

A propósito de la actio aquae pluviae arcendae (acción de contención del agua pluvial)

CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO
Facultad de Derecho

I. NOCIÓN GENERAL Y REFERENCIAS HISTÓRICAS

En Derecho Romano, como en la actualidad, la calificación del agua como un bien supremo y beneficioso determina la especialidad de su regulación jurídica dirigida fundamentalmente a organizar su utilización en orden a su mejor aprovechamiento y a la obtención de máximos beneficios. Así pues, desde la época arcaica se indicaron algunas reglas a seguir respecto al ejercicio del derecho a servirse del agua, concediéndose en principio, la actio aquae pluviae arcendae¹ al propietario de un fundo rústico contra su vecino cuando éste, por medio de alguna obra realizada en su terreno, alterase el curso natural del agua *ocasionándole un perjuicio*.

Las primeras referencias históricas que tenemos relativas a esta acción se remontan a la Ley de las XII Tablas. Así lo demuestra POMPONIO en el D.40, 7,21,pr. (Lib. VII ex Plautio): «Laheo libro Posteriorum ita refert: Calenus, dispensator meus, si rationes diligenter tractasse videbitur, liber esto, suaque omnia, et centum habeto; diligentiam desiderare eam debemus, quae domino, non quae servo fuerit utilis; erit autem ei diligentiae co-

¹ Sobre la actio aquae pluviae arcendae, pueden verse: SARGENTI, «Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza», Studi de Francisci, vol.III, Milán 1956, págs. 349-371; Id. «L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel Diritto Romano», Milán 1940; SCHÖNBAUER, «Die actio aquae pluviae arcendae», ZSS, 54 (1934), págs. 222 y ss.; BRANCA, «La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres», Studi Albertario, vol.I, 1953, págs.339 y ss.; BIONDI, «La categoria romana delle servitutes», Milán 1938, págs. 135 y ss.; DERINE, «A propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien», RIDA 5(1958), págs. 449 y ss.; RESINA SOLA, «Relaciones de vecindad. El paso de agua pluvial» en Soladitas I (Granada 1980), págs.235 y ss.; RICCOBONO, «La teoria dell'abuso di Diritto nella dottrina romana», BIRD «Vittorio Scialoja», vol. V, Milán 1939, págs. 1-48.; BURDESE, «Actio aquae pluviae arcendae», en NNDI, I(1957), págs. 257 y ss.; SALERNO, «Aqua pluvia ed opus manu factum», en LABEO 27(1981)2, págs. 218 y ss.; SITZIA, «Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae. Dalle XII Tavole all'epoca classica», Milán 1974; VARELA MATEOS, E., «Un ejemplo de pragmatismo romano: la actio aquae pluviae arcendae», en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, 1996, págs.4213 y ss., VIGNERON, «A

propos de la légitimation passive á l'actio aquae pluviae arcendae», en Soladitas A. Guarino 2(1984), págs. 803 y ss.; RODGER, «The palin-genesia of Paul'Commentary on the actio aquae pluviae arcendae», en ZSS, 1988, págs.726 y ss.; PETERS, F., «Das patentium praestare im Klassischen Römischen Nachbarrecht», SDHI, vol. XXXV (1969), págs. 135 y ss.; BRUGI, «Rapporti di vicinanza in materia di acque nel diritto antico comparato al Diritto Romano», AG 34 (1885), págs.297 y ss.; WATSON, A., «The law of property in the later roman Republic», Oxford 1968, Reprint, 1984, págs. 155 y ss.; BAVIERA, «La legittimazioni passiva nell'actio aquae pluviae arcendae in Diritto Romano Classico», Scritti Giuridici I, Palermo 1909; SCIALOJA, «Diritto Romano, La proprietà», lezioni compilate dal doctor Guido Storch, Università di Roma, 1908-1909, págs. 460 y ss.; Id. «Teoria della proprietà nel Diritto Romano», Lezioni ord. cur. ed. da P.Bonfante, Roma 1928, págs.368 y ss.; BONFANTE, «Corso di Diritto Romano», vol. II, la proprietà, Roma 1926, Reimp. Milán 1966, págs.487 y ss.; BURCKHARD, «Commentario alle Pandette», Lib. XXXIX, Titolo III, De aqua et aquae pluviae arcendae», Milán 1906; GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas

en las relaciones de vecindad en Roma», Valencia 1997, págs. 55 y ss.

² Cfr. D.39,3,1,1 pr. (Ulpiano, Lib. LIII ad Edictum): «Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit, atque imbre exerescit, sive per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.»

& l. - «Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur; totiesque locum habet, quoties manu facto opere agro aqua nocitura est, id est, quam quis manu fecerit, quo aliter fluere, quam natura solet, si forte immittendo eam aut maiorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare efficit. Quodsi natura aqua noceret, ea actione non continetur.»

³ Sobre la interpretación de este texto y sobre la reconstrucción del régimen de la acción en la época decemviral, vid. GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., págs. 61 y ss.

⁴ Vid. también Cicerón Top. IX, 39, en el que sin hacer mención expresa a las XII Tablas, nos habla de un régimen del agua que sin duda vendría ya establecido en las mismas: «Ut aqua pluvia ultimo genere ea est, quae de caelo veniens crescit imbrī, sed proprio loco, in quo quasi ius arcendi continetur genus est aqua pluvia nocens; eius generis formae loci vitio et manu nocens, quarum altera iubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur.»

Posiblemente también, como ha puesto de relieve BURCKHARD, «*Commentarii ad Pandectas*», cit., pág. 39, el fragmento 5 del Digesto 43,8 de PAULO (Lib. XVI ad Sab.) haga referencia a la acción aquae pluviae arcendae: «Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caveatur.»

⁵ Cfr. BURDESE, «Actio aquae pluviae arcendae», cit., pág. 257. BRUGI, «Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali», en AG. XXXII, 1884, pág. 221.

niuncta fides bona no solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo. Et quod ita scriptum est: videbitur, pro hoc accipi debet: videri poterit; sic et verba legis duodecim Tabularum veteres interpretati sunt: si AQUA PLUVIA NOCET, id est, si nocere poterit...»³.

En efecto, el empleo por parte del jurista de las palabras «**si aqua pluvia nocet**» evidencia que ya en los tiempos del Código Decemviral se debió conceder al vecino la posibilidad de defenderse del daño producido por una alteración en el curso natural del agua⁴.

