

LA PRENDA ESPECIAL DE DERECHOS DE AGUAS:
ANTECEDENTES SOBRE DERECHOS DE AGUAS Y
CONTRATOS DE GARANTÍA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA
(1855-1981)*

IVÁN MAURICIO OBANDO CAMINO**
Universidad de Talca

RESUMEN

Este artículo analiza en perspectiva histórica los antecedentes que condujeron a la creación de la primera prenda especial sin desplazamiento del derecho chileno: la prenda de regadores de agua de la L. N° 2.139, de 1908. Asimismo, el autor analiza la modificación a esta prenda efectuada por el CACH. 1951, que limitó su procedencia basado en el régimen de regadío, y su derogación por el CACH. 1967-1969, que la suprimió debido a su disfuncionalidad con el proceso de reforma agraria.

Igualmente, este estudio presenta antecedentes de la prenda antedicha en el período histórico previo a 1908, los que permiten hipotetizar sobre la existencia de una prenda de derecho común de regadores de agua basada en Código Civil.

PALABRAS CLAVE: Aguas – Prenda – Derechos de aguas.

ABSTRACT

From a historical perspective, this article analyzes the background behind the creation of the first special chattel mortgage without conveyance in the Chilean law: the water irrigators' chattel in the 1908 Act N° 2.139. Also, both the amendment to this chattel carried out by the 1951 CACH — which limited its origin based on the irrigation system— and the 1967-1969 CACH revocation —which annulled it due to its inconsistency with the agrarian reform process— are analyzed. Moreover, this study presents a background to said chattel in the historical period previous to 1908, which helps hypothesize on the existence of a chattel in water irrigators' ordinary law based on the Civil Code.

KEY WORDS: Waters – Chattel – Water rights.

* Tabla de Abreviaturas: CACH. = Código de Aguas de Chile; CCCh. = Código Civil de Chile; CComCh. = Código de Comercio de Chile; CPCCh. = Código de Procedimiento Civil de Chile; C. Pol. = Constitución Política; LRC. = Ley de Reforma Constitucional; LERL. = Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes; RCBR. = Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces; *RDJCS.* = *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*; *RDJ.* = *Revista de Derecho y Jurisprudencia*; *GT.* = *Gaceta de los Tribunales*; *DO.* = *Diario Oficial*.

** Profesor Asistente de Derecho Público, de Minas y de Aguas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Correo electrónico: iobandoc@utalca.cl. El autor agradece los comentarios efectuados a este trabajo por el profesor Dr. Rodrigo Barcia L. Los errores u omisiones son de exclusiva responsabilidad del autor.

I. INTRODUCCIÓN

a) Este artículo presenta y analiza los antecedentes históricos sobre el origen, desarrollo, modificación y supresión de la primera prenda especial sin desplazamiento del derecho chileno: la prenda de regadores de agua, denominada más tarde prenda de derechos de aprovechamiento de aguas, creada por la L. N° 2.139, de 1908 y reformulada por el CACH. 1951.

b) Desde un punto de vista normativo, podemos adelantar que esta prenda especial sin desplazamiento fue creada por la L. N° 2.139, de 1908, sobre Asociaciones de Canalistas. Ella fue modificada substancialmente por las L. N° s. 8.944, de 1948 y 9.909, de 1951, las que dieron vida al CACH. 1951, el cual substituyó la institución del regador de agua por la del derecho de aprovechamiento de aguas y limitó la celebración de la prenda señalada, la que ahora cedió en favor de las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia. Finalmente, la prenda en análisis fue suprimida por la L. N° 16.640, de 1967, sobre reforma agraria, la que además dio lugar a un segundo código del ramo, contenido en el DS. N° 162, de 1969, del Ministerio de Justicia, que fue el CACH. 1967-1969.

c) Aunque desconocida por una parte importante de la doctrina iusprivatista, debemos señalar que esta prenda especial sin desplazamiento fue concebida originalmente por el legislador como uno de los medios jurídicos para facilitar el acceso al crédito de los asociados a una Asociación de Canalistas, complementando así las garantías tradicionales, en especial hipotecarias, que éstos podían ofrecer a sus acreedores.

Los inconvenientes que, en concepto del legislador, ella planteaba para un adecuado y eficiente régimen de riego, condujeron a su modificación legal en la primera codificación nacional de aguas, de los años 1948 y 1951, siendo finalmente suprimida por la ley sobre reforma agraria de 1967.

No obstante constituir esta prenda especial el objeto de nuestra indagación, este artículo también presenta evidencia sobre antecedentes existentes en el período histórico previo a 1908, la que induce a pensar que los propietarios de regadores de agua solían entregar éstos en prenda a terceros, en garantía de sus obligaciones contraídas y amparándose en el derecho común a la sazón existente.

d) En razón de lo expuesto, este trabajo principia exponiendo los antecedentes que precedieron el establecimiento de las asociaciones de canalistas y de la citada prenda, para lo cual indagamos en el derecho y las prácticas jurídicas existentes en nuestro país en el siglo XIX, los que pueden permitir dilucidar la razón subyacente a la L. N° 2.139.

Acto seguido, pasamos al objeto directo de nuestra indagación: la prenda especial de derechos de aguas. En esta materia nos centramos en el estudio del establecimiento de la prenda especial referida, cuyo estatuto legal se apartaba de su similar del derecho común. Finalmente, este artículo trata sobre los antecedentes considerados para la modificación de la citada prenda en 1951 y, posteriormente, para su supresión en 1967.

e) Para el desarrollo de este trabajo, exponemos evidencia histórica sobre temas conexos a la prenda de derechos de aguas, con el objeto de establecer la relación existente con las instituciones jurídicas del pasado, específicamente con

los derechos de aguas, la hipoteca de derechos de aguas y en ocasiones –empleando una terminología actual– con las organizaciones de usuarios.

Lo anterior nos lleva a presentar con cierta extensión las discusiones y argumentos relevantes que presidieron la regulación del régimen jurídico de las aguas y de los derechos de los particulares en distintos períodos de nuestra historia, para luego analizar la fisonomía exhibida por la prenda de derechos de aguas en el contexto de los contratos de garantía que se podían celebrar respecto de tales derechos.

La perspectiva histórica adoptada para este estudio permite reconstruir la historia de la prenda en nuestro derecho de aguas, al tiempo que arroja luces para una comprensión ulterior de disposiciones jurídicas vigentes pertinentes por parte de los estudiosos del derecho. Es el caso del art. 214 inc. 1° CACH. 1981, el que preceptúa: “*Los derechos de aprovechamiento de aguas quedarán gravados de pleno derecho, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijen las juntas y directorios*”. Este es el único precepto que alude a la prenda del derecho de aprovechamiento de aguas en dicho cuerpo legal y su interpretación es problemática para la doctrina¹.

f) La periodización histórica empleada para realizar este estudio es relativamente convencional y está determinada por la introducción o la reconfiguración de las instituciones jurídicas del derecho de aguas mediante la aprobación de diversos cuerpos legales. Dichos cuerpos legales fueron el CCCh., la L. N° 2.139, el CACH. 1951 y el CACH. 1967-1969.

Los períodos analizados y sus denominaciones son los siguientes: i) Período 1855-1908: los derechos de aguas y la prenda de derecho común de regadores de agua; ii) Período 1908-1951: las instituciones jurídicas y la prenda de regadores de agua de la L. N° 2.139; iii) Período 1951-1967: primer código de aguas, nuevas instituciones jurídicas y la prenda de derechos de aprovechamiento de aguas; y iv) Período 1967-1980: segundo código de aguas, derechos reales administrativos de uso sobre las aguas, reconfiguración patrimonial del derecho de aguas y supresión de la prenda de derecho de aprovechamiento de aguas.

g) Este artículo se divide en seis secciones, incluidas esta Introducción y las Conclusiones. La sección II se refiere al período 1855-1908 y trata acerca del estatuto jurídico de las aguas, los derechos de los particulares sobre éstas y la prenda de derecho común de regadores de agua. La sección III dice relación con el período 1908-1951 y expone las principales instituciones jurídicas reguladas

¹ RAMOS, P., René, *Algunas Notas sobre Derecho de Aguas*, en *Revista de Derecho* 182 (Universidad de Concepción, julio-diciembre 1987), p. 109; SEGURA, R., Francisco, *Las Servidumbres en el Derecho de Aguas*, en *Revista de Derecho* 209 (Universidad de Concepción, enero-junio 2001), p. 193. En el análisis de la eventual e hipotética procedencia de la prenda en nuestro derecho de aguas vigente, deberá considerar forzosamente el art. 110 i. f. CACH. 1981, según el cual los derechos de aprovechamiento no inscritos sólo pueden hipotecarse conjuntamente con el inmueble a que su propietario los tuviere destinados, en relación con el art. 2420 i. f. CCCh., el que prescribe que la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los bienes inmuebles por destinación, pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

por la L. N° 2.139, de 1908, con especial referencia a la prenda especial de regadores de agua. La sección IV se refiere al período 1951-1967 y explica la situación de la prenda especial de derechos de aprovechamiento de aguas e instituciones conexas en el marco de la primera codificación nacional del derecho de aguas. Finalmente, la sección V se ocupa del período 1967-1980 y trata acerca de la supresión de la mentada prenda por el CACH. 1967-1969 y textos legales posteriores, en el marco de la segunda codificación nacional del derecho de aguas y la ulterior reconfiguración patrimonial de este último.

