien común y de la utilidad común en los límites impuestos a la propiedad romana, y las limitaciones a las que se sujeta el derecho de propiedad en la actualidad merced a la función social que le acompaña, traducida en una declaración legal de utilidad pública, como sucede en el caso de la implantación de la energía eólica en suelo agrícola privado.

A tal fin, traemos a colación la potencial continuidad histórica que se produce con los principios informadores de ciertas instituciones administrativas romanas y del Derecho actual, tal como sucede con la idea del interés público o común, tan impregnada en nociones romanas como *utilitas publica*, *utilitas omnium* y *utilitas universorum*²¹³.

Si entendemos la utilidad pública y el bien común como un antídoto frente al abrumador individualismo y el ejercicio absoluto de los derechos, en consonancia con la noción republicana clásica de *iustitia*²¹⁴, al modo y manera de un ideal intermedio entre lo particular

²¹³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 209.

²¹⁴ CICERÓN, M.T. *De Officiis*, 3, 6, 28; 2, 53, 160.

y lo colectivo en la consecución de la paz social²¹⁵, podemos invocar la noción de función social ínsita al derecho de propiedad actual, puesto que esta tiende también a erigirse en un punto de equilibrio entre los intereses individuales y colectivos, ideal que permite justificar en nuestros días las limitaciones que recaen sobre la propiedad por mor de la utilidad pública y del interés social.

A su vez, si tenemos en cuenta que la idea de función social del derecho se orienta rumbo a la subordinación de los intereses individuales respecto de los generales, ahí sí que podemos atisbar un punto de encuentro entre el Derecho romano y el actual en lo que al ejercicio de los derechos se refiere.

A mayor abundamiento y, con un argumento similar al que hemos hecho valer para demostrar la relación entre nociones dispares y distantes en el tiempo por lo que al derecho de propiedad concierne (utilidad pública-bien común, y función social), observamos un posible punto de encuentro entre las nociones de necesidad social²¹⁶ y función social²¹⁷ con el telón de fondo que representa la *proprietas* romana, puesto que ambos términos ponen énfasis, cada uno a su manera y por este orden sucesivo, en la atenuación del carácter absoluto del *dominium* en Roma, y en la proyección e incidencia en el derecho de propiedad actual. En virtud de esta pretendida conexión

²¹⁵ CICERÓN, M.T. *De republica* I, 25, 39.

²¹⁶ BONFANTE, P. *Las relaciones de vecindad* (trad. García Valdecasas, A.). Madrid, 1932, págs. 50 y ss.

²¹⁷ RODOTÀ, S. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino. Bologna, 1981.

podemos justificar el deber de tolerar las inmisiones procedentes de aquellas actividades que resultan aceptadas y autorizadas comúnmente por la sociedad en general, en la medida que en justicia son consideradas como necesarias. Es decir, una actividad será entendida socialmente necesaria²¹⁸ solo cuando cumpla una serie de premisas, habida cuenta las condiciones sociales dadas. En razón de ello, la teoría de la necesidad social coincide en la práctica con el criterio del uso normal del derecho de propiedad.

Y es que no podemos obviar que, no obstante la versatilidad que arroja la noción de *utilitas publica* en Roma a lo largo de sus distintas etapas históricas, lo que nos permitiría encuadrarla en un espacio acorde con el de utilidad común (*utilitas communis*)²¹⁹, podemos afirmar que detectamos en su seno un mínimo común denominador desde la República hasta Justiniano, que converge y se identifica con principios y valores originarios romanos, que fueron protagonistas en la consecución de la paz social y compendio de la esencia republicana, entre los que incluimos principalmente *iustitia*, *utilitas*, *aequitas*, todos ellos ineludibles en la consecución del bien común²²⁰.

c) *Expropiatio*. Aunque el Derecho romano no llegó a conocer una teoría de la expropiación forzosa, ni contó con una ley general que la

²¹⁸ BONFANTE, P. *Op. Cit.* 1932, págs. 66-68.

²¹⁹ CICERÓN, M.T. *De Officiis* 3, 47.

²²⁰ CICERÓN, M.T. *De Officiis* 3, 6, 28; 2, 53, 160.

regulara, las fuentes romanas literarias²²¹ y jurídicas²²² nos muestran actuaciones que podrían encuadrarse en el ámbito de la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, sobre todo en el ámbito de las obras públicas, bien avanzada la época republicana.

A ello podemos añadir que, si bien algunos valores extrajurídicos propios del Derecho romano (*libertas*, individualismo) nos informan que, como regla general, la administración de la República y del Imperio se contendrían escrupulosamente de interferir e invadir los derechos individuales²²³ y, por tanto, la expropiación en interés público apenas sería aplicada²²⁴ de no ser de forma puntual en las provincias o en situaciones muy excepcionales con carácter “*extremadamente parsimonioso*”²²⁵, lo cierto es que las fuentes históricas confirman la intervención por parte de los magistrados en el ejercicio de su *imperium*, lo que podría justificar la práctica de la expropiación por razón de utilidad pública²²⁶, al margen incluso de una ley *ad hoc*.

