

Para abrir segunda toma en un fundo, por haberse dividido éste en dos propiedades distintas, deben observarse las prescripciones que establece el Código de Aguas.

Recurso de nulidad interpuesto por don Vicente Gutiérrez é hijos en el juicio con los herederos de don Manuel María Izaga, sobre oposición á la apertura de una toma.—Procede de La Libertad.

Excmo. Señor:

Por auto de 16 de enero de 1899 (fojas 32 del primer cuaderno), el juez de primera instancia de Chiclayo autorizó á don Manuel María Izaga para abrir una segunda toma en el río Lambayeque, por cuanto, habiéndose dividido las haciendas Pucalá y Tabernas en partes iguales entre él y su sobrino, solicitó aquel que para mayor comodidad de la partición, cada dueño percibiera por toma distinta la mitad del caudal de agua que antes recibía el fundo por una sola toma.

Esa autorización motiva el presente juicio, iniciado en octubre del mismo año á fojas 6.

Según la demanda aclarada y precisada en el curso del juicio, el objeto de éste es que se declare nula y sin efecto la autorización referida, por ser contraria á la ley la apertura de la nueva toma y perjudicial á los intereses de los demandantes y de toda la provincia de Chiclayo (réplica de fojas 60 del primer cuaderno, alegato de fojas 71 del 2.º, expresión de agravios de fojas 117 é informe de fojas 159.)

Por ley de 10 de agosto de 1898 se creó un juzgado privativo de aguas, común á las provincias de Chiclayo y Lambayeque con jurisdicción para conocer tanto en la administración y distribución de las aguas comunes de regadío como en las contenciones que por motivo de éstas surgieren.

El artículo 9 ° de dicha ley dispuso que, mientras el Gobierno aprobara y promulgara el nuevo Reglamento de Aguas mandado formular en el 7. ° para ambas provincias, el juez privativo, prescindiendo de toda innovación, procediera con arreglo á las leyes, prescripciones y usos, entonces en vigencia.

Ante disposición tan perentoria el juez de primera instancia de Chiclayo doctor don Santiago Rodríguez, que no era siquiera el nuevo privativo de aguas, pues fué nombrado tal el doctor José R. Osoreo en 22 de febrero de 1899 (página 71 de la Memoria de Justicia de ese año), no pudo legalmente introducir en el régimen de las aguas de Lambayeque, 5 meses apenas despues de la citada ley, innovación tan sustancial, como es la apertura de nueva toma en el río, sin oír á los demás interesados en aquellas, sin consultar mas opinión que la de los síndicos municipales, sin investigar siquiera cual era la dotación que correspondía á los fundos, sin dar cuenta al Gobierno y sin adoptar precaución alguna para la apertura de la nueva toma. Es decir, que el juez común hacía por sí y ante sí lo que se acababa de prohibir por ley al privativo.

La licencia dada por él á Izaga adolece pues, de nulidad, por ser infractoria de ley expresa y desprovista de toda condición de autoridad y acierto. Debe, por tanto, declararse insubsistente, como se declaró por el Gobierno en resolución suprema de 11 de diciembre de 1899 [fojas 15 y

127], correspondiendo á VE. hacer esa declaración, desde que, por haberse promovido ya este litigio, dejó el poder ejecutivo aquella sin efecto [copias de fojas 125 á 134].

El Código de Aguas se promulgó en 25 de febrero de 1902. Conforme á su artículo 239 formada la comunidad de regantes y aprobadas por el Gobierno sus ordenanzas pasan á aquella las atribuciones administrativas del juez. Las del distrito agrícola de las haciendas del río de Lambayeque, aprobadas en 15 de mayo de 1909, corren á fojas 135. A las autoridades allí establecidas toca resolver la forma en que los fundos Pucalá y Tabernas han de recibir las dos catorceavas partes que por dotación les corresponde en las aguas de esa comunidad. A ellas deberán ocurrir pues demandantes y demandados para la solución de la cuestión que ha motivado este juicio.

Por lo expuesto, el Fiscal es de sentir que hay nulidad en la sentencia de vista confirmatoria, que declara infundada la demanda y que reformándose dicha sentencia y revocándose la de primera instancia se declare nula, sin valor é insubsistente la autorización concedida en 1899 para la apertura de la segunda toma por ser infractoria de la ley de 10 de agosto de 1898; dejándose á salvo el derecho de las partes para que lo ventilen con arreglo á las ordenanzas de regadío respectivas; salvo mejor parecer de VE.

Lima, 26 de abril de 1910.

LAVALLE.

Lima, 4 de julio de 1910.

Vistos; en discordia, concordada en parte, de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 162 vuelta, su fecha 15 de octubre del año próximo pasado, que confirmando la de primera instancia de fojas 97 vuelta, su fecha 24 de abril del mismo año, declara infundada la demanda interpuesta á fojas 6 del primer cuaderno por la sociedad Vicente Gutiérrez é hijos; reformando la primera y revocando la segunda, declararon fundada dicha demanda y en consecuencia nula, sin valor é insubsistente la autorización concedida en 1899 á don Manuel María Izaga para la apertura de una segunda toma en la dotación de agua de los fundos Pucalá y Tabernas; dejaron á salvo el derecho de los interesados para que lo hagan valer con arreglo á las respectivas ordenanzas de regadío; y los devolvieron.

*Espinosa.—Ortiz de Zevallos.—Leon.—Alme-
nara.—Villa García.—Barreto.*

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor Espinosa por la no nulidad; de que certifico.

César de Cárdenas.