II. PERÍODO 1855-1908: LOS DERECHOS DE AGUAS Y LA PRENDA DE DERECHO COMÚN DE REGADORES DE AGUA

1. *Las aguas, los derechos de aguas de los particulares y el regador de agua*

a) Desde la Declaración de Independencia hasta la emisión del CCCh., nuestro ordenamiento jurídico admitió la calidad de bienes públicos de las aguas de cauces naturales en diversos textos jurídicos. Este régimen jurídico de dominio público aparece insinuado en los dos textos jurídicos nacionales dictados con anterioridad al CCCh.: el Senado Consulto de 18 de noviembre de 1819 y la Ley de Municipalidades de 1854².

b) El Código de Bello hizo lo propio, con ciertos matices, pese a que éste se limitó a consignar las normas básicas de un régimen jurídico de las aguas, como lo señaló su "Mensaje"***: "[...] *en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto como el código que le ha servido de guía, se ha ceñido a poco más que sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades*"³.

Conforme a sus preceptos originales, se desprende que el agua constituía un bien corporal mueble, pues podía ser percibido por el hombre a través de sus sentidos y transportarse de un lugar a otro por una fuerza externa. Así se desprende de los arts. 565 inc. 2° y 567 inc. 1° CCCh. Si el agua estaba permanentemente destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, entonces ella constituía un bien inmueble por destinación, de acuerdo al art. 570 CCCh.

Las aguas, tanto marítimas como la mayor parte de las terrestres, constituían bienes nacionales de uso público, según lo preceptuado en el art. 595 CCCh., el que dispuso que: "*Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público*"⁴. La excepción la constituían ciertas aguas terrestres de dominio privado, contempladas en los arts. 595 inc. 2°, 596 inc 2°, 837 y 838 CCCh., a saber: las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad; los lagos pequeños no navegables por buques de más de cien

² VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de Aguas* (Santiago, 1998), I, pp. 129 ss.

*** Advierto para lo sucesivo, que en la transcripción de fuentes de época he reconducido su ortografía a la actualmente vigente; pero no he resuelto las erratas de imprenta, que hago observar en cada caso.

³ "Mensaje" del Código Civil, párr. 28 i. f., en *Código Civil* (Santiago, 1981), p. 23.

toneladas; las aguas que corren por un cauce artificial construido a expensa ajena y, finalmente, las aguas lluvias que corren por un camino público.

Los particulares sólo tenían derechos para el aprovechamiento de las aguas concedidos por la autoridad administrativa, mas no la propiedad de aquéllas. Así se deduce de tres preceptos del Código de Bello, a saber, los arts. 598, 603 y 860 CCCh. El primero calificaba este derecho como de uso y goce y al efecto prescribió: “*El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares [...] en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las Ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen*”. El segundo, a su turno, preceptuó: “*No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes u ordenanzas respectivas*”, en tanto que el tercero señaló: “*Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas*”⁴.

Este derecho sobre las aguas otorgado a los particulares por la autoridad constituía un bien incorporal, de acuerdo al art. 565 inc. 3° CCCh. y su naturaleza correspondía a la de un derecho real, conforme a la definición del mismo contemplada en el art. 577 inc. 2°, al decir del profesor don Alejandro Vergara B⁶. Dicho derecho podía ser un bien inmueble o mueble, conforme al art. 580 en relación con los arts. 567 inc. 1° y 570 CCCh., según si el agua estaba o no permanentemente destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble: en el primer caso, el derecho se sujetaba a las normas relativas a los bienes inmuebles, y en el segundo, a las de los bienes muebles.

Este régimen de dominio público de las aguas terrestres y la naturaleza jurídica de los derechos de los particulares sobre las aguas de dominio público, no fue alterado por los cuerpos legales y reglamentarios dictados con posterioridad al CCCh⁷.

c) La unidad de medida del derecho de los particulares sobre las aguas se encontraba determinada con alguna uniformidad.

Existía una medida generalmente aceptada, que era la del regador de agua,

⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro, cit. (n. 2), pp. 140 ss.

⁵ *Ibid.* El texto original del Código Civil tenido a la vista para estas disposiciones legales y la sección siguiente, es: *Código Civil de la República de Chile* (Santiago de Chile, 1856).

⁶ *Ibid.*, p. 143.

⁷ Tales fueron la Ordenanza sobre la Distribución de las Aguas, de 1872, que inspiró la emisión en el mismo año de tres ordenanzas sobre distribución de aguas en diferentes cauces naturales; la Ord. sobre Policia Fluvial y de irrigación para el Valle de Copiapó, de 1875; la Ord. para la Distribución de las Aguas del Río Huasco dentro de los límites del Departamento de Vallenar, de 1880; la Ley de Régimen Interior, de 1885; las leyes de municipalidades de 1887 y 1891; el Reglamento para la Concesión de Uso de Aguadas en las Provincias del Norte, de 1893 (complementado por el Dto. N° 2.130, de 1905); el CPCCh., de 1902; Reglto. sobre Mercedes de aguas para usos industriales, de 1907 y la L. N° 2.068, de 1907, que a los dueños de propiedades para usar las aguas que pasen por sus predios como fuerza motriz. Para un comentario especializado de los textos legales y reglamentarios citados; todo *ibid.*, pp. 144 ss.

una institución de antigua data en nuestro derecho que había sido ya establecido en un decreto de 30 de diciembre de 1816, dictado durante la restauración absolutista, el cual definió los criterios para medir los regadores de agua que se vendiesen en el Canal de San Carlos.

Una vez proclamada la Independencia, el Senado-Consulta de 18 de noviembre de 1819 preceptuó que el regador del Canal de Maipo o de cualquier otro río, se compondría de una sema de alto (seis pulgadas españolas) y de una cuarta de ancho (nueve pulgadas españolas), con un desnivel de quince pulgadas. La extensión de este regador fue determinada años más tarde por don Luis Lagarrigue, quien señaló que correspondía a una cuadra de longitud. Más adelante, los estatutos de la Sociedad del Canal de Maipo redefinieron esta unidad de medida para sus socios, dándole un carácter variable, consistente en una parte alícuota de su caudal⁸.

Con todo, el regador de agua contemplado en el Senado-Consulta de 18 de noviembre de 1819 constituyó la única unidad de medida contemplada por nuestra legislación hasta la emisión de la L. N° 2.139, de 1908 y el CACH. 1951, como lo reconoció expresamente una sentencia librada en la segunda mitad de la década de 1920⁹.

d) Los derechos de los particulares sobre las aguas estaban sometidos a un régimen jurídico distinto, según fueran considerados bienes inmuebles por destinación o bienes corporales muebles.

El ordenamiento jurídico no ordenaba expresamente su inscripción en registro alguno del Conservador de Bienes Raíces para su adquisición por vía de tradición.

Si ellos eran reputados bienes inmuebles por destinación, entonces quedaban amparados por la inscripción del inmueble respectivo en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces y su tradición se efectuaba conjuntamente con aquél, conforme a las normas de la propiedad raíz inscrita, en especial de acuerdo a los arts. 686 ss. CCCh. En cambio, si ellos eran reputados bienes corporales muebles, entonces su tradición debía efectuarse de acuerdo a las reglas generales de aquéllos, en especial de acuerdo al art. 684 CCCh.

Esta distinción tenía importancia para la celebración de actos traslativos de su dominio a su respecto.

e) Tratándose de los derechos de aguas de titulares incorporados a organizaciones de usuarios, los estatutos de estas últimas solían exigir la inscripción de las transferencias o transmisiones de dominio de aquéllos, muchas veces como una medida de publicidad y en otras para regular las relaciones entre sus miembros y entre éstos y la organización.

A vía de ejemplo, podemos citar el caso de la Sociedad del Canal de Maipo,

⁸ LECAROS, I., Mario, *Del régimen jurídico a que se encuentran sometidos los regadores de Agua según la ley 2.139* (Santiago, 1940), pp. 12 ss.; ZAPATA R., Guillermo, *De la prenda y de la hipoteca de los derechos de aguas* (Santiago, 1956), p. 33.