²²¹ CICERÓN (*Oratio II ad legem agrariam* XXX; *De officiis* III, 16, 66); Suetonio (*Vitae duodecim caesarum* LVI, 2); TITO LIVIO (*Historia* II, 5).

²²² D. 8, 6, 14, 1; D. 19, 2, 33; D. 43, 8, 2, 21; D. 21, 2, 11; *Codex* 8, 12, 9 y 14; *Codex* 8, 11, 18; *Codex* 10, 27, 1; *Novellae* 7, 2 y 1; *CTh.* 25, 1, 39; *CTh.* 15, 1, 30, 50, 51, 53. Referencias obtenidas de LOZANO CORBI, E. *Op. Cit.* 1994, págs. 80 y ss.

²²³ D. 1, 6, 2. En materia urbanística y en la construcción de acueductos se acudió a la compra del terreno, por lo menos hasta la época imperial, KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 106.

²²⁴ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 106.

²²⁵ SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid. 1990, págs. 183, 184, 271.

²²⁶ BIONDI, B. *Romanità e Fascismo. Discorso Università di Catania*. 6/11/1928. Officina Moderna. Catania. 1929, pág. 38.

En todo caso, algunos autores se pronuncian en el sentido de atribuir a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública y en interés del bien común en Roma la consideración de una institución jurídica con autonomía plena y netamente delineada²²⁷: basada inicialmente en la necesidad pública y posteriormente en la utilidad pública; sujeta a un procedimiento flexible, emanado de la praxis administrativa, al margen del *ius privatum*; ligada a una indemnización compensatoria y resarcitoria, en cada caso concreto, de la totalidad del daño sufrido, y no solo del valor del bien expropiado²²⁸; extensible a todos los bienes privados; así como perfeccionada por el consentimiento del *civis* expropiado a través de una venta forzosa, no espontánea *-emptio ab invito-*.

El título jurídico que justificaba la expropiación forzosa fue, inicialmente, la necesidad pública y, más adelante, la utilidad

²²⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 253, a partir de la obra de Lozano y Corbi.

²²⁸ En los primeros tiempos en que se aplicó la expropiación forzosa la indemnización no representaría una compensación del daño sufrido por la pérdida del fundo, sino más bien del daño infligido a los que hubieran edificado sobre dicho terreno público. Sin embargo, en algún caso concreto las fuentes nos informan de que las construcciones erigidas en suelo público podían hacerse demoler sin asignar compensación alguna. Al respecto, LIVIO, T. *Historia de Roma desde su fundación* 39, 44, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=2ahUKEwiekqnMmsrhAhWpxoUKHSvTDEQQFjAHegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fhistoriayverdad.org%2FRoma%2FHistoria-de-roma-desde-su-fundacion-tito-livio-xxxi-ylv.pdf&usg=AOvVaw1gwHdRHd1XAS8ZiS1LU3Hm> (consultado con fecha 12/04/2019).

Ver en este sentido también, LOZANO CORBI, E. *Origen de la propiedad romana y sus limitaciones*. Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes (coord. Alfonso Murillo Villar; Benito Reimundo Yanes (hom.), Vol. 1, 2000, págs. 569-578.

pública²²⁹, conjugados ambos con caracteres típicos del Derecho romano, cuales son el máximo respeto a la propiedad privada y la observancia de la *libertas* individual.

Al margen de la evolución y el desarrollo administrativo de la figura, no podemos preterir ni descartar que el fundamento intrínseco de la expropiación romana se hallaba relacionado con el de la institución homónima actual, presente no con excesiva habitualidad en lo que al fenómeno de la instalación de la energía eólica en suelo agrícola se refiere, toda vez que en la mayor parte de las situaciones se llega a un acuerdo entre las partes implicadas.

e) *Ocupatio*. La figura de la ocupación temporal que se contempla en los contratos suscritos entre el promotor-constructor del parque eólico y los particulares no guarda relación alguna con la *ocupatio* romana²³⁰, una de las modalidades de adquisición de la propiedad en virtud del principio *res nullius cedit occupanti*, aplicable a las *res nullius, derelictae, hostium*, todas ellas carentes de dueño actual. A este requisito ineludible, tanto en Derecho romano como en el actual, se añade su ámbito objetivo, que se circunscribe a cosas muebles, toda vez que las cosas inmuebles siempre tienen un dueño, pues, en último término corresponden al Estado.

Por el contrario, la ocupación temporal prevista en sede de parques eólicos se refiere a una limitación del dominio por razones

²²⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 253.

²³⁰ D. 41, 2, 1, 1; 41, 1, 5, 1 y 5; 41, 1, 7, 3; *CTh.* 5, 1, 12; *Codex* 11, 58 (59), 11.

de interés público, consistente en la privación temporal del derecho a usar y disfrutar el bien inmueble afectado a cambio de la correspondiente indemnización por los daños ocasionados al inmueble. En su virtud, los bienes efectúan una función de servicio a una vertiente del interés público concreto²³¹, sin que ello merme su otra vertiente de servicio al interés privado del propietario.

