

María Pérez, corresponde a su hija legítima doña Maria Andrea Pérez; y los devolvieron.

Barreto.—Washburn.—Pérez.—Romero.—Correa y Veyán.

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno No. 62—Año 1922.

Los propietarios de fundos, inferiormente situados, adquieren el aprovechamiento de las aguas sobrantes que entren en sus terrenos libremente; pero no pueden emplear otro atajadizo que el formado de tierra y piedra suelta.

Recurso de nulidad interpuesto por D. Evangelista Machiavello en la causa que sigue con doña Angela Piaggio V. de Puppo sobre contradicción de una sentencia.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el expediente que sobre suspensión de obra nueva siguió doña Angela Piaggio, propietaria del

fundo "Chillón", con Canessa y Migoni arrendatarios del fundo "Tambo Inga", por ejecutoria suprema de 24 de marzo de 1917 se mandó levantar la bomba que se colocó en la acequia alta de la hacienda últimamente nombrada, con el objeto de irrigar los terrenos eriazos de la pampa de Huarangal.

Don Evangelista Machiavello, contradiciendo esta resolución demandó en la vía ordinaria a la viuda de Puppo, para que se declare que tiene derecho de aprovechar libremente de todas las aguas de los puquios de Pampa libre o Pampa del Rey, mientras discurren en su fundo, para su regadío, comprendiendo los terrenos llamados Pampa del Huarangal, y que para el aprovechamiento de esas aguas, puede emplear bombas o cualquier otro sistema de riego, siempre que los desagües lleguen al sitio de la Hoyada del potrero Capitana, donde se halla la boca toma del fundo "Chillón", a que se refiere el reglamento de Cerdán.

La demandó además, para que la indemnice el daño proveniente en la pérdida del sembrío de parras que hicieron los arrendatarios Canessa y Migone, y el daño de la suspensión de los trabajos en los terrenos de la pampa del Huarangal, que no puede seguir cultivando, mientras no se resuelva este juicio, indemnización que, llegada la oportunidad, se apreciaría por peritos.

La viuda de Puppo, contestando a fojas 16 contradijo los fundamentos de la demanda y sus pretensiones sobre indemnización, pidiendo que se declarara sin lugar por infundada.

Seguido el juicio por los trámites de la vía ordinaria, el juez lo ha sentenciado a fojas 169, declarando fundada la primera parte de la demanda, e infundada la segunda; y, en consecuencia,

que don Evangelista Machiavello, tiene derecho de aprovechar de las aguas del puquio Pampa del Rey, o Pampa Libre, en toda la cantidad que necesite para el regadío de su fundo "Tambo Inga", inclusive la parte de éste denominada de Pampa del Huarangal, a que se refiere la demanda, pudiendo para ello hacer uso de bombas o de cualquier otro sistema de riego, según la topografía de los terrenos y las necesidades del cultivo; cuidando que los respectivos sobrantes o desagües que arroje dicho fundo salgan por los sitios asignados y acostumbrados, para que siguiendo su curso natural puedan llegar a la boca del fundo Chillón y pueda éste percibir lo que de ellos le corresponda; y que doña Angela Piaggio viuda de Puppo no está obligada a hacer la indemnización de los daños a que se contrae la segunda parte de la demanda; sin costas.

El Tribunal Superior, revocando esta sentencia a fojas 217, ha declarado sin lugar la demanda de don Evangelista Machiavello, y fundada la oposición y excepciones deducidas por doña Angela Piaggio viuda de Puppo, confirmando en la parte que declara que ésta no está obligada a pagar a aquél indemnización alguna.

El fallo de vista se funda sustancialmente, en que, según el Reglamento de Cerdán "Tambo Inga" no recibe agua del río sino de un puquio que brota en la cabecera de Pampa del Rey, y Chillón se beneficia con las que arroja Tambo Inga y Pampa del Rey con una boca-toma, pasando el resto del agua por la Caja del río para el "Naranjal", "Pró" y "Chiquitanta", como su único auxilio en los meses de sequía; que con arreglo a estas disposiciones, la dotación de "Tambo Inga", "Chillón" y demás fundos vecinos, quedó constituida por las