El régimen de las aguas privadas y de la **actio aquae pluviae arcendae** fue contemplado también en la etapa clásica en el Edicto del Pretor, siendo definitivamente establecida su regulación en el libro XXXIX, Título III del Digesto, bajo la rúbrica «**De aqua et aquae pluviae arcendae**»; es decir, «del agua y de la acción para que se contengan las aguas llovedizas»⁵.

No obstante, ni el régimen jurídico, ni el objetivo, ni la función de esta acción son los mismos en toda su historia. Profundas diferencias determinan que la acción tenga un carácter completamente distinto en Derecho clásico y en Derecho justinianeo, siendo la misma un claro ejemplo de cómo se llegan a modificar las instituciones en Derecho Romano de una etapa histórica a otra. Así pues, por muy diversas circunstancias la **actio aquae pluviae arcendae** sufre numerosas modificaciones hasta su regulación definitiva en la **Compilación de JUSTINIANO**. Dichas circunstancias responden sobre todo a las distintas necesidades agrícolas y condiciones climatológicas de las diferentes provincias del Imperio, así como a las nuevas concepciones en materia de limitaciones de la propiedad y de relaciones de vecindad que aparecen en los tiempos del emperador. Como ha puesto de manifiesto SALERNO, la normativa imperial caracterizada por la confirmación de algunos principios impuestos por las nuevas necesidades socio-económicas,

como la prohibición de los actos de emulación, la consideración de la pública utilidad, del *animus* con el que actúa el *auctor operis*, de la equidad, etc., es tan innovadora que ha inducido a muchos autores a hablar de la existencia de un nuevo régimen de las aguas privadas⁶. En efecto, en Italia y más concretamente en el Lacio, en la etapa primitiva (siglos VII y VI a.C.) es lógico que la *actio aquae pluviae arcendae* se concibiera como un acción dirigida a alejar de los fundos la amenaza del agua y a defenderlos de la violencia de las grandes corrientes, antes que procurar que el agua les llegue para el riego de los cultivos. La planicie latina y las montañas que la rodeaban eran ricas en vegetación, había abundantes y densos bosques que solían traer frecuentes lluvias torrenciales por lo que la preocupación primordial entonces era la de proteger los fundos de los grandes aguaceros e inundaciones⁷. Cosa muy distinta ocurría en las provincias, sobre todo en las de Oriente, en las que era precisa una completa regulación del sistema del agua que, siendo un bien escaso en estas zonas, debía ser repartida equitativamente para hacer posible su abastecimiento a todos los terrenos a través de los correspondientes canales de riego⁸.

Por tanto, podríamos decir que en Derecho clásico la *actio aquae pluviae arcendae* tiene como función evitar que en los fundos vecinos se construyan obras o se hagan modificaciones que pudieran ocasionar una crecida de las aguas provocando inundaciones y daños derivados de la violencia con la que ésta suele actuar cuando su cauce viene aumentado bruscamente; siendo, por otro lado, imposible reclamar mediante esta acción cuando el perjuicio que ocasiona el agua con su crecida no es más que el resultado de eventos o fenómenos naturales. Es decir, en Derecho clásico es requisito esencial para poder interponer esta acción la existencia de un *opus manu factum*; de este modo, sólo puede ejercitarse cuando el curso de las aguas que discurren por los fundos limítrofes o cercanos aumenta como consecuencia de los trabajos realizados en uno de los fundos causando un perjuicio a los

vecinos. Las obras que por el contrario hacen que disminuya el cauce de las aguas impidiendo que lleguen desde un fundo superior a uno inferior no dan lugar a la acción. Así pues, todo propietario está legitimado para retener el agua que pase por su fundo en la medida que mejor le parezca o desviarla a su libre antojo sin ningún tipo de limitación.

En Derecho justiniano sin embargo, el principio que inspira a los juristas bizantinos es que cada *dominus* tiene derecho a disponer del agua que pasa por su fundo pero en los límites de su utilidad. La *actio aquae pluviae arcendae* tiene entonces un significado diferente. Ahora es una acción dirigida también a tutelar el derecho de los propietarios a exigir de sus vecinos que no construyan obras o modifiquen el estado de sus inmuebles sin ninguna utilidad, cuando de este modo pudieran privarles del agua o disminuir su corriente de forma perjudicial para ellos. Además, en esta época se legitimó también para poder ejercer esta acción, a los perjudicados por el aumento o la disminución del agua provocado por la misma naturaleza⁹.

En resumen, cabe por tanto señalar que el régimen clásico de la *actio aquae pluviae arcendae*, dirigido a proteger los fundos más del exceso del agua que de su defecto, cambia en Derecho Justiniano ampliando los supuestos de aplicación de la acción en atención sobre todo a las diversas necesidades de los nuevos territorios provinciales.

II. CARACTERES Y REQUISITOS DE LA ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE

En Derecho clásico, la *actio aquae pluviae arcendae* es una acción personal¹⁰ dirigida fundamentalmente a preservar el *naturaliter defluere*. Así pues, el propietario del fundo inferior tiene la obligación de tolerar el agua que discurre de forma natural desde el fundo superior al suyo, invadiéndolo incluso de manera perjudicial. Ahora bien, al pro-

⁶ SALERNO, F., «Aqua pluvia ed opus manu factum», cit., págs. 219-220. Vid en el mismo sentido, PEROZZI, «Il divieto d'atti di emulazione...», cit., pág. 25; GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., págs. 60 y 61.

⁷ Basta comprobar las obras de los *scriptores rei rusticae* y de los *agrimensores romanos* para ver cuales eran las exigencias de la agricultura en aquellos tiempos: CATON, «De re rust.» 155, COLUMELA, «De re rust.», IV, 17; VARRON, «De re rust.», I, 14; PLINIO, «Naturalis Historia», 18 y 19; PALADIO, «De re rust.», 1, 2 y 1, 34. Vid. en este sentido, SARGENTI, «L'actio aquae pluviae arcendae», cit., págs. 4 y ss.; BONFANTE, «Corso...» cit., pág. 489; RESINA SOLA, P., «Relaciones de vecindad. El paso de agua pluvial», cit., pág. 238; BRUGI, «Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali», cit., págs. 210-211; VARELA MATEOS, E., «Un ejemplo de pragmatismo...», cit., pág. 4217.