⁹ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 12 de mayo de 1926, sentencia N° 48, en *GT*, 2° bimestre 1926, 1927, pp. 175 ss.

debido a su temprana creación e importancia en el ramo. El art. 1° del Acuerdo de 12 de agosto de 1827, adoptado por la Junta General de Accionistas de la Asociación del Canal de Maipo, dispuso tempranamente: “*Que todo accionista, en el preciso término de quince días, debe registrar su acción en el libro que dichos directores han abierto a este fin, presentando para ello los títulos de dominio y los documentos de pago*”¹⁰. Este acto fue complementado por el Acuerdo de 1° de julio de 1829, de la Junta de Directores, relativo a la apertura de un libro de traspasos de regadores para asentar las enajenaciones por ventas y otros títulos traslaticios de dominio, el que preceptuó: “[...] *acordó la junta de directores en 21 de noviembre del año pasado de 1828, que se abriese un libro de traspasos, en que se asentaren las partidas de dichos traspasos, firmadas por el que traspasa y tres al menos de los directores, recogiendo la boleta que tenía el primero para darle nueva al segundo, con referencia al número de la partida principal en el libro de registros*”¹¹. Lo anterior fue complementado por el Acuerdo de 30 de agosto de 1830, de la Junta de Directores, sobre traspasos de regadores, el que dispuso: “[...] *que cualquier traspaso de regador que se haga desde esta fecha en adelante, quedan obligados el que traspasa y el que recibe, a costear todos los gastos que se ocasionen en la variación de los marcos partidores, particulares y demás que resultasen en las acequias; en la inteligencia que no le correrá el agua al que ha recibido el traspaso, ínterin no sean cubiertos todos los gastos arriba expresados [...]*”¹².

Los acuerdos recién mencionados, junto a otros adoptados hasta el 3 de noviembre de 1831, complementaron el Acta de Asociación de los Propietarios del Canal de Maipo, celebrada el 5 de julio de 1827, todos los cuales fueron sometidos a la aprobación del Presidente de la República, quien los aprobó mediante Dto. de 3 de marzo de 1832, pasando a constituir los estatutos de la Sociedad del Canal de Maipo¹³.

Hacia fines del siglo XIX, el Reglamento Interior de la Sociedad del Canal de Maipo, de 1897, señaló que su contador-tesorero tenía la obligación de llevar un libro de transferencias de regadores y un libro matriz para la cuenta de cada accionista. Al respecto, su art. 10° preceptuó: “*Son obligaciones del contador-tesorero: [...] 2° Llevar un libro de transferencias de regadores, en el que extenderá las partidas de traspasos previa autorización del Directorio, o en receso de éste del Director de turno; 3° Llevar el Libro Matriz en el que se forme la cuenta a cada accionis-*

¹⁰ SOCIEDAD CANAL DE MAIPO, *Dirección del Canal de Maipo 1827-1856* (Santiago, 1886), p. 9.

¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹² *Ibid.*, pp. 14 s.

¹³ Mediante Dcto. N° 353, de 25 de abril de 1855, el Presidente de la República, don Manuel Montt, reconoció el carácter de sociedad anónima a la Sociedad del Canal de Maipo basándose en sus estatutos originales de 1827, exceptuándola de requerir autorización presidencial para su existencia jurídica como tal, conforme al art. 6° de la ley de 8 de noviembre de 1854. Este carácter de sociedad anónima y la validez para ese efecto del citado decreto fueron reconocidos por la Excma. Corte Suprema, en sentencia de término dictada en el juicio “Sociedad Canal de Maipo con Fisco”, de fecha 18 de diciembre de 1889, *Ibid.*, p. 51; SOCIEDAD CANAL DE MAIPO, *Memoria que el Directorio de la Sociedad del Canal de Maipo presenta a la Junta General Ordinaria de 1890* (Santiago, 1890), pp. 25 ss.

*ta, de las adquisiciones por compra, adjudicaciones o inscripciones decretadas por los tribunales ordinarios, las ventas o cesiones a cualquier título solicitadas del Directorio y aprobadas por él o decretadas judicialmente. El Libro Matriz tendrá un índice alfabético*¹⁴.

Dos años más tarde, la misma sociedad dio a conocer una recopilación actualizada de sus estatutos y normas complementarias, cuyo art. 33 dispuso que su secretario debía llevar el registro de regadores y el libro de transferencias. Para ello, el mentado art. 33 prescribió: “*Corresponde al Secretario:/2° Llevar, por el nombre de cada accionista, el registro de los regadores en que se anotarán todas las mutaciones de dominio, con arreglo al libro de transferencias./3° Llevar un libro de transferencias de regadores, en el que se extenderán las partidas de los traspasos con arreglo a los arts. 50, 51 y 52*”¹⁵. A su vez, el art. 50, reiterando el Acuerdo de 12 de agosto de 1827, preceptuó: “*Toda acción ó regador debe ser registrada en el libro que se ha mandado abrir al efecto, en vista de los títulos de dominio y de los documentos de pago*”¹⁶.

2. La prenda de derecho común de regadores de agua

a) La naturaleza jurídica de los derechos de los particulares sobre las aguas también tenía importancia para la constitución de derechos reales sobre ellos, en especial aquellos que permitían el acceso al crédito por parte de sus titulares.

Sobre la constitución de algunos de dichos gravámenes, don Carlos Aldunate Solar¹⁷ dejó de manifiesto la práctica jurídica existente con motivo de sus comentarios sobre la naturaleza jurídica de las aguas y los derechos constituidos sobre ellas, al expresar: “*3.- El problema del carácter mueble o inmueble de las aguas es interesante y más complejo de lo que á primera vista parece./ En los tribunales, se ha presentado en diversas formas. [...] Si de los actos judiciales pasamos á los extrajudiciales, observaremos la misma variedad en la práctica de los negocios. Unas veces se venden derechos de agua como parte del inmueble en la misma escritura pública de venta del predio á que pertenecen. Otras veces se venden por escritura pública derechos de agua que se separan de un predio para el regadío de otro. Son frecuentes las inscripciones en el Registro del Conservador de Bienes Raíces de las mercedes de aguas concedidas en los ríos y otras corrientes nacionales de uso público. Los regadores del Canal de Maipo se transfieren, según sus estatutos, por inscripciones en el libro de traspasos, firmadas por el tradente y el adquirente y autorizadas por el Directorio. Los Bancos Hipotecarios, siempre que dan bonos con hipoteca de fundos regados con aguas del Canal de Maipo, exigen, además de la inscripción de la hipo-*

¹⁴ SOCIEDAD CANAL DE MAIPO, *Reglamento Interior de la Sociedad del Canal de Maipo* (Santiago, 1897), pp. 6 s.

¹⁵ SOCIEDAD CANAL DE MAIPO, *Recopilación Ordenada de los Estatutos y de las Disposiciones Reglamentarias de la Sociedad del Canal de Maipo* (Santiago, 1899), pp. 23 s.

¹⁶ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷ Don Carlos Aldunate Solar fue abogado de la Sociedad del Canal de Maipo y en tal calidad preparó la codificación de sus normas estatutarias y reglamentarias de 1899. Cfr. SOCIEDAD CANAL DE MAIPO, *cit.* (n. 15), p. 9.

*teca en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, prenda de los regadores, que se anota en los libros de la Sociedad [...]*¹⁸.

b) Las palabras de este autor parecen encontrar en las propias normas internas de la Sociedad del Canal de Maipo. Efectivamente, el Reglamento Interior de 1897 señaló en su art. 10 que el contador-tesorero debía llevar un registro de gravámenes de regadores y al efecto prescribió: “*Son obligaciones del contador-tesorero:/4.º Llevar un registro alfabético de los gravámenes de regadores, que sean notificados a la Sociedad; de los embargos y de las prohibiciones judiciales de gravar o enajenar, en el que consignará la fecha en que fueren notificados los gravámenes, el nombre del accionista a quien pertenecen los regadores; el número de éstos que se gravan; la fecha de la escritura pública correspondiente, el nombre del notario que la autorizó y el de la institución o persona a favor de quien o a solicitud de quien se haya constituido o decretado por autoridad judicial el gravamen, embargo o prohibición de gravar o enajenar respectivamente. Hecha la anotación, dará de ello certificado. Igualmente anotará, al margen de la partida correspondiente, la cancelación de los gravámenes registrados [...]*”¹⁹. Por su parte, su art. 26, en materia de títulos y trasposos de acciones, se refirió expresamente a la prenda e hipoteca de regadores de agua al disponer: “*Las acciones o regadores pertenecientes a menores, incapaces o mujeres casadas se sujetarán a las reglas que, para la tradición de la propiedad raíz perteneciente a esas personas, determinen las leyes./A esta misma regla se sujetará la constitución de la prenda o hipoteca de acciones o regadores que pertenezcan a esa clase de personas*”²⁰.

