

La demanda para impedir una obra nueva de riego debe tramitarse en la vía ordinaria y no como oposición á la servidumbre forzosa de acueducto de que trata el artículo 69 del Código de Aguas.

Juicio seguido por D. Bernardino Salcedo con D. Juan J. Aurich, sobre extinción de servidumbre. —Procede de La Libertad

SENTENCIA DEL JUEZ ACOMPAÑANTE DOCTOR VILCHES.

Vistos: que á fojas 4 D. Bernardino Salcedo, hacendado de "Mayascón", demanda á D. Juan J. Aurich, para que se abstenga de llevar á cabo una obra nueva, que perjudica de una manera evidente é irreparable al demandante: que así mismo pide la rescisión de un contrato de comodato celebrado entre el hacendado de "Mayascón" y don Juan J. Aurich, titulado conductor de "Batan Grande", para conducir las aguas del río de "La Leche" por terrenos de su propiedad, en cambio de veinte cuadras de tierra que éste le cede á aquél como una mútua compensación; que á fojas 7 D. Bernardino Salcedo, con el fin de impedir que D. Juan J. Aurich, continuase haciendo excavaciones en terrenos de "Mayascón", pide que la autoridad política haga respetar el *statu quo* decretado por el juzgado; que á fojas 11, el demandado interpuso la excepción de demanda inepta la que fué declarada improcedente por la Ilustrísima Corte Superior; que á fojas 61 don Juan J. Aurich, negó la jurisdicción del juzgado, pretendiendo que el conocimiento del presente juicio pasase á la competencia de los funcionarios administrativos, lo que es contrario á los principios más elementales del derecho, pues en

este caso no se trata del uso ó aprovechamiento de las aguas públicas para el riego, sino que este litigio versa contra daños y perjuicios originados por el cambio del lecho del río, en virtud de un accidente imprevisto; que á fojas 61 D. Juan J. Aurich, pidió que el juzgado se inhibiese del conocimiento de este juicio, por pertenecer la hacienda "Mayascón" á la jurisdicción de la provincia de Chota, lo que también es erróneo porque es en el fuero demandado donde se inició la demanda (artículo 116 y 177 del Código de Enjuiciamientos Civil); que á fojas 95 al contestar el apoderado de D. Juan J. Aurich, el traslado de la demanda, denomina cauce primitivo, al lecho accidental del río y califica el procedimiento del juzgado como infractorio de la Constitución y demás leyes; que á fojas 96 el juzgado recibió la causa á prueba y entonces presenta D. Bernardino Salcedo, por la que le respecta:

Primero. Siguiendo el informe del abogado de Aurich, en el que manifiesta, de una manera evidente, que el cauce natural del río es la dirección A B, del plano presentado por el mismo.

Segundo. El acta de fojas 32, en que consta el acuerdo celebrado entre D. Juan J. Aurich y los presidentes de los sindicatos de los pueblos Túcume, Pácora, Illimo, Mochumi, Jayanca y Morrope.

Tercero. El contrato de comodato, corriente á fojas 1, celebrado entre el hacendado de «Mayascón» y los antiguos conductores de "Batán Grande" y después con D. Juan J. Aurich, titulado conductor de la misma hacienda, en cuyo contrato se reconoce que los terrenos por donde atraviesa la quiebra del río pertenecen á la hacienda "Mayascón"; presenta, también, como prueba la inspección ocular practicada por el Juzgado, en la que se descubre que el nuevo cau-

ce del río, no es el natural y que antes que la naturaleza hubiese desviado sus aguas, la toma de "Batan Grande" estaba situada en un lugar enteramente distinto al de la actualidad, lo que prueba que el cauce del río es el que marca la dirección 1, del plano corriente á fojas 112; que á 113 corre el dictamen de los peritos Tomás Solís Napo y Lucas Burga, los que uniformemente afirman: que la dirección 1, es la caja natural del río, que así lo comprueba los derrumbamientos existentes: que el lecho formado por la quiebra es anormal, que así lo manifiesta los daños que ha hecho en "Mayascón", utilizando grandes extensiones de tierra.

Por lo expuesto y considerando.

Primero. Que el contrato de comodato, celebrado entre D. Bernardino Salcedo y D. Juan J. Aurich debe rescindirse, por estar basado en una falsedad, pues, este último hizo creer al hacendado de "Mayascón" que era conductor legal de "Batán Grande", lo que es falso, y los contratos que adolecen de dolo ó error, se consideran nulos á tenor de lo dispuesto en el artículo 1236 del Código Civil.

Segundo. Que el cauce de la quiebra del río, origina al dueño de "Mayascón" innumerables perjuicios, derrumbándole é inutilizándole terrenos que antes los tenía dedicados al cultivo.