⁸ Cfr. VOLTERRA, «Istituzioni di Diritto Privato Romano», Roma 1972, pág. 365; RESINA SOLA, op. cit., pág. 240.

⁹ BIONDI, «La categoria romana delle servitutes», cit., págs. 152 y ss.

¹⁰ Vid. D. 39, 3, 6, 5 (Ulp. Lib. LIII ad Ed.): «Aqua pluviae arcendae actionem, sciendum est, non in rem, sed personalem esse». Cfr. sobre este punto, SITZIA, «Ricerche in tema di actio...», cit., págs. 16 y ss.; SARGENTI, «Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza», cit., pág. 350; RODGER, «The palingenesia of Paul's Commentary on the actio aquae pluviae arcendae», cit., pág. 727; GROSSO, «I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana», Torino 1944, pág. 256.

¹¹ Vid. D. 39,3,1,10 (Ulp. Lib. LIII ad Ed.) «fidem autem, si aqua naturaliter decurrat, aquae pluviae arcendae actionem cessare; quod si opere factio aqua aut in superiorem partem reppellitur, aut in inferiorem derivatur, aquae pluviae arcendae actionem competere».

&13.- «Item sciendum est, hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam, quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere; et inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet».

¹² Vid. también, CICERON, *Topica* 9,39: «(...) Aqua pluvia ultimo genere ea est quae de coelo veniens crescit imbribus».

Id., *Top.* 9, 38: « Ut si aquam pluviam eam modo intellexerimus quam imbribus conlectam videremus (...)».

Cfr. GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., págs. 77 y ss.; SARGENTI, op. cit., pág. 27; BURCKHARD, «Comentario alle Pandette», cit., págs. 100 y ss. SCIALOJA, «Diritto Romano, la proprietà», cit., pág. 466; WATSON, A., «The law of property in the later Roman Republic», cit., pág. 157; SALERNO, «Aqua pluvia...», cit., pág. 221.

¹³ Contradicción que, según este autor, se complica aún más si atendemos al postulado del &6 del mismo título según el cual «Imbre autem crescere eam aquam, quae colorem mutat, vel incrementum; esto es, crece con la lluvia el agua que cambia de color o que aumenta. En su opinión, el concepto expresado con la frase «imbre autem crescere» parece distinto de aquellas con las que el jurista ha caracterizado antes el agua pluvia.

¹⁴ SARGENTI, op. cit., pág. 28. En su opinión, no hay duda que el &15 está interpolado. Sobre el mismo punto puede verse también BURCKHARD, op. cit., págs. 103 y ss.

¹⁵ Vid. D. 39,3, 1,1 (Ulp. Lib. LIII ad Ed.).

¹⁶ Además, afirma SARGENTI, que a esta conclusión es fácil llegar tras

pietario del fundo superior que en este caso tiene preferencia para aprovecharse del agua respecto al propietario del fundo inferior, le está prohibido alterar su curso natural por medio de obras (diques, surcos, etc.) realizadas de forma artificial en su finca¹¹.

Pero, ¿qué tipo de agua es la causante de los daños que debe reponer el demandado por esta acción? Las XII Tablas ya mencionaban que debía tratarse de **agua pluvia**, y lo mismo establece **ULPIANO** en el D.39, 3,1,pr: «**Aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre exrescit, sive per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.**»

Aqua pluvia es el agua de lluvia que cae del cielo discurre por la superficie terrestre, incluyéndose en la misma también el agua que surge de forma natural en la tierra y en general cualquier agua cuyo curso no sea originado y dirigido por medios artificiales¹². En efecto, el mismo **ULPIANO** considera como tal también el agua que por cualquier razón se mezcle con el agua de lluvia.

Respecto a este último punto ha afirmado **SARGENTI** que parece haber una contradicción entre el fragmento 1, pr del D. 39,3 y el fragmento 1,15 del mismo título, en el que el jurista, resumiendo los requisitos de la **actio aquae pluviae arcendae**, afirma que ésta sólo tiene lugar si el agua llovediza o la que se crece con la misma perjudicara a un fundo: «**In summa puto ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia vel quae pluvia crescit noceat**»¹³. Contradicción que, según el mismo autor, se salva si interpretamos las palabras «**aqua quae imbre exrescit**» del primer texto como el agua llovediza que aumenta y discurre por la superficie del suelo; la expresión «**aqua cum alia mixta**» como agua de lluvia mezclada con otra agua que no tiene por qué ser llovediza y por último «**aqua quae pluvia crescit**» del párrafo 15, como agua que aunque no llovida se une al agua llovediza formando entonces también **aqua cum alia mixta**¹⁴.

En suma, podemos afirmar que para que se pueda ejercitar la **actio aquae pluviae arcendae**, los perjuicios ocasionados en un inmueble deben tener su causa en un aumento del volumen del agua pluvial o mezclada con cualquier otra agua que discurrese naturalmente por la tierra.

El segundo requisito para interponer esta acción es, al menos en Derecho Clásico, que se produzca una alteración en el curso natural de las aguas como consecuencia de una obra realizada por el hombre¹⁵.

Según **SARGENTI**, el requisito del **opus manu factum** no estaba presente en las XII Tablas, sino que fue introducido **ex novo** por **LABEON**. En su opinión, hasta el último siglo de la República los juristas romanos consideraron la **actio aquae pluviae arcendae** como una acción dirigida a eliminar el daño provocado por el agua pluvial independientemente de que exista o no un nexo de causalidad con un **opus manu factum** o cualquier otra actividad llevada a cabo por el hombre. **SARGENTI** basa su tesis principalmente en la ausencia en el D.40, 7,21 de **POMPONIO** del término **manus** o de otro similar.¹⁶

Sin embargo, como ha puesto de relieve **BRANCA**, esta ausencia no puede considerarse una prueba definitiva en este sentido, sobre todo teniendo en cuenta que la mención explícita al **opus manu factum** debía parecer superflua en un ambiente en el que no se admitían limitaciones importantes al derecho de propiedad, debiendo por tanto sobreentenderse tal referencia en el texto.¹⁷

En cualquier caso, cabe subrayar que en Derecho clásico los juristas distinguieron perfectamente el daño producido por el **aqua naturaliter decurrat** y el daño provocado por **opere facto**, concediendo sólo en este último caso la acción.¹⁸

Como pone de manifiesto **SCIALOJA**, no es imprescindible para poder reclamar con la **actio aquae pluviae arcendae** que se haya producido el

daño. Para interponerla basta con que exista el temor de que se vaya a producir, siendo necesario en todo caso que la obra amenazante sí esté terminada¹⁹.