Por su parte, los estatutos de dicha sociedad, dictados en 1899, aludieron en general a los gravámenes sobre regadores de agua y omitieron toda referencia expresa a la prenda de regadores. Así, su art. 33 confió al secretario llevar el registro de gravámenes y al efecto prescribió: “*Corresponde al Secretario:/4º Llevar un registro por orden alfabético, en que anoten los gravámenes, embargos ó prohibiciones que, por estipulaciones ó por decretos judiciales, afecten á los regadores de la Sociedad, con expresión del nombre del accionista á quien pertenezcan los regadores que sean objeto de la anotación, de la fecha y del nombre del notario autorizante de la respectiva escritura, y de la fecha del correspondiente decreto judicial y nombre del juez y secretario, y de la persona á solicitud de quien se haya constituido ó decretado el gravamen, embargo o prohibición./ En igual forma se anotarán las cancelaciones dejándose constancia de ello al margen de la respectiva inscripción*”²¹.

c) Basados en esta evidencia histórica, podemos plantear como hipótesis la celebración de contratos de prenda de regadores de agua al amparo del derecho común en el período en examen, en aquellos casos en que aquella estaba permanentemente destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. Ciertamente, esta hipótesis constituye una novedad para el derecho de las cauciones a la sazón

¹⁸ ALDUNATE SOLAR, Carlos, *Condición jurídica de las aguas en Chile*, en *RDJ*. 1 (diciembre 1903) 3, 1ª parte, pp. 58 s. Espaciado para indicar itálicas en el original.

¹⁹ SOCIEDAD CANAL DE MAIPO, cit. (n. 14), pp. 7 s.

²⁰ *Ibid.*, p. 21.

²¹ SOCIEDAD CANAL DE MAIPO, cit. (n. 15), pp. 23 s.

vigente y pudo justificarse como una forma de otorgar mayor seguridad al acreedor hipotecario debido a lo dispuesto en el art. 2420 i. f. CCCh., según el cual: *“La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el art. 570, pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros”*.

La celebración del contrato de prenda en estas circunstancias comportaba una mutación de la naturaleza jurídica del regador de agua, pues era menester la separación jurídica de éste respecto del inmueble correspondiente, para transformarlo así en un bien incorporal mueble por anticipación²². En tales condiciones, podemos pensar en la celebración de un contrato de prenda civil a su respecto, el cual otorgaba un privilegio de segunda clase al acreedor prendario de acuerdo al art. 2474 N° 3 CCCh., el que estaba sometido a reglas especiales para efectos comerciales de acuerdo a los arts. y 185 CCOMCh. en especial su constancia escrita para hacer oponible el privilegio a terceros, sin detrimento de su naturaleza jurídica de contrato real.

La hipótesis expuesta parece apartarse de la práctica recurrente de las instituciones de crédito hipotecario de aquel entonces. En tal sentido, una revisión al azar de los contratos de mutuo hipotecario celebrados por escritura pública en los años 1890, 1891, 1892 y 1906 en la ciudad de Santiago, por la Caja de Crédito Hipotecario, el Banco Popular Hipotecario y el Banco Hipotecario de Valparaíso, efectuada por este autor, revela que los mutuarios constituían hipotecas sobre predios rústicos o fundos a favor de dichas instituciones crediticias, comprendiéndose en las hipotecas los derechos de aguas destinados al riego de aquéllos. Para conjurar la situación que planteaba el art. 2420 i. f. CCCh., la estipulación de las siguientes obligaciones, por parte del mutuario y deudor hipotecario, eran cláusulas de estilo de dichos contratos: i) Mantener afecto al servicio del predio o fundo toda el agua con que lo regaba a esa fecha; ii) No desprenderse de su dominio en forma separada del predio; y iii) Imponer la obligación anteprecedente a quien traspasare o transfiriere el predio rústico o fundo. Las obligaciones anteriores se inscribían en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Si el mutuario era miembro de una asociación o comunidad de canalistas, como la Sociedad del Canal de Maipo o la Asociación del Canal de Ochagavía, entonces el contrato disponía que el gravamen hipotecario debiere inscribirse además en los libros de aquélla.

d) Sea que el agua estuviere o no permanentemente destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, la celebración del contrato de prenda de regadores de agua plantea hoy en día un par de objeciones o interrogantes sobre su procedencia, a la luz de algunos rasgos fundamentales del citado contrato, toda vez que en ellos el regador de agua constituía un bien incorporal (un derecho real) sobre una cosa corporal mueble (el agua).

En primer lugar, nuestro CCCh. concebía al contrato de prenda como un contrato real, el cual se perfeccionaba por la entrega de la cosa a título de mera tenencia al acreedor prendario, conforme a los arts. 714 y 2386 CCCh. Dicha

²² SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de Las Cauciones* (Santiago, s.d.), p. 239.

entrega, además, desempeñaba la función suplementaria de tradición del derecho real de prenda sobre la cosa prendada. Luego, cabe preguntarse ¿cómo podía entregarse un regador de agua, que era un derecho real mueble? En segundo lugar, el contrato otorgaba al acreedor prendario un derecho de retención de la cosa prendada, de acuerdo al art. 2396 CCCh., todo lo cual pretendía revestir de publicidad y eficacia al contrato celebrado. ¿Cómo podía el acreedor prendario, entonces, retener en su poder el regador de agua?

e) Sobre la primera objeción o interrogante, la doctrina se ha preguntado en términos generales –por cierto, sin ofrecer una respuesta concluyente– sobre la procedencia de constituir prenda sobre bienes incorpóreos y en especial sobre algunos derechos reales muebles²³, aceptándola un par de autores²⁴. Con las excepciones recién indicadas, la doctrina no se ha pronunciado sobre la manera de entregar el bien prendado en tales circunstancias. La ley nada dice sobre este particular. En cambio, la doctrina se encuentra más asentada tratándose de la prenda de bienes corporales muebles y créditos. Así, respecto de los primeros, don Héctor Claro Salas sostuvo: “*La tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal mueble se efectúa con la tradición o entrega de la cosa misma objeto del derecho que se trata de transferir*”²⁵.

Asimismo, si bien es cierto que para dichos bienes y créditos la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas exigen la entrega real, material y efectiva del bien prendado o del título del crédito al acreedor prendario, para satisfacer los requerimientos de publicidad y eficacia del gravamen prendario²⁶, no es menos cierto que la jurisprudencia aceptó en un primer momento la entrega simbólica y ficta de aquél, incluso por convenio expreso con el acreedor prendario, basada en el tenor literal de los arts. 670 inc. 2° y 684 CCCh. Esta postura jurisprudencial inicial se extendió hasta la primera década del siglo XX²⁷, pese a existir un par de sentencias en contrario en el mismo período²⁸.

Debido a su carácter coetáneo con el período en examen, esta temprana

²³ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 22), p. 232; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones* (Santiago, 1986), II, p. 118; LECAROS, S., José M., *La prenda civil y las prendas especiales* (Santiago, 1995), p. 36.

²⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 22), pp. 247 s.; LE ROY LE ROY, Raúl, *El Contrato de Prenda* (Valparaíso, 1930), pp. 65 s.

²⁵ CLARO S., Héctor, *Elementos de derecho civil*, cit. por LE ROY LE ROY, Raúl, cit. (n. 24), p. 32.

²⁶ LE ROY LE ROY, Raúl, cit. (n. 24), p. 32; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 22), pp. 242 s.; MEZA BARROS, Ramón, cit. (n. 23), p. 113; LECAROS S., José M., cit. (n. 23), SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 232), 41 s.

²⁷ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de 1° de diciembre de 1869, sentencia N° 345, en *GT*. 1.440 (1870), pp. 147 s.; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 21 de marzo de 1878, sentencia N° 647, en *GT*. 1.824 (1878), p. 263; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 4 de diciembre de 1901, sentencia N° 3307, en *GT*. 6.035, II (1902), pp. 1448 ss.

²⁸ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de 4 de diciembre de 1875, sentencia N° 2961, en *GT*. 1.724 (1875), pp. 1405 s.; CORTE SUPREMA, sentencia de 5 de julio de 1906, en *RDJIV*, N° 1, marzo 1907, Segunda Parte, Sección Primera, pp. 1 ss.

línea jurisprudencial puede ser relevante para hipotetizar sobre una solución a la cuestión planteada más arriba, dado el silencio de la ley, la parquedad de la doctrina y la ausencia de evidencia jurisprudencial.

El empleo de las formas fictas y simbólicas de tradición pudo haber servido para suplir la entrega de la cosa prendada y constituir el derecho real de prenda sobre el derecho real mueble consistente en el regador de agua, debiendo haber mediado un pacto expreso entre el deudor y el acreedor prendario, en forma similar al empleado para los bienes corporales muebles. No obstante que esta solución no está exenta de críticas, debido a que en la prenda de bienes corporales muebles y de créditos la tenencia del bien prendado pasa a manos del acreedor prendario, no es menos cierto que en una primera época la jurisprudencia aceptó que el deudor prendario se constituyera en comodatario o depositario de los bienes corporales muebles pignorados, al aceptar la procedencia de entregas fictas y simbólicas de la prenda, como antes se indicó.