En todo caso y, merced a la declaración de utilidad pública que incluye el proceso de implantación de la energía eólica en nuestro país, de no alcanzarse un acuerdo al respecto entre las partes involucradas, procedería llevar a cabo, a cambio de una indemnización, la ocupación temporal del terreno afectado en todo lo necesario en el proceso de construcción del parque eólico.

f) *Accessio, superficies solo cedit*²³².

El principio de accesión encuentra amparo en la vieja estructura del *dominium* romano que, cual esponja, presenta un carácter absorbente. Así es, entre los modos originarios de adquisición de la propiedad en Derecho romano²³³ se incluye la accesión, consistente en la unión natural o artificial de dos cosas pertenecientes a distintos propietarios, una de ellas principal y otra accesoria, integradas en un

²³¹ MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I. *El concepto de limitación a la propiedad privada*. Revista de Derecho Urbanístico nº 63. 1979, pág. 98.

²³² ZAERA GARCÍA, A. *Op. Cit.* 2017, págs. 80 y ss.

²³³ Entre ellos se incluye la ocupación, la adquisición del tesoro, la confusión y conmixción, la *adiudicatio*, la *litis aestimatio*. Más dudas reviste sobre su carácter originario o derivativo la adquisición de frutos, así como la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis*.

solo cuerpo. En cuanto al régimen jurídico de la figura, destacan los siguientes criterios: por un lado, el carácter separable o inseparable de la unión²³⁴; por otro, la consideración del promotor de la unión, ya el dueño de la cosa principal, ya el de la accesoria en correspondencia con la buena o mala fe de su actuación²³⁵.

Precisamente, el Derecho romano incluyó diversas modalidades de accesión según la naturaleza de los bienes implicados: entre inmuebles²³⁶; entre bien mueble e inmueble²³⁷; entre muebles²³⁸.

Un doble fundamento puede justificar el derecho de accesión²³⁹: por un lado, la justicia, pues parece justo que el dueño de una cosa lo sea de lo que esta produce, y de lo que se le une o incorpora natural o artificialmente; y, por otro, la accesoriedad (*accessorium sequitur*

²³⁴ De ser separable, el dueño de la cosa accesoria podría ejercer una *actio ad exhibendum* para lograr la separación y, una vez obtenida, reclamar la propiedad mediante la *reivindicatio*; si la unión es inseparable, la adquisición deviene irrevocable, sin perjuicio de la correspondiente indemnización para quien sufra un daño.

²³⁵ Si la accesión proviene del dueño de la cosa principal y media buena fe por parte del dueño de la cosa accesoria que mantiene la posesión de ambas cosas unidas, podía este oponer la *exceptio doli* ante la *reivindicatio* del dueño de la cosa principal (D. 6, 1, 23, 4). Por el contrario, si la unión provino de la actuación del dueño de la cosa accesoria, este mantiene la *exceptio doli*, de poseer la unión, o bien esgrimir una *actio in factum*, si quien posee el resultado de la unión es el dueño de la cosa principal (D. 6, 1, 23, 5).

²³⁶ *Alluvio, avulsio, insula in flumine nata, alveus derelictus.*

²³⁷ *Inaedificatio; plantatio; satio.*

²³⁸ *Ferruminatio; textura, tinctura, scriptura, pictura.*

²³⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Op. Cit.* III, 1. 2016, págs. 121, 122.

principale), en cuya virtud lo accesorio sigue la suerte de lo principal, un principio genuina y originariamente romano²⁴⁰.

El Derecho moderno discute cuál sea naturaleza de la figura²⁴¹, toda vez que se plantea si estamos ante una consecuencia lógica del contenido del derecho propiedad y, por ende, engrosa el elenco de facultades de lleva consigo; o bien se trata de un modo de adquirir la propiedad. Por tanto, hablamos de dos situaciones diferentes: la derivada de la producción de la cosa (movimiento desde dentro hasta fuera), integrada en el contenido del derecho de propiedad, una expresión del derecho de goce y disfrute (*ius fruendi*)²⁴²; y la emanada de la unión o incorporación a una cosa (movimiento desde fuera hasta adentro), verdadera accesión, o accesión propiamente dicha.

A partir de lo afirmado con anterioridad, podemos distinguir dos clases de accesión en el Derecho actual²⁴³: por producción (accesión impropia); y por unión o incorporación (accesión propia), tal como lo observamos en el artículo 353 de nuestro C.c. cuando señala que “*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente*”.

²⁴⁰ La determinación de la cosa principal fue una de las polémicas sostenidas entre sabinianos y proculeyanos, pues mientras los primeros primaban la cantidad (D. 34, 2, 19, 13), los segundos esgrimían la calidad (D. 34, 2, 29, 1).

²⁴¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Op. Cit.* III, 1. 2016, págs. 122, 123.

²⁴² Los frutos, por lo general, pertenecen al propietario, pero no exclusivamente a él, pues pueden pertenecer al arrendatario, usufructuario o enfiteuta.

²⁴³ ROGEL VIDE, C. *Derecho de cosas*. Reus. Madrid. 2017, págs. 137, 138.