Por otro lado, las nuevas construcciones o las modificaciones llevadas a cabo en un fundo contra las cuales va dirigida la acción pueden ser de muy variada naturaleza. Al respecto, las fuentes hablan de diques, vallas y fosas como las obras que normalmente suelen acarrear cambios en el curso de las aguas;²⁰ lo cual no quiere decir que no existan además muchos más tipos de obras que puedan ocasionar un daño resarcible con la **actio aquae pluviae arcendae**, como edificaciones²¹ o movimientos de terreno²². La única condición que deben cumplir es que produzcan un daño al fundo vecino por medio de una alteración del curso natural del agua²³.

Los juristas postclásicos, en particular los justinianeos, en atención a los criterios superiores de equidad y justicia ampliaron el ámbito de aplicación de la acción allí donde la jurisprudencia clásica la había excluido anteriormente por no haber sido la intervención del hombre la causa principal del daño. PAULO, en D.39, 3,2,5, lo expresa de forma clara cuando afirma que, aún faltando los requisitos de la **actio aquae pluviae arcendae**, ésta se podrá interponer con carácter útil contra el vecino, no para hacerle reconstruir el dique que por causas naturales ha sido destruido, sino para obligarle a tolerar que el propietario del fundo dañado lleve a cabo la reparación (**patientiam praestare**): «... **Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor, utilem vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus**».

La misma idea podemos extraer del párrafo siguiente en el que el mismo jurista, recogiendo las opiniones de NAMUSA y de LABEON, manifiesta de nuevo la conveniencia de conceder el remedio de la **actio aquae pluviae arcendae** al perjudicado por la acción

la exégesis detallada de algunos fragmentos como: D.39,3,11,6 (Paulo, Lib. XLIX ad Ed.) y D.39,3,2,4 (Idem), que en su opinión confirman la no exigibilidad de la intervención del hombre como causa del daño resarcible. Pero sobre todo del responsum de NAMUSA en D.39,3,2,6: «Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agri, ut sinat purgari; haec enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint.»

Respecto a la afirmación de NAMUSA, SITZIA, «Ricerche in tema di actio...», cit., pág.44, opina que no es que antes de LABEON, aquél considerase también motivo de ejercicio de la acción las causas naturales, sino que seguramente debió entender la expresión *manu facere* en un sentido más amplio no sólo de obra hecha por el hombre, sino de cualquier actividad que pueda ocasionar, aunque sea de manera involuntaria, una mayor afluencia de agua.

¹⁹ BRANCA, «La responsabilitá...», cit., pág.352. En el mismo sentido, vid. SITZIA, «Ricerche in tema di actio...», cit., págs. 5 y ss.; WATSON, «The law of property...», cit., págs. 163-164; GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., págs. 96 y ss.

²⁰ Cfr. D.39,3,1,1 y 10 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.) Vid. SARGENTI, op. cit., pág.52; SITZIA, op. cit., págs. 4 y ss.; RODGER, «Owners and neighbours in Roman Law, Oxford 1972, pág.145; BRUGI, «Rapporti di vicinanza in materia di acque nel Diritto antico comparato al Diritto Romano», cit., pág. 301.

²¹ SCIALOJA, «Diritto Romano. La proprietà», cit., pág. 468., «Teoria della proprietà», cit., pág. 371. Vid también BONFANTE, «Corso...», cit., págs. 494 y 495; SITZIA, «Ricerche in tema di actio...», cit., pág. 3; BRANCA, «La responsabilitá...», cit., pág. 351;

²² Vid. D.39,3,2,1, D.39,3,2,4 y 5 (ambos de Paulo, Lib. XLIX ad Ed.); D.39,3,1,4 (Ulpiano, Lib. LIII

ad Ed.); D.39,3,24,1 y 2 (Alfeno, Lib. IV Digestorum a Paulo epitomatum).

²¹ Cfr. D. 39,3, 4, pr. (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.).

²² Vid. D.39,3,3,2 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.).

²³ Vid. D.39,3,1,2; D.39,3,1,6; D.39,3,1,8; D.39,3,1,10; D.39,3,1,13; D.39,3,1,22, todos ellos de ULPIANO, Lib. LIII ad Edictum.

²⁴ Vid. PEROZZI, «Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private», AG, vol. LIII, fasc. 3-4, Bolonia 1894, págs. 13 a 16; BONFANTE, «Corso...» cit., pág. 508; SARGENTTI, «L'actio aquae...», cit., págs. 61 y ss.; SITZIA, «Ricerche in tema di actio aquae...», cit., págs. 42 y ss.; SALERNO, «Aqua pluviae ed opus manu factum», cit., pág. 234; SCIALOJA, «Diritto Romano. La proprietà», cit., pág. 480 y «Teoria della proprietà», cit., pág. 375; BRANCA, «La responsabilità...», cit., pág. 360; BURDESE, «Actio aquae...», cit., pág. 258; PETERS, E., «Das Patientia praestare...», cit., pág. 158; SCHÖNBAUER, «Die actio aquae pluviae arcendae», cit., pág. 256; VARELA MATEOS, E., «Un ejemplo de pragmatismo romano...», cit., pág. 4219. Cfr. Index Interpolationum, T.III, pág. 92.

²⁵ BONFANTE, op. cit. loc. cit.

²⁶ Cfr. BIONDI, «La categoria romana delle servitutes», cit., págs. 152 y ss.; BRANCA, «La responsabilità...», cit., págs. 357 y ss.; PETERS «Das Patientia praestare...», cit., págs. 143 y ss.; GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., pág. 138.

²⁷ Cfr. D.39,3,2,3 (Paulo lib. XLIX ad Ed.): «Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittenda causa publica auctoritate facta sint, in aquae pluviae arcendae actionem non venire, in eademque causa esse ea, quorum memoriae vetustas excedit».