Para arribar a la solución antedicha, nos basamos en lo sostenido por don Raúl Le Roy Le Roy en su memoria de prueba intitulada *El Contrato de Prenda*, de 1930, de la que se puede desprender su preferencia por las formas fictas y simbólicas de tradición para constituir un derecho real de prenda sobre derechos reales muebles, pues sostuvo: *“Los derechos reales están de tal modo adheridos a la cosa misma que, se miran como ella misma. La tradición de los derechos reales sobre una cosa, se verifica por la tradición o entrega de la cosa misma sobre la cual están constituidos. ¿Exigiremos esta entrega de la cosa misma, para perfeccionar el contrato de prenda que recae sobre un derecho real? La doctrina se presenta como aceptable a primera vista; pero se echa de ver en seguida las dificultades que trae consigo./ La tendencia ha sido dirigirse hacia las formas simbólicas de tradición buscando la facilidad de las partes para hacer la entrega, sea por medio de la entrega del título o en otra forma. La doctrina tiene además la ventaja de diferenciar claramente la tradición de la cosa misma, caso en que ésta se da en prenda, y la tradición de los derechos reales distintos del dominio constituidos en ella, cuando la cosa dada en prenda es alguno de estos derechos./ En ningún caso se ven con mayor claridad estas situaciones que la prenda sobre herencias. ¿Qué es la prenda en este caso? El mismo derecho real de herencia, independientemente de las cosas sobre las cuales puede recaer, porque se refiere a una sucesión indivisa. No está vinculado el derecho a cosa alguna [...]”*²⁹.

f) Sobre la segunda objeción o interrogante, podemos hipotetizar que el derecho de retención que el acreedor prendario ejerce respecto del bien prendado, tiene por objeto dotar de eficacia los derechos de venta y de pago preferente de aquél, todo lo cual encuentra su fundamento en la calidad del bien entregado en prenda. Este último, entre otros requisitos, debe ser susceptible de ser conservado por el acreedor prendario y lo será si no es de fácil deterioro, lo que se explica

²⁹ LE ROY LE ROY, Raúl, cit. (n. 24), pp. 65 s. En contra, don Manuel Somarriva Undurruga se inclinó por la entrega material, real y efectiva de la cosa o del título en que consta el derecho, tesis que -estimamos- es inaplicable al regador de agua debido a la entidad o materialidad de este último, Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 22), pp. 247 s.

sobremanera si aquél es un bien corporal mueble.

Con todo, tratándose de un bien incorporeal mueble, como era el regador de agua, que a su vez recaía sobre un bien corporal mueble, que era el agua, el fundamento del derecho de retención desaparecía, porque ni el regador ni el agua eran bienes susceptibles de destrucción o deterioro³⁰.

g) De acuerdo a la evidencia presentada sobre los distintos libros o registros que llevaba la Sociedad del Canal de Maipo, la que sirvió de modelo a diversas organizaciones de usuarios de la época, la constitución de la prenda de regadores de agua pertenecientes a titulares incorporados a alguna de dichas organizaciones, debía inscribirse o registrarse en el libro o registro de gravámenes respectivo, como una medida de publicidad ante terceros, sin que ello alterara la naturaleza jurídica del citado contrato.

h) La verificación de la hipótesis sobre la existencia de la prenda de derecho común de regadores de agua, revelaría un singular proceso de creación convencional de una prenda sin desplazamiento existente de hecho y proveniente de una tensión entre las reglas generales del contrato de prenda, contempladas en el CCCh. y el CCOMCh., y las necesidades impuestas por el tráfico jurídico de ciertos bienes para fines específicos.

En tal sentido, creemos que esta tensión pudo haber incidido en que la prenda de regadores de agua, como institución jurídica aceptada en la práctica por los regantes y sus acreedores, adoptara posteriormente un estatuto jurídico especial en la L. N° 2.139, dando origen a la primera prenda especial sin desplazamiento del derecho chileno.

III. PERÍODO 1908-1951: LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y LA PRENDA DE REGADORES DE AGUA DE LA L. N° 2.139

1. *Las asociaciones de canalistas*

a) Mediante “Mensaje” de 26 de agosto de 1907, el Presidente de la República, don Pedro Montt, remitió al Senado un proyecto de ley que reglamentaba las asociaciones de canalistas.

Este proyecto de ley perseguía la adopción de un estatuto especial que regulara las numerosas comunidades de canalistas, surgidas bajo el amparo del CCCh., las que no podían sujetarse adecuadamente a las normas relativas a las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, en especial las de las corporaciones y de las sociedades colectivas civiles, ambas reguladas en el mismo código, por las peculiaridades de sus funciones y objetivos; como tampoco a las normas sobre sociedades comerciales previstas en el CCOMCh. Al respecto, el “Mensaje” expresó: “*Las numerosas asociaciones de canalistas que se han organizado en Chile con el fin de conservar y mejorar los acueductos y de atender al reparto de las aguas entre los asociados en proporción a sus derechos, no pueden amoldarse ni al tipo de las personas jurídicas creadas con arreglo al título final del libro Y del Código Civil, ni al de las sociedades industriales de que trata el título XXVIII del libro IV*”

³⁰ LE ROY LE ROY, Raúl, cit. (n. 24), p. 62; ZAPATA R., Guillermo, cit. (n. 8), p. 43.

*del mismo Código./ Ellas tienen un carácter meramente administrativo y no están destinadas al reparto de beneficios pecuniarios, en lo que se apartan de las sociedades civiles y comerciales; pero se diferencian de las corporaciones a que da vida civil un decreto del Presidente de la República de acuerdo con el Consejo de Estado, en que éstas tienen un fin moral ajeno al derecho de propiedad y no ligan a sus miembros más allá de su vida o del tiempo durante el cual desean quedar adheridos a la institución./ La falta de un organismo legal bajo el cual puedan cobijarse tan útiles creaciones origina en la práctica graves inconvenientes*³¹.

b) Detrás de este objetivo se encontraba subyacente la figura de la Sociedad del Canal de Maipo, creada al amparo del derecho vigente durante la pre-codificación civil y cuya personalidad jurídica había sido reconocida por los Tribunales Superiores de Justicia. La forma social adoptada por los usuarios de aguas del citado canal había demostrado ser adecuada y eficaz ante los desafíos originados por la administración de las aguas. Ella exhibía una clara superioridad jurídica frente a las comunidades de canalistas, carentes de personalidad jurídica.

El ejecutivo propuso el establecimiento de un estatuto legal especial, inspirado en la experiencia de la sociedad aludida, para regular las relaciones jurídicas entre los dueños de canales que quisieran voluntariamente someterse al mismo³².

Consecuentemente, el art. 1° del proyecto de ley preceptuó: *“Las asociaciones formadas por los dueños de canales con el objeto de tomar el agua de la corriente matriz, repartirla entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos, serán personas jurídicas, siempre que se sujeten a las disposiciones de esta ley*³³.

c) El informe evacuado por la Comisión de Obras Públicas del Senado se limitó a reiterar las ideas matrices del proyecto, sin ahondar en mayores disquisiciones y propuso su aprobación. El citado artículo fue aprobado en general por dicha Cámara y su redacción fue modificada durante la discusión particular, con el objeto de enfatizar su constitución voluntaria para los dueños de derechos de aguas³⁴.

³¹ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 48.ª ordinaria, 26 de agosto de 1907, p. 1004.

³² Para estos efectos, el “Mensaje” fundamentó: *“Fuera de la Sociedad del Canal de Maipo, reconocida como persona jurídica por nuestros Tribunales por tener como tal un origen anterior al Código Civil, es dudoso que las comunidades de canalistas tengan igual carácter. No se puede decir con seguridad hasta qué punto los estatutos que éstas se han dado obliguen a los sucesores de los dueños del agua. Las reglas fijadas por contrato para la transferencia entre vivos y para la transmisión hereditaria del derecho de agua chocan muchas veces con los preceptos del Código Civil [...]. A remediar estos defectos tiende el proyecto de ley que someto a vuestra consideración [...]. En este punto la ley vendría a generalizar el régimen análogo que tan buenos resultados ha dado en tres cuartos de siglo en la Sociedad del Canal de Maipo”*. Ibid., pp. 1004 s.

³³ Ibid., p. 1005 s.

³⁴ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 64.ª extraordinaria, 17 de enero de 1908, pp. 1477 s.; CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 7.ª ordinaria, 16 de junio de 1908, pp. 133 s.; CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 9.ª ordinaria, 22 de junio de 1908, p. 187; CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 10.ª ordinaria, 23 de junio de 1908, p. 206; CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 11.ª ordinaria, 24 de junio de 1908, pp. 232 ss.; CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 21.ª ordinaria, 13 de julio de 1908, pp. 529 s.