Tercero. Que pudiendo D. Juan J. Aurich conducir por otro lugar de la misma hacienda de "Mayascón", el agua que necesita para el fomento de sus sementeras con el mismo provecho para él y menores perjuicios para el dueño del predio sirviente, es claro que la justicia aconseja proceder de este modo, tanto más, cuanto que, según el principio universal de legislación, nadie debe enriquecerse con detrimento de otro.

Cuarto. Que el artículo 1163 del Código Ci-

vil, que es la ley sustantiva prescribe terminantemente, lo siguiente: "Es prohibido al dueño del "predio sirviente, hacer algo que tienda á entorpecer el uso de la servidumbre. Sin embargo, "si se probase que cierta alteración lo libertaría "de considerable perjuicio, sin causarlo al dueño del dominante, debe éste permitirlo." Luego, pues, si se ha comprendido que la hacienda "Batán Grande" no menoscaba su dotación de agua, abriendo su toma en cualquier punto de la hacienda "Mayascón"; pero deribando esa toma del cauce natural del río y pasando el acueducto por terrenos que en concepto del dueño del fundo sirviente no le causen los mismos perjuicios, que si el río continuase corriendo por el cauce de la quiebra, es por consiguiente justo y racional que el dueño de "Mayascón" no siga soportando los daños que le origina este cauce accidental.

Quinto. Que si el hacendado de «Mayascón» permitía que corriese el agua por el cauce de la quiebra, era porque los pueblos aprovechaban también, de ella; pero ahora que los mismos, de una manera espontánea restablecen el cauce natural del río, comprendiendo que el accidental origina perjuicio al hacendado de "Mayascón", es natural que no hay derecho para oponerse á que el dueño de un fundo sirviente quiera libertarse de una servidumbre que le origina perjuicios irreparables.

Sexto. Que el interés particular debe posponerse al general y al imperio de la justicia, como sucede en este caso, en que corriendo el agua por el cauce natural del río, se concilian el derecho de tres entidades: el hacendado de "Mayascón", que se liberta de los perjuicios consiguientes á la corriente del río, por el cauce de la quiebra; la hacienda "Batán Grande" que aprovecha del

mismo caudal de agua, sacando su toma del cauce natural; y por último los pueblos interesados en que corra el agua por la caja natural del río.

Sétimo. Que no se prohíbe al hacendado de "Batan Grande" establecer una servidumbre de acueducto por la misma hacienda de "Mayascón"; pero por un lugar por donde no le origine los mismos perjuicios que si continuase corriendo el agua por el cauce accidental del río.

Octavo. Que el dictamen de dos peritos uniformemente expedido, hacen prueba plena; por consiguiente, si ellos afirman que el uso de la actual toma, derivada de la caja anormal del río, perjudica enormemente al hacendado de "Mayascón", no se concibe que se le obligue á soportar una servidumbre por un lugar por donde ataca á un derecho y menoscaba su propiedad. Por estas razones y administrando justicia á nombre de la nación. Fallo: que debo declarar como en efecto declaro, justa la oposición formulada por D. Bernardino Salcedo, impidiendo que continúe corriendo el agua por el cauce de la quiebra que atraviesa su hacienda "Mayascón"; así mismo mando que D. Juan J. Aurich cierre la boca de esa quiebra dentro del plazo de ciento veinte días, pudiendo en cambio, hacer uso de las facultades que le concede el Código de Aguas, en la sección referente á las servidumbres legales; esto es, ejercer su derecho para establecer una servidumbre de acueducto, por la hacienda "Mayascón", pero conciliando el derecho de ambos.

Y por esta mi sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, así lo pronuncio, mando y firmo como Juez acompañante, en Lambayeque, 1.º de diciembre de 1906.

Juan Francisco Vilchez.

SENTENCIA DEL JUÉZ DOCTOR GALLAGHER Y CANAVAL.

Vistos: y resultando de autos, que iniciado el juicio por D. Bernardino Salcedo y después de interponerse la excepción de fojas 11 la Ilustrísima Corte Superior expidió el auto de fojas 49 señalando la tramitación que debía seguirse, que en obediencia á dicho auto y habiéndose observado la disposición legal á que dicho auto se refiere ha llegado el caso de resolver definitivamente y considerando:

1.º Que según pudo apreciarse en la inspección ocular practicada por el Juzgado, cuya diligencia corre á fojas 107 es indiscutible que el trabajo hecho por las comunidades ha sido simplemente restablecer el antiguo y primitivo cauce del río de "La Leche."

2.º Que la afirmación anterior está corroborada por el dictamen uniforme de los peritos corriente á fojas 113.

3.º Que es igualmente incuestionable que el punto marcado en el plano de fojas 112 con el N.º 2, es, pues, la quiebra producida por el río y no la toma de la hacienda "Batán Grande", y que por consiguiente, dicha hacienda no tiene ningún derecho sobre él.