- D.39,3,23,pr. (Paulo, Lib. XVI ad Sabinum): «Quod Principis aut Senatus iussu, aut ab his, qui primi agros constituerunt, opus factum fuerit, in hoc iudicium non venit».

²⁸ Vid. BONFANTE, op. cit., pág. 496; VARELA MATEOS, E., «Un ejemplo de pragmatismo...», cit., págs. 4220-4221.

del agua aunque su curso no haya sido alterado por la intervención del hombre. En concreto, conforme al parecer de NAMUSA, llegado el caso en el que el agua corriente obstruyera su cauce con estiércol de modo que el estancamiento perjudicase al fundo superior, compete la *actio aquae pluviae arcendae* contra el vecino del fundo inferior para que deje que se limpie, porque dicha acción es útil no sólo respecto a las obras artificiales, sino también en cuanto a aquellas que no dependan de la voluntad del hombre: «*Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari; hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint...*».

LABEON argumenta todo lo contrario. En su *responsum* afirma que cuando la naturaleza del campo se cambie por sí misma, ya sea para peor o para mejor, nadie puede ser obligado a dejar que se restablezca la primitiva condición del lugar: «*...Labeo contra Namusam probat; ait enim, naturam agri ipsam a se mutari posse, et ideo, quum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior eius conditio facta sit, idcirco et si terrae motu, aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinum loci conditionem redigi*».

Por último, es PAULO quien sentencia a favor del ejercicio de la *actio aquae pluviae arcendae* incluso en estos casos porque así, dice el jurista, lo quiere la justicia: «*...Sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus*».

La idea de que esta última afirmación no es de PAULO, sino de JUSTINIANO ha sido defendida mayoritariamente por la doctrina.²⁴

Huella de la intervención compilaria podría ser, como afirma BON-

FANTE, el empleo del «nos» como sujeto de la frase que contradice el pensamiento de LABEON; la expresión «*in hunc casum*» en vez de «*in hoc casum*»; así como la frase «*aequitatem admittimus*», ya que sólo el emperador habría podido admitir la equidad y modificar en atención a sus postulados los presupuestos de la acción.²⁵

En definitiva, en Derecho justinianeo se produce un cambio en el régimen jurídico de la *actio aquae pluviae arcendae* ampliando los supuestos en los que puede aplicarse a aquéllos en los que el daño ocasionado al inmueble vecino es una consecuencia de la acción de la naturaleza misma, sin participación de la voluntad humana. En estos casos, la responsabilidad de los propietarios se limitará a la *patentiam praestare*.²⁶

En otro orden de ideas, debemos señalar que tanto en Derecho clásico como en Derecho justinianeo, la *actio aquae pluviae arcendae* es negada en las siguientes hipótesis:

a) En los casos en los que las modificaciones u obras han sido hechas en la finca *publica auctoritate*; es decir, cuando la naturaleza del lugar ha sido cambiada en virtud de una *lex* o de un orden del magistrado.²⁷ Por el término *lex* entendemos la *lex agro dicta*, esto es, las condiciones que para llevar a cabo el cultivo y explotación de los fundos rústicos habían establecido los fundadores de las colonias, los *autores divisionis assignationis*.²⁸ En esta época se delegarían sus poderes en la época republicana en el senado y en las asambleas populares, y en la época imperial también en el senado, y en el príncipe.²⁸

b) En segundo lugar, tampoco es aplicable la *actio aquae pluviae arcendae* cuando el *opus manu factum* que determina la modificación de la naturaleza del lugar causando un daño esté construido desde tiempo inmemorial. Así pues, la antigüedad (*vetustas*) de una obra hace que la misma se conside-

re parte integrante de la naturaleza del lugar, no pudiendo entonces exigirse su destrucción²⁹. Además, como ha puesto de relieve SARGENTI³⁰, no se puede ir contra una situación que siempre ha existido en la memoria del hombre como tal, aunque de dicha situación se derive un perjuicio, en cuanto que es imposible demostrar que su origen esté en un hecho ilícito, precisamente porque su carácter remoto impide que se pueda probar con seguridad si su origen está en una causa legítima o ilegítima.

PAULO, en D.39, 3,2, pr., resume pues los casos en los que un fundo debe soportar la acción perjudicial del agua en tres: La ley, la naturaleza del lugar y la antigüedad, que es siempre considerada como ley: «*In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendum scilicet litium causa*».

c) También viene negado el ejercicio de la acción cuando la obra ha sido realizada de común acuerdo por los propietarios vecinos que han constituido a tal efecto un derecho de servidumbre.³¹

d) Por último, la jurisprudencia clásica elabora una serie de normas para excluir la aplicación de la *actio aquae pluviae arcendae* en aquellos supuestos en los cuales la realización de un *opus manu factum* responde a necesidades esenciales de la agricultura (*agri colendi causa*)³².

En cuanto a la naturaleza del daño que se ha de producir para que sea ejercitable la acción, éste debe consistir en una inundación, devastación o similar del terreno afectado a causa de una crecida del caudal de las aguas. El *opus manu factum* deberá por tanto suponer una mayor afluencia del agua sobre el fundo vecino acarreándole un perjuicio. Así pues, se deniega la acción en los supuestos de disminución de la cantidad de agua que llegaba hasta el inmueble. Esto por lo que respecta al Derecho clásico. En Derecho justinianeo se in-

trduce la posibilidad de aplicar la *actio aquae pluviae arcendae* también para el caso en el que el daño consista en privar al vecino del agua de la que hasta entonces venía disfrutando, siempre que el propietario del fundo cuya actividad implica el perjuicio actúe motivado por la maligna intención de dañar y sin obtener ninguna ventaja a cambio. Que esto sea así, se deduce de los pasajes II y 12 del D.39, 3,1 (Ulpiano Lib. LIII ad Edictum)³³ y del D.39, 3,2,9 (Paulo Lib. LXIX ad Edictum)³⁴, cuyas interpolaciones han sido suficientemente probadas por la doctrina.³⁵

De todo lo expuesto hasta ahora sobre el régimen jurídico y los caracteres de la *actio aquae pluviae arcendae*, resulta fácil deducir quiénes están legitimados activa y pasivamente para su ejercicio.