A propósito de la implementación de la energía eólica en suelo agrícola, la potencialidad de obtener un rendimiento del viento por el propietario de un terreno conforma las cualidades y calidades del derecho de propiedad, lo que nos lleva a tipificarlo como una parte integrante o constitutiva de la finca, puesto que, aun gozando de autonomía, se une a otra para conformar una cosa compuesta, que puede ser esencial o no²⁴⁴, según sea separable o inseparable respectivamente. En su virtud, la conexión resulta tan estrecha que no se concibe el todo sin la parte integrante, si bien esta tenga sustantividad propia, y adquiere un carácter objetivo al margen de la afectación o destino que le atribuya su titular. En lo que al plano de los efectos jurídicos concierne²⁴⁵, el poseedor de la cosa principal lo es también de la parte integrante; cualquier acto de enajenación o gravamen de la cosa principal se extiende a la parte integrante; además, si se reputa inmueble la cosa principal, se reputan también inmuebles sus partes integrantes.

El título jurídico que cabría esgrimir, a nuestro juicio, para justificar la apropiación del viento por el propietario del inmueble es el de accesión²⁴⁶, de tal manera que estamos en presencia de un activo más del inmueble, que resulta valorable económicamente.

²⁴⁴ OLASO, L.M. *Op. Cit.* 2001, pág. 351; ALBALADEJO, M. *Op. Cit.* 1996, pág. 114.

²⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. *Op. Cit.* 2000, pág. 258.

²⁴⁶ Otros autores invocan como título jurídico la ocupación y no la accesión. En este sentido, LAFUENTE BENACHES, M. *Op. Cit.* 2013, págs. 381-383.

Así pues, el dueño del inmueble hace suyas, tanto sus partes integrantes -incluyendo el viento-, cuanto los frutos naturales (producción espontánea de la tierra), industriales (beneficio del cultivo o del trabajo) y civiles (precio del arrendamiento de las tierras -*locatio-conductio*- y pagos derivados de la instalación y explotación de la energía eólica)²⁴⁷. Todo ello en aplicación del principio *accessorium sequitur principale*, con reflejo en el apotegma *superficies solo cedit*²⁴⁸, en cuya virtud todo lo unido al suelo accede al mismo, y se convierte en parte del fundo²⁴⁹, un principio consuetudinario muy arraigado en Roma²⁵⁰ a diferencia de otros pueblos y civilizaciones²⁵¹, vinculado a las costumbres de los antepasados -*mores maiorum*- en calidad de regla intuitiva sin requerir demostración²⁵², puesto que rebasa el ámbito jurídico²⁵³ y se asienta en el Derecho natural²⁵⁴, lo que explica su réplica en el *ius civile* con carácter absoluto e inderogable, a pesar de algún cuestionamiento al respecto²⁵⁵, y de la

²⁴⁷ Ex artículos 354 y 355 del C.c.

²⁴⁸ En torno al mencionado principio, entre otra bibliografía MEINCKE, J. *Superficies solo cedit*. ZSS n^o 88. 1971, págs. 137 y ss.

²⁴⁹ Artículo 358 del C.c.: “Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”.

²⁵⁰ *Institutiones Gai* 2, 73; D. 41, 1, 7, 10.

²⁵¹ Así, los Derechos cuneiforme, sirio y ático admiten una independencia jurídica entre el suelo y la superficie, que podrían ser objeto de titularidades jurídicas diferentes. Al respecto, ZAERA GARCÍA, A. *Op. Cit.* 2017, pág. 84.

²⁵² D. 43, 17, 3, 7 (Ulpiano); 46, 3, 98, 8 (Paulo).

²⁵³ SÉNECA, L.A. *Epistulae morales ad Lucilium* 8, 8.

²⁵⁴ D. 43, 18, 2 (Gayo); 9, 2, 50 (Ulpiano); 44, 7, 44, 1 (Paulo).

²⁵⁵ D. 41, 1, 28 (Paulo). Concretamente en este fragmento se plasma una de las controversias sostenidas entre sabinianos y proculeyanos: así, mientras Labeón y Sabino opinaron que quien edifica apoyando su construcción sobre la pared ya levantada se hace dueño de lo construido, Pomponio, citando a Próculo, entendió que la superficie sigue el destino del suelo, es decir, se aplica el axioma de la accesión. El texto suscita dudas en torno a la aplicación irrefutable del principio

flexibilización e innovación a cargo del pretor en sede de relación superficiaria a través de la concesión del *interdictum de superficiebus*²⁵⁶.

h) *Ius ad rem, superficies*, propiedad superficiaria.

Aun cuando los romanos desconocieron la distinción entre derecho real y derecho de crédito, sí lograron detectar el deslinde²⁵⁷ *acciones in rem* y *acciones in personam* como origen remoto de la división actual. A su vez, establecieron la diferencia *iura in re* y *iura in re aliena*, según que el poder directo e inmediato recayera sobre una cosa propia (*dominium*) o ajena (*servitus, usufructus, usus, habitatio, enfiteusis, superficies, fiducia, pignus, hypotheca*).