En definitiva, luego de algunas adecuaciones estilísticas, una de las cuales fue impresa en forma errónea en el proyecto aprobado remitido a la Cámara de Diputados, el tenor del art. 1° despachado por el Senado fue: “*Serán personas jurídicas y se regirán por las disposiciones de esta ley, las asociaciones formadas por los dueños de canales, que se construyan [sic] en conformidad al artículo 20, con el objeto de tomar el agua de la corriente matriz, repartirla entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos*”³⁵.

El informe de la Comisión Especial de Riego de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto durante el segundo trámite constitucional, propuso a la Cámara la aprobación del aquél con algunas modificaciones de forma; en la especie, la sustitución de la forma verbal “construyan”, erróneamente impresa en el oficio remitido por el Senado, por “constituyan”³⁶.

La Cámara de Diputados aprobó en general y en particular el proyecto, con el art. 1° redactado en la forma propuesta por su Comisión informante, el cual adoptó así su tenor definitivo³⁷.

En consecuencia, el art. 1° L. N° 2.139 preceptuó: “*Serán personas jurídicas y se regirán por las disposiciones de esta ley, las asociaciones formadas por los dueños de canales que se constituyan en conformidad al artículo 20, con el objeto de tomar el agua de la corriente [sic] matriz [sic], repartirla entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos*”³⁸.

2. Los derechos de aguas de los asociados

a) En lo referente a los derechos de aguas, el “Mensaje” con que se remitió el proyecto de ley sobre asociaciones de canalistas al Congreso Nacional dejó entrever que éstos pertenecían a los asociados, pese a la redacción poco feliz del mismo, que señalaba: “*El proyecto determina el patrimonio de las asociaciones de canalistas deslindándolo de la propiedad del agua que pertenece a los asociados. Siendo, sin embargo, esta propiedad la base del patrimonio social y debiendo ser miembros de la asociación los propietarios actuales y futuros del agua [...]*”³⁹ No obstante, el propósito del legislador fue claramente manifestado en el art. 2° del proyecto de ley, que preceptuaba: “*Formarán el patrimonio de estas asociaciones los recursos pecuniarios o de otra naturaleza con que contribuyan los dueños de los canales para los fines de la institución, y los bienes que adquieran por cualquier título. / El agua del canal no pertenece a la asociación. Es del dominio de los accionistas*”⁴⁰.

El informe de la Comisión de Industria y Obras Públicas del Senado se limi-

³⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 23.ª ordinaria, 15 de julio de 1908, p. 635.

³⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 36.ª ordinaria, 6 de agosto de 1908, p. 1071.

³⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 41.ª ordinaria, 1° de setiembre de 1908, p. 1282.

³⁸ ANGUIA, Ricardo, *Leyes Promulgadas en Chile desde 1810 hasta el 1° de Junio de 1913* (Santiago, 1913), IV, p. 243.

³⁹ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 31).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1006.

tó a agregar que en el proyecto “[...] *se determina el patrimonio de las asociaciones de canalistas deslindándolo de la propiedad del agua que pertenece a los asociados [...]*”⁴¹.

En la discusión particular del art. 2° citado habida en el Senado, el senador Sr. Balmaceda cuestionó el contenido del patrimonio de las asociaciones propuestas, en relación con la propiedad de los derechos de aguas en manos de los asociados, lo que fue respondido por el senador Sr. Besa, quien expresó: “*He entendido que el inciso a que se refiere el señor Senador establece que la asociación no es dueña de los regadores de agua que componen el canal, sino que éstos son un bien particular de cada uno de los comuneros. / Me parece que es esto lo que establece de un modo claro el citado inciso; la asociación no puede vender los regadores de agua, sino que cada asociado tiene dominio sobre su parte alicuota. / No puede tener otro alcance la citada disposición. / Esta es la explicación que puedo dar al señor Senador: que esta asociación, como as [sic] comunidades, no puede vender ni gravar las aguas, pues éstas pertenecen a los accionistas, a los dueños de los predios regados. / Así lo he entendido yo*”⁴². El senador Sr. Figueroa concurrió más adelante en el mismo sentido y agregó: “*Vuelvo a decir que la única verdadera innovación que encuentro en estas reglas destinadas a servir de norma para la organización de estas comunidades como persona jurídica, es la separación de los dos patrimonios. / En una asociación de esta naturaleza sería patrimonio individual de los propietarios el agua, de la cual seguirían siendo dueños en particular [...] pues la asociación no se habría hecho dueño de ella en ningún momento. / Pero esta nueva entidad jurídica tiene también un patrimonio propio. ¿Con qué objeto, se dirá? / Con el objeto de darles a los dueños del canal las facilidades de crédito. / El cauce y el agua pertenecen a los comuneros a prorrata de las cuotas que les correspondan, pero es posible que la sociedad tenga también un patrimonio separado. ¿Cómo se forma este patrimonio? / Con las erogaciones de los comuneros, con los bienes que la comunidad adquiera por cualquier motivo [...] / Por estos u otros medios la asociación podrá formar este patrimonio que le facilitaría la realización de obras costosas a fin de mejorar las condiciones del servicio del canal. / A mas de esto, teniendo la asociación personería [sic] jurídica podrá contratar empréstitos a fin de hacer menos oneroso el gasto consiguiente a los nuevos trabajos que se emprendan. / En el hecho, la sociedad del Canal de Maipo sigue puede decirse a la letra las disposiciones contenidas en este proyecto. / No es dueña del cauce del canal ni de las aguas, pero tiene bienes propios como letras hipotecarias, propiedades que le permiten contratar empréstitos a fin de realizar obras de consolidación en beneficio de todo [sic] los asociados*”⁴³.

El art. 2° terminó siendo aprobado en la discusión particular por el Senado, en los mismos términos propuestos por el ejecutivo⁴⁴.

⁴¹ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 64.^a extraordinaria, 17 de enero de 1908, p. 1477.

⁴² CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 9.^a ordinaria, 22 de junio de 1908, p. 188.

⁴³ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 10.^a ordinaria, 23 de junio de 1908, p. 204.

⁴⁴ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 11.^a ordinaria, 24 de junio de 1908, p. 234; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 35).

La Comisión Especial de Riego de la Cámara de Diputados no innovó en su informe acerca de precepto y aquel fue aprobado en términos idénticos a los del proyecto de ley original⁴⁵.

En consecuencia, el art. 2° L. N° 2.139 preceptuó: *“Formarán el patrimonio de estas asociaciones los recursos pecuniarios o de otra naturaleza con que contribuyan los dueños de los canales para los fines de la institución y los bienes que adquieran por cualquier título/ El agua del canal no pertenece a la asociación. Es del dominio de los accionistas”*⁴⁶.

b) Respecto de estos derechos de aguas, el “Mensaje” adoptó como unidad de medida el regador de agua, siguiendo así la tendencia temprana de nuestro derecho y señaló: *“[...] el proyecto obliga a determinar en cada canal los derechos de agua por unidades que se denominarán regadores, sin establecer una norma general para toda la República, sino ciertos tipos escogidos de la forma de regadores mas usados en la práctica”*⁴⁷. El art. 4° del proyecto de ley aludió a los derechos de aguas de los asociados en los términos siguientes: *“El derecho de agua de los asociados se determinará libremente en los estatutos por unidades que se denominarán regadores y que consistirán o en una parte alicuota de las aguas del acueducto o en la cantidad fija de cierto número de litros por segundo o en el agua que en ciertas condiciones de desnivel y en la dotación ordinaria del caudal matriz pase por una sección de una y media pulgada de ancho por treinta y seis pulgadas de alto o en el agua que se necesite para llenar permanente o preferentemente una sección determinada del acueducto, o en cualquiera otra unidad de medida que adopten los interesados”*⁴⁸.

El informe de la Comisión de Industria y Obras Públicas del Senado reiteró las palabras del “Mensaje” y la redacción del artículo propuesta por el ejecutivo en el proyecto de ley⁴⁹. Con todo, en la discusión particular del precepto en el Senado, se cuestionó la eficacia de fijar uniformemente la unidad de medida del derecho de aguas de los asociados en la forma detallada en que lo hacía el proyecto. Esto originó una discusión en la cual tuvieron una destacada intervención, por una parte, los senadores Sres. Vergara, Besa y Balmaceda, quienes eran partidarios de dar libertad a los asociados para fijar en sus estatutos la forma en que medirían sus regadores, y por la otra, el senador Sr. Figueroa, quien era partidario de consagrar legalmente una definición del regador de agua, sin efecto retroactivo, ante la diversidad de sistemas de medición empleados por los regantes⁵⁰.

En definitiva, primó la opinión de los primeros que se fundó, precisamente, en la diversidad existente a nivel nacional para la medición del regador de agua, situación que derivaba, por una parte, de la aplicación de las reglas de la hidráulica, las que eran desconocidas en 1819, y por la otra, del comportamiento des-

⁴⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 36), pp. 1071 s.; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 37).

⁴⁶ ANGUIA, Ricardo, cit. (n. 38).

⁴⁷ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 31).

⁴⁸ Ibid., p. 1006.

⁴⁹ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 41).