Legitimado activo para interponer esta acción es en primer lugar el propietario del fundo perjudicado por la inmisión del agua³⁶. También adquiere por extensión el derecho a poder ejercitarla, el titular de una servidumbre de vía para eliminar la amenaza de daño existente sobre el fundo sirviente. Tal posibilidad viene recogida en D. 39,3,25 (Juliano, Lib. V ex Minucio) según el cual, aquél que tenga constituido a su favor una servidumbre de vía puede ejercitar por razón de su fundo la acción para que se contenga el agua llovediza, porque deteriorada la vía se perjudica su fundo: «*Is, cuius fundo via debetur, aquae pluviae arcendae agere potest fundi sui nomine, quoniam deteriori via facta fundo nocetur*».

Al respecto, se podría afirmar que la motivación que pudo llevar a JULIANO a otorgar tal concesión radica en el hecho de que según el punto de vista de la jurisprudencia romana, la *actio aquae pluviae arcendae* se ejercita con el fin de evitar o eliminar el daño que amenaza al fundo del que se es propietario. Por tanto, el titular de una servidumbre cuando interpone la acción, actúa como *dominus* del fundo dominante en cuanto que indirectamente se va a ver perju-

²⁹ Cfr. D.39,3,2,3 (Paulo, lib. XLIX ad Ed.)

³⁰ SARGENTI, op. cit. pág. 87.

³¹ Cfr. D.39,3,2,10 (Paulo, lib. LXIX ad Ed.): «*Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit, si fundus tuus vicino serviat, et propterea aquam recipiat, cessare aquae pluviae arcendae actionem, sic tamen, si non ultra modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo putat, si quis vicino cesserit, ius ei esse aquam immittere, et aquae pluviae arcendae eum agere non posse*».

³² Así lo expone ULPIANO en algunos pasajes del Digesto: D.39, 3,1,3-8 y fundamentalmente D.39, 3,1,15 (Lib.LIII ad ed.), en el que el jurista fija los requisitos de la *actio aquae pluviae arcendae* en los siguientes términos: «*In suma puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat non naturaliter, sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit*».

³³ D.39,3,1,11 (Ulp. Lib. LIII ad Ed.): «*Idem aiunt, aquam pluviam in suo retinere, vel superficivem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse, prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur, nec quemquam hoc nomine teneri*».

&12: «*Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi in fecit*».

³⁴ D.39,3,2,9 (Paulo, Lib. LXIX ad Ed.): «*Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse; aquam enim arceri hoc esse, curare, ne influat; quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*».

³⁵ Vid. PEROZZI, «Il divieto degli atti di emulazione...», cit., págs.4 y ss.; PAES DA SILVA, «Os actos emulativos no Direito Romano», Bol. da Fac. de Dir. Univ. de Coimbra 10 (1926-28), págs.540 y ss.; GARCIA SANCHEZ, J. «La teoría de la immissio (Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma)», Madrid 1975, págs.234 y ss.; SARGENTI, «L'actio aquae pluviae arcendae», cit., págs. 68 y ss.; BAVIERA, G., «La legitimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae», cit., págs. 146 y ss.; CARAVELLA, «Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano», Roma 1971, págs.88 y ss.; SCIALOJA, «La proprietà», cit., págs.488 y ss. y «Teoría de la propiedad», cit., págs.377; LUGSINANI, «Le limitazioni della proprietà in Diritto Romano», Filangieri, n° 7, 1898, págs.21 y ss.; GÓMEZ ROYO, «El régimen de las aguas», cit., págs. 196 y ss.; ROTONDI, «L' abuso di diritto», RDC 1923, Reimp. Padova 1979, págs. 74 y ss.; Index interpolationum, Tomo III, pág.90 y 92.

³⁶ Cfr. D.39,3,6,4 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.): «Si quis, priusquam aquae pluviae arcendae agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem, eaque ad eum transit, cuius ager esse coepit; quum enim damnum futurum contineat, ad eum, qui dominus erit, incipiet actio pertinere, quamvis, quum alterius dominium esset, opus a vicino factum sit».

³⁷ Vid. en este sentido, SARGENTI, op. cit. pág. 160.

³⁸ Vid. SARGENTI, op. cit. pág.161; BURDESE, «Actio aquae pluviae arcendae», cit., pag.277.

³⁹ BONFANTE, «Corso...» cit. pág. 518, ha puesto de manifiesto que también al enfiteuta le compete esta acción en Derecho Justiniano.

⁴⁰ Vid en este sentido: BONFANTE, op. cit. pág. 516, SARGENTI, op. cit. loc. cit.; SCIALOJA, «Diritto Romano...» cit. pág.511 y «Teoria

dicado por el daño que ocasionalmente pueda recaer sobre el fundo sirviente. Por esta razón podemos afirmar con SARGENTI que, más que una extensión del principio que reconoce la legitimación activa en la *actio aquae pluviae arcendae* sólo al dominus, el responsum de JULIANO contiene una aplicación concreta del mismo.³⁷

No encontramos en las fuentes ninguna señal que nos confirme si la concesión hecha por JULIANO para el titular de una *servitus viae* se podía extender a cualquier otro tipo de servidumbre. Pero si tenemos en cuenta que la facultad del titular de la servidumbre de vía para reclamar con esta acción no supone una excepción ni tampoco una extensión del principio general que concede la legitimación activa en la *actio aquae pluviae arcendae*, creemos que posiblemente al titular de cualquier servidumbre rústica también le sería reconocida tal facultad en los casos en los que viese mermado su derecho de servidumbre por el daño acaecido sobre el fundo sirviente.³⁸

Igual que el *dominus fundi*, sujeto activo en el ejercicio de la *actio aquae pluviae arcendae*, lo es también el que tiene un derecho sobre un *ager vectigalis*³⁹. Así lo expone PAULO cuando afirma en D.39,3,23,1 (Lib. XVI ad Sabinum) que esta acción tiene lugar respecto a los campos tributarios: «Haec actio etiam in vectigalibus agris locum habet». Y en D.47,7,5,3 (Lib. IX ad Sabinum) al establecer que tiene a su favor la *actio furtim caesarum* el que tiene un fundo tributario, lo mismo que dispone de la acción para la contención del agua pluvial y de la de deslinde: «Qui autem fundum vectigalem habet, hanc actionem habet, sicut aquae pluviae arcendae actionem, et finium regundorum».⁴⁰

Se han planteado dudas sin embargo sobre la posible legitimación activa del usufructuario, si bien éstas deben resolverse en sentido negativo, al menos para el Derecho clásico, en tanto que las fuentes son claras al respecto:

D.39,3,3,4 (Ulpiano, lib. LIII ad Edictum): «Neque fructuarius, neque cum eo aquae pluviae arcendae agi potest»⁴¹.