En cuanto al *ius superficiei*, verdadera excepción al principio *superficies solo cedit*, hemos de encontrar sus antecedentes en los inicios de la República romana, en el marco sociopolítico de la pugna entre patricios y plebeyos en torno a la distribución de las tierras conquistadas con motivo de la expansión territorial de Roma, así como también en el ámbito de las concesiones de lugares públicos en las ciudades conquistadas. Por su través se logra resolver el problema habitacional, a la vez que se consolida la colonización romana

de adquisición, razón por la cual se puede afirmar que, en algún caso concreto, el principio *superficies solo cedit* no se aplicaría, sin que ello permita sostener su derogación, sobre todo en el ámbito del *ius civile*.

²⁵⁶ En todo caso, si bien la rigurosidad a ultranza en la aplicación del principio resultaba incompatible con la realidad del momento, la vigencia de la adquisición siguió siendo habitual en la legislación imperial (*Codex* 3, 32, 2 y 16; *Codex Gregorianus* 3, 6, 2; *Epitome Gai* 2, 1, 4), aun cuando cupiera su excepción en el Derecho posclásico mediante acuerdo entre los particulares (*Institutiones* 2, 1, 29).

²⁵⁷ *Institutiones Gai* 4, 2.

mediante el traslado de *cives Romani* a las tierras conquistadas tras haber despojado de sus viviendas a los pueblos conquistados.

Su régimen jurídico experimenta una evolución digna de consideración: así, en la época del *ius civile* rige a ultranza el principio *superficies solo cedit*, que solo admite relaciones jurídicas obligatorias respecto de las construcciones erigidas en suelo ajeno²⁵⁸ a través de la *locatio-conductio*; sin embargo, la protección del *ius civile* al superficiario no es suficiente, lo que impulsará el delineamiento del derecho de superficie en la época clásica como una institución jurídica emanada del *ius praetorium*, con similitudes al régimen jurídico propio del usufructo y de los *agri vectigales*; posteriormente, en el periodo postclásico, fruto de las guerras de y la crisis económica²⁵⁹, se consolida la obra efectuada por el pretor, de tal guisa que se consuma su doble configuración propia del derecho clásico que aúna la flexibilidad del principio *superficies solo cedit* y el ensanchamiento de su contenido, lo que añadido al papel de la autonomía de las partes y a la influencia del Derecho de los pueblos orientales, consagrará una institución jurídica peculiar, que reconoce un dominio separado²⁶⁰ del suelo y de la superficie; por fin, como último eslabón de la cadena evolutiva, en la etapa justiniana el *ius superficiei* constituye un verdadero *ius in re aliena*²⁶¹, de modo que la anterior protección

²⁵⁸ D. 44, 7, 44, 1.; 41, 3, 26.

²⁵⁹ CAMERON, A. *Op. Cit.* 1995, págs. 144 y ss.

²⁶⁰ *Epitome Gai* 2, 1, 4.

²⁶¹ BIONDI, B. *Op. Cit.* 1938, pág. 525.

pretoria otorgada al superficiario mediante *actiones utiles* es sustituida por un derecho real con eficacia *erga omnes*²⁶².

El contenido jurídico de la *superficies* romana se corresponde a grandes rasgos con el contenido del derecho de superficie en la actualidad, lo que nos permite confirmar su aplicación, pura o con variantes, en el proceso de instalación, construcción y explotación de la energía eólica en suelo agrícola. Ello nos deriva a abordar el tópico de la propiedad superficiaria, un debate ya entablado en el Derecho romano en torno a la pretendida comunidad *pro diviso* existente entre *superficiarius* y *dominus soli*, una excepción a la regla *superficies solo cedit*, que en época justinianea²⁶³ llegaría a traducirse en un *dominium* protegido y claramente deslindado del *ius superficiei*.

En conexión con los eventuales derechos de superficie constituidos dentro del proceso de construcción de un parque eólico, podemos señalar que la factibilidad de gravar el derecho de superficie separadamente del derecho que ostenta el propietario del suelo, abre un abanico de posibilidades a las empresas eléctricas propietarias del parque eólico construido, puesto que el superficiario adquiere la facultad de edificar, al haber sido revestido de un derecho real de construcción sobre cosa ajena sujeto al plazo pactado por las partes, cuyo incumplimiento producirá su extinción.

²⁶² D. 39, 2, 19.

²⁶³ D. 8, 5, 8, 5; 39, 2, 15, 11-13; 39, 2, 38, 1; 17, 2, 52, 10; 6, 2, 12, 2-3; 6, 1, 73-75.

Así pues, el derecho de superficie se presenta en este caso como una propiedad superficiaria separada²⁶⁴ (representada en la planta eólica construida), cuya titularidad corresponde al superficiario, que coexiste con la propiedad del suelo sobre la que se instala el parque eólico, con la particularidad de permitir el uso y explotación de la finca agrícola en la parte no afectada sustancialmente por la instalación. Es decir, en virtud de este derecho de superficie *sui generis* el dueño del suelo puede conjugar el respeto a la propiedad superficiaria con la continuidad de la explotación agrícola, siempre que ello no resulte incompatible con la explotación del parque eólico.