4.º Que no siendo la toma de "Batán Grande" el punto marcado con el N.º 2 no puede dicha hacienda hacer trabajos en dicho punto.

5.º Que restablecido el cauce del río no puede prácticamente continuar situada la toma de "Batán Grande" en terreno de los puntos marcados con los números 3 y 4, porque no corriendo agua por el lecho de la quiebra, dicha hacienda no tendría como recoger las aguas á que tiene derecho para el riego de sus terrenos.

6.º Que clausurándose inmediatamente el

punto donde tuvo lugar la quiebra (Núm. 2) la hacienda de "Batán Grande" quedaría sin la dotación de agua que le corresponde, por lo que debe concedérsele un plazo prudencial á fin de normalizar su situación.

7.º Que si como parece indicarlo la topografía del terreno es indispensable que exista en la hacienda "Mayascón" la servidumbre de acueducto en favor de la de "Batán Grande," debe permitirse á ésta el uso de los medios franqueados por la ley para usar de esa servidumbre, conciliando en lo posible los intereses de ambos fundos, como lo dispone el inciso 2.º del artículo 88 del Código de Aguas concordante con el artículo 1163 del Código Civil. Por estas consideraciones, administrando justicia á nombre de la nación. Fallo, que debo declarar y declaro fundada la oposición formulada por D. Bernardino Salcedo, y que en consecuencia, D. Juan J. Aurich no puede practicar trabajo alguno en el punto en que el río se desviaba introduciéndose en terrenos de "Mayascón" pudiendo sin embargo conducir sus aguas por ese lugar durante el término de 120 días, dejando á dicho Aurich su derecho á salvo para que durante ese término pueda, sea por arreglo directo con el propietario de "Mayascón", ó amparado por las disposiciones contenidas en el capítulo 9.º sección primera del Código de Aguas, proceder á establecer su nueva toma por el término de seis años ó á perpetuidad, según á su derecho convenga, ó según sean temporales ó permanentes sus intereses y derechos en la hacienda de "Batán Grande". Y por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, así lo pronuncio, mando y y firmo en Lambayeque, á 1.º de diciembre de 1906.

J. Gallagher y Canaval.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Trujillo, julio 13 de 1907.

Vistos; estando al mérito del dictamen pericial de fojas 113 y fojas 114 y por los fundamentos pertinentes de la sentencia de fojas 151 y fojas 156, su fecha 1.º de diciembre del año último en la parte que declara fundada la oposición formulada por D. Bernardino Salcedo para que D. Juan J. Aurich continúe haciendo correr el agua por el cauce de la quiebra que atraviesa la hacienda "Mayascón", la confirmaron; la revocaron en cuanto concede al expresado Aurich el término de 120 días para que cierre la boca-toma de esa quiebra, debiendo verificarlo dentro de tercero día, dejaron á salvo el derecho de este último para que lo haga valer como viere convenirle, y estando al mérito de los ya expresados dictámenes periciales; revocaron el auto de fojas 176, su fecha 28 del mismo mes, que deniega la modificación pedida de fojas 170 por el relacionado Salcedo; mandaron que D. Juan J. Aurich conduzca la dotación de agua de "Batán Grande" por el cauce que tiene preparado, dentro del término señalado en lo principal de este fallo, y los devolvieron, reintegrándose el papel.

*Puento Arnao.—Lanfranco.—Checa.**José R. Ottone.*

VISTA DEL SEÑOR FISCAL.

Excmo. Señor:

D. Juan José Aurich, conductor de la hacienda de "Batán Grande" y D. Bernardino Salcedo, propietario de la hacienda "Mayascón", en la provincia de Lambayeque, celebraron con el nombre de comodato, el contrato de fojas 1, por el cual consintió el señor Salcedo se continuara haciendo uso de una nueva toma para conducir las aguas del río de "La Leche" á los terrenos de la hacienda de "Batán Grande", concesión que terminaría cuando el señor Aurich dejara de ser conductor, en cuya época se restablecería la antigua toma; y en cambio concedía el señor Aurich el goce de unas fanegadas de terreno llamado "La Tranca," pertenecientes á "Batán Grande". Como se vé, ese contrato estaba impropia-mente calificado; porque ni el uso se concedía sobre cosa mueble no fungible, ni era enteramente gratuito, que es lo que caracteriza el comodato. De lo que se trataba era, pues, de una servidumbre predial de acueducto, por tiempo indefinido, desde que no era constituida con el dueño del predio dominante sino con un conductor precario.