⁵⁰ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 43), pp. 207 ss.

igual del ciclo hidrológico en los diversos cauces naturales del país. Sobre esto último, el senador Sr. Besa expresó: “*Es sabido que los ríos, especialmente en Chile, están sujetos a la acción de los deshielos en los días de calor, lo que aumenta enormemente su caudal de agua disminuyendo éste en proporción considerable en los días fríos. De aquí resultaría que en ciertos períodos de tiempo podría entregarse a los canalistas una cantidad de agua muy superior a quince litros, pero, en otros períodos, noa [sic] alcanzaría dárseles los quince litros lo que sería causa de dificultades y cuestiones de carácter permanente./No hay ningún canal en Chile, a lo menos que yo conozca, cuyos regadores se hayan vendido con la obligación de entregar quince litros por segundo; todos se dividen en partes alícuotas, sujetándose a las consecuencias de la disminución ds [sic] las aguas en ciertas épocas*”⁵¹.

Lo anterior movió al senador Sr. Fernández Concha a presentar una indicación para simplificar la redacción del precepto, la que fue aprobada en particular por el Senado y obedecía al siguiente tenor: “*El derecho de agua de los asociados se determinará en los estatutos por unidades que se denominarán “regadores” y que consistirán en una parte alícuota de las aguas del acueducto, o en cualquiera otra unidad de medida que adopten los interesados*”⁵². Así, el Senado despachó el citado art. 4° redactado de esta forma⁵³.

La Comisión Especial de Riego de la Cámara de Diputados, referida supra, propuso la aprobación del precepto despachado previamente por el Senado con una pequeña modificación formal, consistente en suprimir la coma (,) que antecedia al sustantivo acueducto, lo que fue aprobado en general y en particular por la citada cámara⁵⁴. De esta manera, el art. 4° del proyecto de ley adquirió su redacción definitiva y nació a la vida del derecho.

En consecuencia, el art. 4° L. N° 2.139 preceptuó: “*El derecho de agua de los asociados se determinará en los estatutos por unidades que se denominarán regadores y que consistirán en una parte alícuota de las aguas del acueducto o en cualquier otra unidad de medida que adopten los asociados*”⁵⁵.

En razón de lo anterior, el legislador agregó al ordenamiento jurídico una tercera forma para determinación de la unidad de medida consistente en el regador de agua, sobre la cual la jurisprudencia precisó que “[el] precepto que establece que los actos y contratos traslativos de dominio de regadores de agua se perfeccionarán por escritura pública y la tradición no se operará sino por la inscripción del respectivo acto o contrato en un registro especial que llevará que el Conservador de Bienes Raíces, solamente se aplica a los “regadores de agua”, expresión que define la Ley sobre Asociaciones de Canalistas y no a los derechos que pudieren tener los dueños de los predios que se han acogido a sus prescripciones”⁵⁶.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 209.

⁵² *Ibíd.*, p. 211.

⁵³ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 35).

⁵⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 36), pp. 1071 s.; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 37).

⁵⁵ ANGUIA, Ricardo, cit. (n. 38).

⁵⁶ CORTE SUPREMA, sentencia de 18 de agosto de 1939, sentencia N° 24, en *GT*, Segundo Semestre 1939, 1940, pp. 92 ss.

3. *La prenda especial de regadores de agua*

a) El proyecto de ley sobre asociaciones de canalistas contempló diversos medios para facilitar el acceso al crédito por parte de los canalistas y de las asociaciones. Respecto de los primeros, el proyecto reguló la hipoteca y la prenda de regadores de agua (art. 6°). Respecto de las segundas, el proyecto reguló una forma de prenda de créditos, consistente en la prenda que la asociación podía constituir en favor de terceros, sobre los créditos que ella tuviere sobre los asociados procedentes de cuotas por trabajos extraordinarios (arts. 14, 15 y 16).

b) Tratándose de los regadores de agua de los miembros de las nuevas asociaciones, el proyecto propuso adoptar instituciones similares a las que presidían el tráfico jurídico de la propiedad raíz inscrita, con el objeto de dotar de publicidad a los actos jurídicos que se celebraren a su respecto. Lo anterior significó la adopción de solemnidades para la celebración de ciertos actos jurídicos y la sujeción de este bien corporal mueble a una forma especial de tradición.

En este sentido, el “Mensaje” sostuvo que: *“El derecho de agua está vinculado a la riqueza territorial e industrial que no hay razón alguna para no asegurar su publicidad y estabilidad del mismo modo que la de los bienes raíces./ El proyecto adopta para el derecho de aguas en canales de dominio particular y sometidos a la ley especial el régimen de la inscripción en un registro análogo al Conservador de Bienes Raíces, que se llevará en las oficinas de éste, y por el mismo funcionario./ Las ventajas de la propiedad inscrita son tan notorias que es de esperar que en tiempo no remoto casi todas las comunidades de agua se organicen con arreglo al actual proyecto. Baste considerar que el régimen de la inscripción hace imposible la prescripción basada en la simple posesión material que en su origen muchas veces no ha sido otra cosa que una injusta usurpación”*⁵⁷. Acto seguido, el “Mensaje” aludió a los casos en que los regadores de agua debían reputarse bienes muebles y expresó: *“En los casos en que por la ley deben considerarse los regadores de agua como bienes muebles, la inscripción viene a reemplazar los medios de tradición enumerados en el artículo 684 del Código Civil y la entrega de la prenda exigida por el artículo 2,386 del mismo Código”*⁵⁸.

En consonancia con estas ideas matrices, el proyecto contempló cinco artículos sobre los actos y contratos traslativos del dominio de los regadores de agua y la constitución de derechos reales sobre ellos, a saber: los arts. 5°, 6°, 7°, 8° y 9°.

El art. 5° se refirió a los actos y contratos traslativos del dominio de los regadores de agua, para lo cual preceptuó: *“Los actos y contratos traslativos de dominio de regadores de agua se perfeccionarán por escritura pública, debiendo operarse la tradición por la inscripción del respectivo acto o contrato en un registro especial que se abrirá en cada oficina departamental del Conservador de Bienes Raíces y se llevará conforme a los reglamentos que dictará el Presidente de la República”*. El art. 6° se refirió a la constitución de derechos reales sobre regadores de agua, en especial la prenda y la hipoteca, de la siguiente manera: *“Los derechos reales de prenda, hipoteca, usufructo y uso de regadores se constituirán por escritura*

⁵⁷ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 31), p. 1005.

⁵⁸ Ibid.

pública inscrita en el mismo registro. En igual forma se constituirá el derecho de uso de regadores como fuerza motriz con las condiciones a según su título esté sujeto el derecho./ La disposición del artículo 5° precedente es aplicable a los derechos expresados en el inciso anterior./ Un regador se entiende dado en prenda cuando garantiza una obligación, sin estar hipotecada a favor de la misma el inmueble a cuyo regadío o fin industrial está aquel destinado./ Hay hipoteca de regadores cuando se hipoteca un predio con el agua que le pertenece./ Si en la escritura de hipoteca de un predio no se especifica su derecho de agua, se entenderá el agua hipotecada como accesorio del inmueble, y tratándose de regadores de las instituciones creadas por esta ley, la hipoteca se inscribirá respecto de los regadores que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado". El art. 7° aludió al régimen jurídico aplicable a los regadores de agua contemplados en el proyecto y señaló: "*Son aplicables a los regadores de agua establecidos conforme a esta ley todas las disposiciones que rigen la propiedad inscrita y especialmente la de los títulos VI y VII del libro II del Código Civil*". El art. 8° creó un registro especial a cargo de las asociaciones de canalistas, para lo cual dispuso: "*Las asociaciones de canalistas deberán llevar un registro en que se anoten todas las inscripciones referentes a regadores hechas en el Conservador de Bienes Raíces*". El art. 9° estableció normas sobre pluralidad de garantías constituidas sobre los regadores de agua y preceptuó: "*Los créditos prendarios e hipotecarios de regadores prefieren indistintamente unos a otros según la fecha de las inscripciones*"⁵⁹.

c) El informe de la Comisión de Industria y Obras Públicas del Senado se limitó a afirmar, respecto de estos preceptos, que: "[...] *se adopta para el derecho de aguas en canales de dominio particular y sometidos a la ley especial, el régimen de la inscripción en un registro análogo al Conservador de Bienes Raíces, que se llevará en las oficinas de éste y por el mismo funcionario [...]*"⁶⁰.