Y es que, por lo general, los contratos que regulan la instalación de los parques eólicos eluden abordar la titularidad de lo construido en ellos, principalmente para eludir puntos de fricción o suspicacias con el propietario del suelo. Aun así, esta incertidumbre se trata de zanjar contractualmente mediante la atribución del *ius revertendi* al dueño del suelo agrícola, que incluye la obligación del superficiario de retirar, a su costa, las instalaciones y edificaciones de su propiedad ubicadas en el parque eólico en un plazo máximo desde la fecha de extinción del derecho de superficie, con el objetivo de permitir al propietario de la finca su explotación.

CONCLUSIÓN

La implantación de las energías renovables constituye un hecho consumado en nuestros días, en la medida que se erige en uno de los

²⁶⁴ STS, 4/02/1993 (RJ 1993/782).

objetivos prioritarios de las políticas públicas europeas con el fin de lograr la implementación de la energía verde en sustitución de las energías tradicionales, más nocivas para lograr un medio ambiente saludable y un desarrollo sostenible. De ahí las diversas aristas que certifican la importancia de la energía eólica en la actualidad, entre las que destacan la económica; la ambiental; la social, como factor de integración y vertebración del territorio; y, más relevante para nosotros, la jurídica.

Relacionado con esta última vertiente jurídica, analizamos algunos aspectos jurídico-privados derivados de la implantación de la energía eólica en suelo agrario, de tal manera que, a pesar de la palpitante actualidad y modernidad del fenómeno abordado, una vez más, el Derecho romano renace y se ofrece como punto de referencia de las soluciones jurídicas adoptadas en el Derecho del siglo XXI, a modo de acreedor privilegiado y preferente, cual encina *-quercus-* que proyecta su sombra alargada en torno a su raíz, tronco y hojas.

En efecto, resulta sorprendente y llamativo que un tópico como el de las energías renovables y, más concretamente, la energía eólica, lejano en esencia y cronología a la civilización romana y al Derecho romano permita establecer interrelaciones y concordancias plenas de vigencia y contenido, corroborando con ello nuestra hipótesis de partida: el Derecho romano, si bien no es un ordenamiento jurídico vigente en la actualidad, constituye un Derecho vivo, inoculado en los Derechos vigentes a través de sus diversos reencuentros con el devenir histórico (Roma, glosadores y posglosadores, pandectística,

codificación europea). Prueba de lo afirmado, el tratamiento jurídico de algunos aspectos vinculados con la construcción de parques eólicos fruto de la implantación de la energía eólica en suelo agrícola, entre los que enumeramos: el aire, el viento; *res communis omnium, res nullius, res publicae, res universitatis, res extra commercium; res mobilis, res immobilis; dominium, possessio, praescriptio; expropriatio, utilitas; ius ad rem, iura in re, iura in re aliena; occupatio; accessio (accessorium sequitur principale, superficies solo cedit); superficies, ius superficiei, ius revertendi*.

Y es que, trayendo a colación el pensamiento de Lacruz Berdejo, en un perfecto encaje con el planteamiento aquí propuesto, “*la readaptación de la solución histórica es ella misma histórica*”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GORRONDONA, J.L. *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho civil II*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2011.

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil I*. Vol. 2º. Bosch. Barcelona, 1996.

ALBURQUERQUE, J.M. *La protección o defensa del uso colectivo de cosas públicas en Derecho Romano*. Dykinson. Madrid, 2002.

A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano. Derecho y opinión nº 6. 1995-1996, págs. 185-221.

ANDREAU, J. *Banking and Business in the Roman World*. Cambridge University Press. Cambridge, 1999.

AA.VV. (Coord. MORENO QUESADA, B.). *Curso de Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

AA.VV. (Dir. SANTOS BRIZ, J.). *Tratado de Derecho civil. Tomo I.* 1ª edición. Bosch. Barcelona, 2003.

AA.VV. *Derecho civil I. Parte General y derecho de la persona* (Coord. F. Oliva Blázquez; L. Vázquez-Pastor Jiménez). Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

BERNAD MAINAR, R. *Un nuevo enfoque de los contratos bajo la perspectiva del análisis económico del derecho (AED)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº 1. 2020, págs. 25 y ss.

Curso de Derecho Privado Romano. Publicaciones UCAB. Tercera edición, primera reimpresión. Caracas, 2013.

Manual de historia del derecho. Publicaciones UCAB. Caracas, 2012.

BIONDI, B. *La categoria romana delle servitutes*. Giuffrè. Milano, 1938.

Il Diritto Romano. Capelli. Bologna, 1957.

Romanità e Fascismo. Discorso Università di Catania. 6/11/1928. Officina Moderna. Catania, 1929.

BONFANTE, P. *Corso di Diritto romano*. Giuffrè. Milano, 1966.

Las relaciones de vecindad (trad. García Valdecasas, A.). Madrid, 1932.

BRAGA DA CRUZ, O. *O direito de superficie no direito romano*. Estudos de historia do direito antigo I. Coimbra. 1979, págs. 287-316.