Como posteriormente resultara, no solo muy dañosa para el señor Salcedo esa concesión, sino que el señor Aurich no era conductor, ni interesado en la hacienda "Batán Grande, y que además la nueva toma que favorecía á los pueblos de las inmediaciones había dejado de producir ese efecto; por cuanto esas comunidades tomaban sus dotaciones por acequias directas del río, se presentó el señor Salcedo solicitando que se suspendieran los trabajos emprendidos por el se-

ñor Aurich para dar nueva dirección al acueducto; se cerrara la toma aquella á que se refería el contrato, y se restableciera el antiguo cauce por donde se habían regado siempre los terrenos de "Batán Grande". El señor Aurich ha pretendido mantener el cauce abierto por él; y habiéndose sustanciado la causa practicándose una inspección y oyéndose á los peritos, de cuyas operaciones ha resultado que es efectivamente muy gravosa la servidumbre de acueducto para la hacienda de "Mayascón" en la forma que pretende el señor Aurich y que esa servidumbre puede restablecerse, como lo estaba antes de celebrarse el contrato que es menos perjudicial para el predio sirviente, ó que, por lo menos, debe dejarse á salvo el derecho de conducir las aguas por la hacienda de "Mayascón" con el menor perjuicio para esta hacienda, se ha expedido por los jueces acompañados, doctores Vilechez y Gallagher y Canaval las sentencias de fojas 151 y 156 que están conformes en lo principal, porque en ambas se reconoce la justicia de la demanda y se ordena la clausura de la nueva toma y se concede el plazo de 120 días para que el señor Aurich arregle el acueducto por donde han de correr las aguas ya sea restableciendo el antiguo cauce ó ya formando otro, previo acuerdo con el dueño de "Mayascón", de manera que satisfaga los intereses de ambos fundos.

El señor Salcedo pidió la modificación de esa sentencia alegando que el plazo era excesivo y que, según el plano que obraba en autos, podía el señor Aurich aprovechar de parte de la obra ya hecha. Interpuesta la apelación ha confirmado el superior esas sentencias por la de vista de fojas 200 vuelta, en la parte que declara fundada la oposición de D. Bernardino Salcedo para que D. Juan J. Aurich continúe haciendo correr el

agua por el cauce de la quiebra que atraviesa la hacienda de "Mayascón", y la revoca en cuanto concede al expresado Aurich el término de 120 días para que cierre la boca-toma de esa quiebra, debiendo verificarlo dentro de tercero día; dejando su derecho á salvo para que lo haga valer como le convenga, y revoca así mismo el auto de fojas 166, que deniega la modificación pedida á fojas 160 por el relacionado Salcedo: mandaron que D. Juan J. Aurich conduzca la dotación de agua de la hacienda "Batán Grande" por el cauce que tiene, preparándolo en el término señalado en lo principal de este fallo.

En concepto del Fiscal, está arreglado á la ley el fallo de vista; porque debiendo regirse la cuestión suscitada entre los señores Aurich y Salcedo por los principios relativos á las servidumbres prediales de acueducto para aguas de regadío entre fundos colindantes, justo es que se eviten al predio sirviente los daños que le resulten por la mala dirección que se dá á los canales y con mayor razón si se atiende á que el antiguo cauce establecido en "Mayascón" para conducir las aguas de "Batán Grande" prestaba el servicio sin los inconvenientes que motiva la demanda de Salcedo; por cuyas razones y las que sirven de fundamento al auto superior, concluye este Ministerio que puede V.E. servirse declarar que no hay nulidad en él, salvo mejor acuerdo.

Lima, 3 de octubre de 1907.

GÁLVEZ.

RESOLUCION SUPREMA.

Lima, octubre 12 de 1907.

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando: Que habiendo D. Bernardino Salcedo interpuesto demanda á fojas 4, para que el poseedor del fundo "Batán Grande" no hiciese la obra nueva á que se refiere, en el río «La Leche», con cuyas aguas se riegan los terrenos de ese fundo; en las sentencias de primera instancia y en la de vista se ha resuelto punto distinto de la materia disputada ordenándose que ese poseedor conduzca las aguas por acueducto distinto de aquel en cuya posesión se halla amparado por la escritura pública de fojas 1, incurriéndose así en la nulidad prevista en el artículo 1649 inciso 9.º del Código de Enjuiciamientos Civil; que por otra parte, tratándose del cambio del acueducto expresado y de alterar los efectos de la mencionada escritura ha debido darse á la causa la sustanciación ordinaria que le corresponde y se ha incurrido en la nulidad prevista en el inciso 3.º artículo 1733 del citado Código: declararon nula la sentencia de vista de fojas 200 vuelta, su fecha 13 de julio último, é insubsistentes las de primera instancia de fojas 151 y fojas 156, sus fechas 1.º de diciembre del año próximo pasado, así como todo lo actuado; repusieron la causa al estado que tenía á fojas 5 vuelta para que se le dé la sustentación ordinaria que le corresponde; y los devolvieron.

Elmore.—Ribeyro.—León.—Figueroa.—Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.