POMPONIO, jurista anterior a PAULO, parece conceder la acción en este caso con carácter útil en D.39, 3,22,pr. (Lib. X ex variis Lectionibus): «Si usufructus fundi legatus fuerit, aquae pluviae arcendae actio heredi et cum herede est, cuius praedium fuerit; quod si ei non competet, quaerendum est, an utilis ei quasi domino actio aquae pluviae arcendae dari debeat, an vero etiam contendat, ius sibi esse uti frui; sed magis est utilem aquae pluviae arcendae ei actionem accommodari».

La interpolación de este fragmento ha sido reconocida unánimemente por la doctrina. Numerosos elementos formales la evidencian, así: la expresión *quasi dominus* para justificar la concesión de la acción al usufructuario, otorgándole el carácter de titular de un *ius in re aliena* que no le estaba reconocido en Derecho clásico. El usufructuario no tenía para los juristas clásicos un derecho sobre la cosa objeto del usufructo, sino sólo sobre sus frutos, careciendo entonces de aquella posición respecto al fundo que le permitiría actuar *fundi nomine*. Por otro lado, las expresiones *quod si, an utilis, an vero, quaerendum est*, son características del estilo triboniano.⁴² Además, resulta contradictorio e incomprensible que ULPIANO hubiera podido establecer la negación categórica de la acción al usufructuario tal como aparece en el D.39,3,4, cuando un siglo antes ya la había concedido POMONIO con carácter útil para el mismo caso⁴³.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, demandado en la *actio aquae pluviae arcendae* lo es el propietario del fundo en el que se ha llevado a cabo la obra que crea la amenaza del daño. Este principio viene reconocido por los juristas en numerosos textos del Digesto, como: D. 39,3,4,pr. (Ulp. Lib.LIII ad Edictum)⁴⁴; D.39,3,18,pr (Javole-

no, Lib. X ex Cassio)⁴⁵; D.39,3,22,2 (Pomponio, Lib. X ex variis lect.)⁴⁶; D.39,3,4,2 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.)⁴⁷; D.39,3,3,3 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.)⁴⁸.

Los juristas del último siglo de la República distinguieron la persona del autor operis de la del dominus fundi, considerando en todo momento a éste último como legitimado pasivo en el ejercicio de la acción de contención del agua llovediza, independientemente de que sea el autor del *opus* causante del daño o no. Si bien en este último caso su responsabilidad viene limitada a la *patientiam praestare*⁴⁹.

Como ha subrayado SARGENTI, la *actio aquae pluviae arcendae*, desde sus orígenes, concierne más bien a las relaciones que los fundos cercanos pudieran tener entre sí antes que a las personas. Ésta tiene como objetivos primordiales evitar el daño que pudiera afectar a un inmueble como consecuencia del cambio sufrido en la naturaleza de la finca vecina, regular el curso de las aguas de modo que los terrenos no resulten perjudicados y, en general, eliminar cualquier causa de posibles daños. La responsabilidad surge por tanto por el hecho mismo de la existencia objetiva de una amenaza de daño, sin tener en cuenta la persona que lo haya podido motivar⁵⁰.

En definitiva, es el propietario del fundo de donde proviene el peligro el que debe responder procurando volver las cosas a su primitivo estado o prestando su consentimiento para que el perjudicado lo haga en el caso de que no haya sido él mismo el autor de la obra causante del daño⁵¹.

Por último, cabría hacer referencia al objetivo que se persigue conseguir con la *actio aquae pluviae arcendae*. Las fuentes señalan que ésta tiende en primer lugar a *aquam arcere*, esto es, alejar el agua que representa el daño. Contener el agua llovediza es, como afirma PAULO en D.39,3,2,9, cuidar que no invada un terreno, (*curare ne inffuat*)⁵².

della proprietà», cit., pág.385; GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., pág. 171.

⁴⁵ PAMPALONI, «Il concetto classico dell'usufrutto», en BIRD 22 (1910), págs. 147 y 148 ha considerado interpolado también este fragmento del que la doctrina mayoritaria ha reconocido su genuinidad. Vid. al respecto, BONFANTE, op. cit., loc. cit.; SARGENTI, op. cit. pág.164; BURDESE, «Actio aquae...»cit., pág. 257; GÓMEZ ROYO, E., op. cit., pág. 172.

⁴⁶ Cfr. BAVIERA, «La legittimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae», cit., pág.23. SARGENTI, op. cit., págs. 163-164.

⁴⁷ Vid. BONFANTE, op. cit. loc. cit.; SARGENTI, op. cit., loc. cit.

⁴⁸ D.39,3,4,pr: «Quamquam autem cum domino operis tantum aquae pluviae arcendae actio sit, tamen Labeo scribit...»

⁴⁹ D.39,3,18,pr: «...ea actione non tenetur nisi dominus solus.»

⁵⁰ D.39,3,22,2: «...erit quidem actio legitima cum domino proprietatis.»

⁵¹ D.39,3,4,2: «Idem Iulianus scribit aquae pluviae arcendae actionem non cum domino esse.»

⁵² D.39,3,3,3: «Aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri qui in suo opus faciat receptum est, eoque iure utimur.»

⁴⁶ Cfr. D.39,3,4,2-3 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.); D.39,3,5 (Paulo, Lib. XLIX ad Ed.); D.39,3,6,7 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.); D.39,3,12 (Paulo, Lib. XLIX ad Ed.); D.39,3,7,1 (Id. Lib. XVIII ad Ed.).

⁵⁰ SARGENTI, op. cit. págs. 159 y 160. Vid. también en este sentido, SITZIA, «Ricerche in tema di actio aquae...», cit., pág.34; BAVIERA, «La legittimazione passiva...», cit., pág.30; GÓMEZ ROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., págs. 141 y ss.