BRANCA, G. *Le cose "extra patrimonium humani iuris"*. Giappichelli. Torino, 1941.

CALONGE, A. *Reflexiones en torno al denominado Derecho Romano vulgar de occidente, De la Antigüedad al medievo, s. IV-VIII*, III. Congreso de Estudios Medievales. Madrid, 1993, págs. 361 y ss.

CAMERON, A. *Il tardo imperio romano* (trad. M. de Nardis; P. Rosafio). Il Mulino. Bologna, 1995.

CANNATA, C.A. "Possessio", "Possessor", "Possidere" nelle fonti giuridiche del basso imperio romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica. Giuffrè. Milano, 1962.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. "Ager publicus" e "Ager privatus" dall'età arcaica al compromesso patrizio-plebeo. Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias. Universidad Complutense de Madrid. Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez. Madrid, 1988.

La terra in Roma Antica, forme di proprietà e rapporti produttivi I. La Sapienza. Roma. 1981.

CARAVELLA, R. *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano.* Roma, 1971.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral.* Tomo I. Vol. 2º. 14ª edición. Reus. Madrid, 1984.

Derecho civil español, común y foral. Derecho de Cosas. Tomo 2º. Vol. 1º. 12ª edición. Reus. Madrid, 1984.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *Comentario al artículo 333 del Código civil*, en AA.VV. (Dir. C. Paz-Ares Rodríguez). Comentario del Código Civil. Mº de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.

CUENA, F. *Sistema jurídico y Derecho Romano.* Universidad de Cantabria. Santander, 1998.

DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Introducción histórica al Derecho Romano.* Publicaciones Universidad de Deusto. Bilbao, 2015.

DE LOS MOZOS, J.L. *El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística.* Ministerio de la Vivienda. Madrid, 1974.

DELL' ORO, A. *Le "res communes omnium" dell'elenco di Marciano e il problema dell' loro fondamento giuridico*, en *A Studi Urbinati - Scienze giuridiche, politiche ed economiche* n° 31. 1962-1963, págs. 237 y ss.

DE MARTINO, F. *Storia della costituzione romana I*. Jovene. Napoli, 1972.

DE RUGGIERO, E. *Dizionario epigrafico di antichità romane*. Roma, 1961.

DELGADO PIQUERAS, F.; GARRIDO CUENCA, N. *El régimen de la energía eólica en Castilla-La Mancha*. Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental n° 21. 2010.

DÍEZ-PICAZO PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil Vol. III, 1*. Tecnos. Madrid, 2016.

Sistema de Derecho civil. Vol. I/1. 2ª edición. Tecnos. Madrid, 2000.

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

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Perspectivas de estudio en temática de Derecho administrativo romano, surgidas a tenor del pensamiento y de la obra de G. Impallomeni*. INDEX n° 26. 1998, págs. 471-487.

Derecho privado romano. Dykinson. Madrid, 2016.

FIorentini, M. *L'acqua da bene economico e "res communis omnium" a bene colectivo*. *Analisi giuridica dell'economia*, n° 1. 2010, págs. 39-78.

FUENTESECA DEGENEFEE, M. *La formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)*. Dykinson. Madrid, 2004.

- FUENTESECA DÍAZ, P. *Derecho privado romano*. Madrid, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea*. AA.VV. Estudios Homenaje a Nicolás Pérez Serrano. Vol. 2. Madrid. 1959, págs. 202 y ss.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J. *Teoría de la immissio, caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma*. Madrid, 1975.
- GALLO, F. *Alle origini dell'analogia*, en *Diritto e proceso nella esperienza romana*. Atti del Seminario Torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera. Napoli. 1994, págs. 37 y ss.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español I*. Vda. de Peñuelas. Madrid, 1874.
- GROSSI, P. *L'ordine giuridico medievale*. Laterza. Roma-Bari, 2006.
- GROSSO, G. *Corso di Diritto Romano*. Torino, 1941.
- Schemi giuridici e società*. Giappichelli. Torino, 1971.
- GUARINO, A. *Diritto Privato Romano*. 12ª ed. Jovene. Napoli, 2001.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *Comentario a los artículos 333 a 337 del Código Civil*, en AA.VV. (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi. Pamplona, 2013.
- GUZMÁN BRITO, A. *Derecho Privado Romano I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2006.
- IGLESIAS-REDONDO, J. *En torno a la libertas*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1441 y ss.
- IZQUIERDO TOSCANO, J.M. *Energía eólica y territorio*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2008.

KASER, M. *El concepto romano de la propiedad*. Anales de la Academia Matritense del Notariado nº 16. 1968 (trad. J. Miquel), págs. 7-21.

KROEL, J. *Traité de droit international public aérien*. Tomo I. París, 1943.

KUMMEROV, G. *Bienes y derechos reales*. 5ª edición. Mac Graw Hill. Caracas, 2002

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho civil I. Parte General*. Vol. 3º. Dykinson. Madrid, 2005.

Manual de Derecho civil. Cometa. Zaragoza, 1980.

Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales. III, 1. Dykinson. Madrid, 2016.

