

111

Debe clausurarse la boca-toma abierta en un cauce particular, con infracción del Reglamento de Aguas, sino existe convenio que la autorice.

Recurso de nulidad interpuesto por don José María Barrios y otro, en la causa que sigue con don Ignacio y don Andrés Rey, sobre derecho de aguas.—Procede de Lina.

DICTAMEN FISCAL

Excmo Señor:

La demanda interpuesta por don José María Barrios y don Julián Gamarra, dueños de las haciendas "Garagay" y "Chavarría", contra don Ignacio y don Andrés Rey, propietarios de la de "Palao", tuvo por objeto el que se cerrase la bocatoma conocida por el nombre de "San Agustín", que no está considerada entre las que designa el Reglamento de Aguas; y se les restituyesen, en consecuencia, los riegos que indebidamente se distraían por esa toma en servicio de "Palao", con daño del cultivo de los fundos de los demandantes.

La prueba pericial y testimonial producida durante el juicio ha dado los siguientes resultados:

1o. Que la boca-toma de San Agustín está abierta en el cauce particular que conduce las aguas de regadío para las haciendas de "Chavarría" y "Garagay".

2o. Que esa toma cuenta una existencia de 20 a 34 años (declaraciones de Belmont y Palma).

3o. Que la toma propia de "Palao", según el Reglamento de Aguas, es la conocida con el nombre de "Pájaro Bobo".

4o. Que la dotación de agua del fundo indicado es conforme al mismo reglamento y al uso constante y reconocido por los mismos demandados, es la de dos riegos.

5o. Que la toma primitiva de "Palao" o sea la de Pájaro Bobo deja pasar sus riegos; y la de San Agustín, abierta para el mismo fundo, conduce nueve y medio riegos (dictamen pericial de fojas 85).

En cuanto a la contención entre las partes queda eliminado el punto relativo a la dotación legítima que corresponde al fundo de "Palao", esto es, la de dos riegos, pues los demandados no han pretendido más.

Lo que V. E. tiene, por lo tanto que resolver como materia controvertida entre las partes, queda reducido simplemente a estos dos puntos: 1º si conforme a la ley y a la naturaleza del servicio de Aguas, han ganado los propietarios de Palao el uso de la segunda toma; y 2º si esto implica como consecuencia, el hecho legal cierto o probable, de que los propietarios de Chavarría Garagay sufran la disminución de riegos de sus tierras estatuidos por el Reglamento.

El adjunto cree que la apertura de la toma de San Agustín, no es inofensiva para los fundos de Chavarría y Garagay, pues aparte de que es-

tay la propia de la hacienda de "Palao" tiene según la prueba pericial, mayor amplitud de la que corresponde a dos riegos, la equivalencia o compensación de que hablan los señores Rey, no puede tener lugar por las situaciones respectivas de las tomas y de los terrenos que por una y otra deben irrigarse.

Siguiéndose en este valle, como en todos, lo prevenido por el Reglamento, cada fundo o grupo de fundos colocados en nivel determinado respecto al cauce común, tienen una toma de regadío; y en el caso presente, las haciendas de "Chavarría" y "Garagay", se surten de sus catorce riegos por la toma que se halla cerca y un poco más abajo del puente de Soria, y la de «Palao» tiene la que le asigna el Reglamento conocida con el nombre de "Pájaro Bobo".

Ahora bien, la hacienda de "Palao" ha abierto una segunda toma, no ya en el cauce común, sino en el propio de las haciendas "Chavarría" y "Garagay", que disminuye por lo tanto, la dotación de aguas de estos fundos en la misma cantidad que puede dejar pasar esa segunda toma de "Palao".

No existe la compensación a que se refieren los demandados con la clausura de esta última toma, cuando se usa de la de San Agustín. La razón es obvia según resulta del plano de fojas 84.

El agua que saca para "Palao" del cauce propio de «Chavarría» y «Garagay», es distraída irremisiblemente de su aplicación a estos fundos; y si es cierto que se observa rigurosamente la clausura de la toma de "Pájaro Bobo", el agua que deja entonces de pasar por ésta no beneficia o compensa a «Chavarría» y «Garagay», pues se encuentra dicha toma más abajo de los terrenos

de «Chavarría» y «Garagay» perdiéndose entonces las aguas o aprovechándolas algún otro fondo diferente.

Así resulta rigurosamente del plano de fojas 84, derivándose la consecuencia forzosa de que los riegos que se extraen para «Palao», del cauce propio de «Chavarría» y «Garagay» por la toma de San Agustín, no tienen compensación alguna y son perdidos para esos fundos a pesar de lo dispuesto en el Reglamento de Aguas.