⁵¹ En cuanto a la legitimación pasiva del usufructuario, podemos afirmar que la solución que dan las

fuentes es idéntica a la que viene dada para la legitimación activa. De hecho, los textos que contemplan tal problema son los mismos en ambos casos. Por lo que podemos afirmar que, si bien en Derecho clásico no fue posible interponer la *actio aquae pluviae arcendae* contra la figura del usufructuario, en Derecho justinianeo, por el contrario, sí se admitió tal posibilidad. Cfr. SARGENTI, op. cit., pág. 167; SCIALOJA, «Diritto Romano, la proprietà», cit., págs.516 y 517. y «Teoría della proprietà», cit., pág.387; GÓMEZ ROYO, E., op. cit., págs. 149-150.

BAVIERA, op. cit. págs. 36-38 afirma que posiblemente la legitimación pasiva hubiese sido concedida también con carácter excepcional al poseedor de un *ager vectigalis*.

BONFANTE, op. cit., pág. 517, según este autor, equiparado al dominus fundi en este caso están el enfiteuta y el superficiario. En el mismo sentido, vid., BURDESE, op. cit., pág. 258.

De los daños ocasionados como consecuencia de las obras realizadas por los esclavos del dominus fundi, responde éste último con arreglo al principio de la responsabilidad noxal. De este modo, el dueño del esclavo deberá reponer las cosas a su estado inicial a menos que prefiera entregar el esclavo al propietario del fundo perjudicado. Cfr. D.39,3,6,7 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.); Vid. en este sentido SCIALOJA, «Diritto Romano», cit., pág.513 y «Teoría della proprietà», cit., pág. BONFANTE, «Corso», cit., pág. 517; SARGENTI, op. cit., pág. 166; GÓMEZ ROYO, E., op. cit., págs. 153 y ss.

⁵² Cfr. también D.39,3,22,1 (Javolenus, Lib. X ex variis Lectionibus): «Non aliter restituisse rem videturis, qui opus fecit, quam si aquam coecerat.»

CICERON en Top. IV, 23 y IX, 38 y 39, también hace referencia a la acción de contención del agua pluvial en relación con el *aquam arcere* o *coercere*.

Vid. en este sentido, SARGENTI, op. cit., pág.109; SITZIA, op. cit. pág. 13.

⁵³ Ahora bien, debemos recordar que la limitación de la responsabilidad a la *patentiam praestare*, en el caso de daños producidos por agentes de la naturaleza, es fruto de la labor de los juristas justinianeos. No ocurre lo mismo para el supuesto en el que dicha limitación de la responsabilidad se debe a que el autor de la obra causante del daño no es la misma persona que el dueño del fundo de donde el mismo proviene. Es innegable, como ha señalado SARGENTI, op. cit., pág. 112, la existencia de una evolución también en este sentido, sólo que ya en Derecho clásico nos encontramos con una moderación del principio de la responsabilidad absoluta del *dominus fundi* cuando no es auctor operis. Quizá, como afirma este autor (op. cit., pág. 141), esta limitación de la responsabilidad a favor del demandado no sea más que un vestigio de aquel poder que en su origen tenía el demandante para introducirse en el fundo del vecino y eliminar él mismo la causa del daño cuando el demandado se negase a cumplir la sentencia. Vid. en la misma línea de pensamiento, GÓMEZROYO, E., «El régimen de las aguas...», cit., pág. 188; MOZZILLO, «Contributo allo studio delle stipulationes praetoriae», Nápoles 1960, pág. 82; SITZIA, «Ricerche in tema di actio...», cit., pág. 14.

⁵⁴ Vid., D. 39,3,4,2 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.); D. 39,3,5 (Paulo, Lib. XLIX ad Ed.); Cfr. SCIALOJA, «Diritto Romano», cit., pág. 512 y «Teoria della proprietà», cit., pág. 386;

⁵⁵ Cfr. D. 39,3,6,6 (Ulpiano, Lib. LIII ad Ed.); D. 39,3,14,2 y 3 (Paulo, Lib. XLIX ad Ed.). Vid. en este sentido, SCIALOJA, ops. cit. loc. cit. BRANCA, «La responsabilità per danni...», cit., pág. 351; BRUGI, «Rapporti di vicinanza», cit., pág. 306.

Para conseguir contener el agua, que es el fin último de la acción, los juristas mantienen la necesidad de destruir la obra de la que el daño deriva, esto es, la **restitutio operis** que debe llevar a cabo el demandado por una **actio aquae pluviae arcendae**, si bien, como ya se ha señalado, no siendo el autor del **opus manu factum** se podrá liberar de su obligación con el simple consentimiento para que el perjudicado elimine por él mismo la causa del daño.

En concreto, podríamos resumir los casos en los que el **dominus fundi** limita su responsabilidad a la **patentiam praestare** en dos: Cuando el daño no es producido por un **opus manu factum** y cuando el demandado no es el **auctor operis**⁵³. En estos casos, el propietario del fundo perjudicado por la inmisión del agua deberá prestar la **cautio damni infecti** para garantizar al dueño del terreno de donde proviene el peligro, el resarcimiento de los daños que pudiera ocasionar al entrar en su fundo para restablecer las cosas a su estado inicial⁵⁴.

En este orden de ideas, se podría decir que la acción de contención del agua pluvial no es una acción de daños dirigida a su resarcimiento, sino al restablecimiento de la naturaleza del lugar a su primitivo estado. Aún así, si a partir de la **litis contestatio** hasta el mo-

mento en el que se pronuncia la sentencia por el juez se produjese algún daño, el resarcimiento del mismo estará a cargo del demandado por la acción⁵⁵.

En suma, cabe afirmar que la **actio aquae pluviae arcendae** tiene su fundamento en la necesidad de disciplinar las relaciones entre fundos vecinos y con ella se va a imponer en Derecho clásico un principio regulador de dichas relaciones conforme al cual todos los propietarios de fundos rústicos tienen reconocido un derecho a exigir que sus vecinos de los fundos superiores no alteren las condiciones naturales del terreno empeorando el curso de las aguas en relación con los fundos inferiores. En Derecho justinianeo, los juristas, ampliando el ámbito de aplicación de la acción, conceden también al dueño del fundo inferior el derecho a poder exigir el agua sobrante del fundo superior, pudiendo demandar a su propietario cuando impida maliciosamente que el agua de la que no hace uso discurra hacia el fundo inferior.