LAFUENTE BENACHES, M. *La valoración de la aptitud eólica en el justiprecio del suelo*. Revista de Administración Pública nº 190. 2013, págs. 367 y ss.

LEVY, E. *West Roman law: the law of property*. American Philosophical Society. Philadelphia, 1951.

LÓPEZ RAMÓN, F. *Teoría jurídica de las cosas públicas*. Revista de la Administración Pública nº 186. Madrid. 2011, págs. 9 y ss.

LÓPEZ SAKO, M.J. *Regulación y autorización de los parques eólicos*. Thomson-Civitas. Madrid, 2000.

LOZANO Y CORBI, E. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*. Mira Editores. Zaragoza, 1994.

Origen de la propiedad romana y sus limitaciones. Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes (coord. Alfonso Murillo Villar; Benito Reimundo Yanes (hom.), Vol. 1, 2000, págs. 569-578.

MADDALENA, P. *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione della repubblica italiana*. *Giurisprudenza costituzionale* n° 56-3. 2011, págs. 2613-2630.

MARIENHOFF, M.S. *La condición jurídica del viento*. *Jurisprudencia Argentina* IV. 1961, págs. 73 y ss.

MASCHI, C.A. *Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema de proprietá superficiaria*. *Archives de droit privé* 1953, págs. 94-122.

MASELLI, G. *Argentaria. Banche e bancheri nella Roma repubblicana. Organizzazione, prosografia, terminologia*. Adriatica. Bari, 1986.

MEDINA DE LEMUS, M. *Comentario al artículo 333 del Código Civil*, en AA.VV. (Coord. J. Rams Albesa). *Comentarios al Código Civil III*. Bosch. Barcelona, 2001.

MEINCKE, J. *Superficies solo cedit*. *ZSS* n° 88. 1971, págs. 137 y ss.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I. *El concepto de limitación a la propiedad privada*. *Revista de Derecho Urbanístico* n° 63. 1979, págs. 35 y ss.

MUÑOZ GUIJOSA, M.A. *El problema de la valoración del suelo: el modelo inglés*. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n° 15, 2007.

OLASO, L.M. *Curso de introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*. Tomo II. Publicaciones UCAB. Caracas, 2001.

PASTORI, F. *La superficie nel diritto romano*. Giuffrè. Milano, 1966.

POLACEK, A. *Superficies (Aspectos jurídicos de una solución de la crisis de viviendas en el mundo romano)*. *Estudios jurídicos Álvarez Suárez*. Madrid, 1978, págs. 367-381.

PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*. Barbera. Firenze, 1906-1908.

POSNER, R.A. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 2007.

REGUEIRO FERREIRA, R.M.; DOLDÁN GARCÍA, X.R. *Política sectorial de la política eólica en Galicia. Participación social y comparación internacional*. Revista Galega de Economía Vol. nº 19. 2010, págs. 129 y ss.

ROBBE, U. *La non classicità delle "res comunes omnium"*, Studi in onore di Andrea Arena IV. Napoli. 1981, págs. 377 y ss.

RODOTÀ, S. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino. Bologna, 1981.

ROGEL VIDE, C. *Derecho de cosas*. Reus. Madrid, 2017.

SEGRE, G. *Corso di Diritto Romano*. III. Torino, 1929-1930.

SERRANO SANTAMARÍA, A. *Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico-privados*. (dir. C. Rogel Vide; S. Díaz Alabart). Reus. Madrid, 2019.

SCHERILLO, G. *Lezioni di Istituzione di Diritto Romano. Le cose*. Giuffrè. Milano, 1945.

SCHIAVONE, A. *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*. Einaudi. Torino, 2005.

SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid, 1990.

SCIALOJA, V. *Teoria della proprietà nel Diritto Romano I*. Edit. P. Bonfante. Roma, 1928.

SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016.

SOLAZZI, S. *La superficies nel diritto giustiniano*. Archivio giuridico Filippo Serafini nº 146. 1957, págs. 24-74.

TAPIA SALINAS, L. *Principios jurídicos básicos de la Navegación aérea*, en Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio. Colección

Estudios Jurídicos. Vol. I. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, 1978.

TERRAZAS PONCE, J.D. *El concepto de res en los juristas romanos, II: Las "res communes omnium"*. REHJ nº 334. Valparaíso. 2012, págs. 127-163.

VECTING, W.G. *Domaine public et res extra commercium*. Paris, 1947.

VICENTE DOMINGO, E. *Aprovechamiento del subsuelo urbano*. Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos. Universidad de Cantabria. Santander. 2003, págs. 685 y ss.

VOCI, P. *Manuale di diritto romano. Parte generale II*. Giuffrè. Milano, 1998.

ZAERA GARCÍA, A. *La superficies en Derecho Romano*. Dykinson. Madrid, 2017.

ZANCAN, L.; ALBIZATI, C. *Tabella di Colombario Inedita*. Rendiconti della Pontificia Accademia di Archeologia 13. 1937, págs. 187 y ss.

ZOZ, M.G. *Riflessioni in tema di res publicae*. Giappichelli. Torino, 1999.