La diferencia de nivel entre dos porciones de la hacienda de «Palao» que según los demandados, hace necesaria la existencia de dos tomas diferentes, no está acreditada en autos, siendo sensible que punto tan importante y principal no haya sido materia de la prueba pericial única que puede establecer en juicio la verdad sobre una materia que es facultativa. Además no se ha demostrado tampoco que, aun siendo cierta esa diferencia de niveles, no pueda remediarse tal dificultad sino por una reducción de las aguas que pertenecen a otros fundos según el Reglamento.

Es de notar con este motivo que como los demandados señores Rey, no han pretendido deducir de su hipotética necesidad, el derecho a percibir mayor número de riegos que el de dos que el que les corresponde; demostrada o no la diferencia de altura de sus tierras, no se deduce de allí la consecuencia de que otros dos fundos queden privados de tres o cuatro riegos a que tienen derecho por el Reglamento. El uso de esos riegos ajenos no ha sido alegado por los demandados, ni ha recaído sobre ellos el argumento de la prescripción que sólo se refiere a la toma.

El fallo de la Ilustrísima Corte Superior se ha fundado precisamente en el argumento de la

prescripción y en el supuesto de que «Chavarría» y «Garagay» no son defraudados de los riegos que saca «Palao» por la toma de San Agustín, abierta en cauce propio de aquellos fundos.

Ambos argumentos son inexactos: el primero en principio y el segundo en el hecho.

La prescripción no cabe sobre la propiedad de las aguas cuyo uso simplemente tienen los fundos ribereños para el regadío de sus tierras y otros objetos; y ese uso no ha podido prescribirse sin título aunque fuera incorrecto. Tal es el principio sentado por el artículo 1135 del Código Civil, que sujeta el uso de las aguas y los derechos de los propietarios respectivos a lo que dispone el Reglamento del Ramo, salvo lo establecido por cualquier justo título.

Esa regla se halla en conformidad con lo que establece la doctrina común en lo relativo al uso y aprovechamiento de las aguas corrientes, cuya disposición es de orden público y beneficio común.

La teoría de la prescripción sentada en el fallo de vista y fundada en los artículos 1126 y 1165 del Código Civil, carece de aplicación en el caso presente; porque en materia de aguas, no hay otras servidumbres que las mencionadas en los artículos 1147 a 1149 del Código citado, y se refieren al derecho de abrir canales de riego en el fundo ajeno, reparaciones de pozos albiges, degües y albañales, a expensas comunes entre los vecinos, y el derecho de hacer correr las aguas de un fundo sobre el ajeno. Pero en ninguna parte establece la ley que sea servidumbre el hecho de sangrar en provecho propio el cauce de riego de otro fundo; ni este derecho, si se puede adquirir, tiene otro origen que el de una convención.

Es dudoso, además que ella pudiera celebrarse contra lo prevenido en las distribuciones de las aguas materia de un reglamento que tiene fuerza de ley y en materia de servicio general.

Por estas consideraciones, el adjunto es de opinión que no se trata en este juicio de una servidumbre; que estando acordadas las partes en que "Palao", tiene dos riegos solamente y "Chavarría" y "Garagay", diez y seis y medio, no se trata tampoco de prescripción de mayor número de riegos, para la primera; que está demostrado que a "Chavarría" y "Garagay", se les sustraen por "Palao" de su cauce propio, cierto número de riegos que pasan de seis, ocasionándoles un perjuicio de consideración; que asimismo está demostrado que la clausura de la toma de "Pájaro Bobo" mientras se usa la de San Agustín, no dá a "Chavarría" los riegos que dejan de pasar por la primera; que no hay prescripción adquirida, ni siquiera invocada, por los demandados de una parte de los riegos de las haciendas "Chavarría y "Garagay"; y que en consecuencia la toma de San Agustín, abierta en Canal Particular de regadío de dos fundos quitándoles agua que se reconoce pertenecerles, no tiene razón de existir, cuando es otra la marcada por el Reglamento para la hacienda de "Palao".

Por último, que si el nivel de ciertas tierras de este último fundo hace necesario, cuando ello se demuestre, que se les dé otro canal de riego, llegará el caso de hacer consentir a los dueños de "Chavarría" y "Garagay" en la servidumbre correspondiente, sin perjuicio de los derechos de que se encarga el artículo 1149 del Código Civil.

Puede V. E. por los motivos expuestos y las leyes citadas declarar que hay nulidad en la sentencia de vista y reformando ésta, confirmar la de primera instancia; salvo más ilustrado parecer, reintegrándose.

Lima, 14 de agosto de 1888.

RIBEYRO.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 4 de diciembre de 1888.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 138, su fecha 27 de junio último; y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fojas 128, vuelta, su fecha 20 de diciembre último, por la que se declara ilegal la existencia de la boca-toma denominada de "San Agustín", y en consecuencia, manda que ésta sea condenada; y los devolvieron.

Sánchez — Muñoz — Chacaltana — Mariátegui — Loayza — Guzmán — Galindo.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

JUAN E. LAMA.

Cuaderno N.º. 347.—Año 1888.