aguas provenientes de Pampa del Rey o Pampa Libre, sin proporción determinada por número de riegos o unidades de medida, como ocurre en la distribución de las aguas del río, sino el simple caudal de agua indicando sus cauces naturales y acostumbrados y las haciendas a las que corresponde el aprovechamiento en el orden sucesivo de su colocación: que según los artículos 50. y 60. del capítulo II del Código de Aguas, relativo al dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes, las aguas pertenecen al dueño del terreno donde nacen, mientras discurren por el mismo fundo y los inferiormente situados y, en su caso, los colindantes adquieren el aprovechamiento eventual de las aguas sobrantes que entren a los terrenos de su propiedad por sus cauces naturales, pudiendo disponer libremente con tal de no emplear más atajadizo que el formado de tierra y piedra suelta; que, por consiguiente, el dueño de Tambo Inga no tiene derecho de implantar, ya sea con el fin de irrigar la antigua zona de cultivo u otra nueva o distinta, la bomba hidráulica cuya existencia o mejora en el rápido adelanto de la ciencia no había de escapar a la previsión del Código de Aguas promulgado en 1902, el cual determina la especie de atajadizo para la derivación de las aguas o mejor disfrute, que puedan emplear los fundos inferiores; que, además, no debe alterarse la situación establecida respecto de quién ha consolidado su derecho, por el uso no interrumpido, y que constituye título definitivo de adquisición en cuanto al agua (apartando el concepto de su relación con las servidumbres), se considera susceptible de dominio en sus diversas manifestaciones; excepción de prescripción no contradicha, que alega el demandado con la calidad de inmemorial, excepción que puede oponer a los

demás usufructuarios y al propio dueño del terreno, cuyos derechos se limitan por natural consecuencia en el régimen jurídico de la comunidad de las aguas con arreglo a las disposiciones del código de la materia, acotadas antes.

Como estas consideraciones están arregladas a ley y, además, el demandante no ha comprobado las alegaciones en que basa su acción, este Ministerio es de parecer que el fallo de vista está arreglado a ley en cuanto revocando la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda de Machiavello; pero no en cuanto lo exonera del pago de las costas del juicio, ya porque dicha exoneración es contraria a lo dispuesto en la primera parte del artículo 1077 del Código de Procedimientos Civiles, ya porque la demanda se ha interpuesto después de resuelto adversamente el punto que le sirve de materia.

Si el Tribunal Supremo no fuese de opinión contraria, puede servirse declarar que no hay nulidad en el fallo de vista recurrido en cuanto declara infundada la demanda de Machiavello; y que la hay en cuanto lo exonera del pago de las costas de este juicio y reformándolo en esta parte declarar que el demandante está obligado a pagar a la viuda de Puppo las referidas costas.

Lima, 12 de abril de 1922.

CALLE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 3 de agosto de 1922.

Vistos: de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal, y estando a lo dispuesto en el artículo sexto del Código de Aguas; declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas doscientas diez y siete, su fecha catorce de octubre de mil novecientos veintiuno que revocando en un punto y confirmando en otro la de primera instancia de fojas ciento sesenta y nueve, su fecha diez y nueve de julio de mil novecientos diez y nueve, declara sin lugar la demanda interpuesta a fojas una por don Évangélista Machiavello, y fundada la oposición y excepciones deducidas por doña Angela Piaggio viuda de Puppo, con lo demás que contiene dicho fallo de vista; condenaron en las costas del recurso a los litigantes que lo interpusieron; y los devolvieron.

Barreto.—Washburn.—Pérez.—Correa y Veyán.

Atendiendo: a que siendo dotación propia del fundo Tambo Inga las aguas de los manantiales de Pampa Libre o Pampa del Rey, el propietario de aquel tiene el libre aprovechamiento de ellas, conforme a lo dispuesto en el artículo quinto del Código de Aguas; que según el artículo noveno del mismo, las aguas que sobren de los aprovechamientos, saldrán del terreno por el mismo punto de su cauce natural y acostumbrado según fuere el lugar del cultivo, lo que demuestra que en Tambo Inga las aguas pueden llevarse a donde convenga al propietario de ellas; que puede hacerse esto sin ninguna limitación, lo autoriza el artículo cuatro-

cientos sesenta y uno del Código Civil, que señala como uno de los efectos del dominio, disponer libremente de la cosa propia; que el mismo principio se halla consagrado en el Código de Aguas, que en su artículo veinte al tratar de las aguas subterráneas, establece que todo propietario puede llevarlas, aunque con ello quedaran menguadas las aguas de sus vecinos; que aprovechar de un desagüe es solo un derecho eventual que no puede limitar el de propiedad de las aguas que puedan dejar tales sobrantes; que confirma este derecho lo dispuesto en el artículo ochenta del Código de Aguas, esto es, que no se reputa daño el contrariar o suprimir el aprovechamiento de las aguas sobrantes en los que sólo eventualmente las disfrutaban; que si es indiscutible el libre aprovechamiento del agua propia, no lo es el del agua ajena que a esta venga unida; que en este caso se hallan los desagües de "Pampa Libre" que según el Reglamento de Cerdán benefician la hacienda "Chillón": mi voto es porque hay nulidad en la parte revocatoria del fallo de vista, y porque reformándolo y revocando en esta parte el apelado, se declare, que el propietario de Tambo Inga, puede hacer uso libremente, y por los medios que tenga a bien, de la dotación de agua propia de ese fundo, y que esa dotación debe separarse en el lugar conveniente de los desagües de "Pampa Libre", los cuales sin ninguna disminución deben pasar a la hacienda de "Chillón".

Romero.

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno No. 955—Año 1921.