Al discutirse el art. 5° del proyecto, su tenor literal suscitó discusión acerca del Conservador de Bienes Raíces competente para practicar la inscripción respectiva, en el caso de aquellos regadores correspondientes a aguas que atravesaban más de un departamento o provincia. Este problema se extendía, además, a la inscripción de los gravámenes señalados en el art. 6° del proyecto y se complicaba aún más por la naturaleza jurídica dual de los derechos de aguas. Sin perjuicio de una modificación efectuada a su inc. 1°, para reemplazar la expresión original "*debiendo operarse la tradición*" por la expresión "*y la tradición se entenderá hecha*", la mayoría del Senado se inclinó por exigir también la inscripción de los derechos de aguas en el departamento en que se encontraba la bocatoma del canal matriz, para lo cual aprobó agregar un inc. 2° al art. 5° del siguiente tenor: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 687 del Código Civil, los derechos de agua se inscribirán también, en todo caso, en el registro conservatorio del departamento donde se encuentre ubicada la boca-toma del canal matriz*"⁶¹.

La Comisión Especial de Riego de la Cámara de Diputados propuso la aproba-

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1006.

⁶⁰ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 41).

⁶¹ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 43), pp. 211 ss; CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 44), p. 232; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 35).

ción del precepto aprobado previamente por el Senado, al que introdujo una modificación aclaratoria en su inc. 1º, consistente fundamentalmente en substituir la expresión “y la tradición se entenderá hecha” por la expresión “y la tradición no se operará sino”⁶², la que fue aprobada en general y en particular por la Cámara⁶³.

El Senado, por su parte, aprobó esta modificación al momento de conocer de ella⁶⁴.

Así, el art. 5º L. Nº 2.139 prescribió: “*Los actos y contratos traslaticios de dominio de regadores de agua se perfeccionarán por escritura pública y la tradición no se operará sino por la inscripción del relativo [sic] acto o contrato en un registro especial que se abrirá en cada oficina departamental del Conservador de Bienes Raíces y que se llevará conforme al reglamento que dictará el Presidente de la República./ Sin perjuicio de las inscripciones prescritas en el artículo 687 del Código Civil, los derechos de agua se inscribirán también, en todo caso, en el registro conservatorio del departamento en que se encuentre ubicada la boca-toma del canal matriz*”⁶⁵.

d) En lo concerniente a los gravámenes contemplados en el art. 6º del proyecto, es importante consignar que sus instituciones generaron una discusión incidental entre los senadores Sres. Vergara y Figueroa en el Senado, durante la discusión particular del art. 2º del proyecto de ley.

El primero, muy escéptico sobre el proyecto en general, declaró: “*He leído el proyecto con atención, y no diviso el objeto práctico que con él se iría a obtener./ Se modifican, por ejemplo, las reglas referentes a la hipoteca y a la prenda; se dice que los regadores pueden ser dados en prenda y al mismo tiempo se establece que pueden ser dados en hipoteca./ Y yo pregunto ¿qué cosa es la hipoteca? Hipoteca es el derecho de prenda constituido sobre una propiedad raíz. No se concibe, entonces, que una propiedad sea dada en prenda y en hipoteca al mismo tiempo, porque tanto el derecho prendario como el hipotecario son enteramente iguales en nuestra legislación civil, en cuanto a los efectos que producen. La única diferencia entre la prenda y la hipoteca consiste en que la prenda se constituye sobre un objeto mueble, mientras que la hipoteca se constituye sobre una propiedad inmueble./ Si las aguas son bienes inmuebles serán hipotecables, por cuanto la prenda constituida sobre inmuebles es una hipoteca. Por el contrario, si se las quiere declarar muebles, serán susceptibles de prenda./ Se me ocurre [...] que para salvar las dificultades que se hacen notar habría tal vez conveniencia en establecer algunas reglas de carácter general, a las cuales deberían estar sometidos todos aquellos que tuvieran canales [...]*”⁶⁶. El segundo, en tanto, respondió: “[...] *La crítica que se ha hecho porque la ley habla de hipoteca y de prenda, tratándose de la misma cosa, no es fundada, a mi juicio./ El agua es un bien*

⁶² CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 36), pp. 1.071 ss.

⁶³ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 37).

⁶⁴ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 6.ª extraordinaria, 27 de octubre de 1908, p. 185.

⁶⁵ ANGUIA, Ricardo, cit. (n. 38). Creemos que existe un error de transcripción en la recopilación del Sr. Anguita, pues el artículo aprobado por el Senado y la Cámara de Diputados aludía al “*respectivo acto o contrato*”; véase CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 35); CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 36), p. 1072.

⁶⁶ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 42), pp. 188 s.

*mueble por su naturaleza, pero por su adaptación a la tierra es inmueble. Es susceptible de hipoteca cuando se les afecta en conjunto con el inmueble a cuyo servicio se la destina; pero puede ser dada en prenda, cuando se la considera aisladamente, esto es, con independencia del suelo [...]*⁶⁷.

e) En la discusión particular del art. 6°, algunas sesiones más tarde, la prenda de regadores de agua no fue objeto de discusión especial por los senadores. En cambio, sí la hubo respecto del art. 6° incs. 1° y 5°. Tratándose de la part. 1ª del inc. 1°, los senadores Sres. Cifuentes, Figueroa y Valdés propusieron modificar su redacción, lo que fue aprobado por el Senado, por ser los derechos enunciados derechos reales. El precepto pasó a decir: *“Los derechos reales sobre regadores de agua se constituirán por escritura pública inscrita en el mismo registro [...]*⁶⁸ En cuanto al inc. 5°, el senador Sr. Vergara hizo una observación –más tarde reiterada como indicación– sobre la hipoteca de regadores, tendiente a dotar de eficacia a la garantía hipotecaria y modificar tácitamente el art. 2420 CCCh., atendida la situación existente con anterioridad a 1908, lo que permitió indirectamente configurar la prenda de regadores en la nueva ley. Refiriéndose al inc. 5°, este legislador sostuvo: *“Me sugiere todavía este inciso otra observación: en él no se hace mas que repetir en otros términos lo que dispone el artículo 2420 del Código Civil que dice así: ‘La hipoteca constituida sobre los bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles, según el artículo 570 [...]’. De modo que la hipoteca constituida sobre un predio afecta al agua de que sirve ¿en qué carácter? Lo lógico es que afecte al agua como accesorio del inmueble a que está destinada. Pero el artículo 2420 del Código Civil contiene en seguida la siguiente disposición: ‘[...] pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.’/ En este inciso final de artículo 6° del proyecto parece que solo se trata de reproducir la disposición primera del artículo 2420 del Código Civil, y como nada se dice sobre la segunda parte que acabo de citar, parece entenderse que quedará vigente esta disposición del Código Civil en lo que a derechos de aguas se refiere, puesto que el agua se entiende hipotecada como accesorio del inmueble y no en sí misma, y siendo así, parece desprenderse que el propietario puede disponer de sus derechos de agua, no obstante la hipoteca que grava el inmueble, hasta el momento mismo en que se trabe embargo./ [...] Esta cuestión ha sido resuelta en este sentido por los Tribunales de Justicia. Ha sucedido*

⁶⁷ *Ibid.* El Ministro de Industria y Obras Públicas Sr. Figueroa formuló comentarios sobre la naturaleza jurídica de los derechos de agua en la sesión siguiente y manifestó: *“Me parece que este artículo se pone en el caso de venta de aguas como bien mueble, porque como tuve ocasión de manifestarlo en la sesión anterior, el agua de regadío se considera como bien mueble e inmueble. Cuando está incorporada a una propiedad se vende juntamente con ella y es, por consiguiente, inmueble; pero hay muchos casos en que los propietarios quieren desprenderse de una parte de sus derechos de aguas y en que se la considera como bien mueble/[...] Se trata por este artículo de crear un registro especial para la buena tradición [sic] y dar mayor seguridad en esta clase de dominio./ El agua de regadío es un bien especial que puede ser vendido a dos o tres personas sucesivamente con tal que se haga la inscripción en el conservador respectivo, a fin de que exista la tradición legal. De manera que no se podría entender que quedaba perfeccionada la venta sino una vez efectuada la tradición en el conservador de bienes raíces respectivo/[...]”* Cfr. CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 43), p. 212.

⁶⁸ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 44), pp. 234 ss.

*que, hipotecado un fundo, el propietario ha vendido sus derechos de agua y los Tribunales de Justicia han declarado que el acreedor hipotecario no tiene derecho al agua, porque ya pertenece a tercero./ Si se quiere que la hipoteca afecte definitivamente al agua debe eliminarse de este artículo la frase: '[...] como accesorio del inmueble'. Creo que este inciso debiera cambiarse por este otro: 'Si en la inscripción hipotecaria de un predio no se especifica su derecho de agua, se entenderán hipotecados los regadores que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado'./ Me he permitido hacer estas observaciones a fin de que sean tomadas en cuenta por el Senado*⁶⁹.

El art. 6°, incluidas las indicaciones citadas, fue aprobado en particular por el Senado⁷⁰.

f) La Comisión Especial de Riego de la Cámara de Diputados modificó la redacción del art. 6° despachado por el Senado. Las modificaciones tuvieron lugar en los tres últimos incisos del citado precepto y fueron de dos tipos. El primero consistió en una reordenación formal de los incisos para mejorar la ubicación de los distintos gravámenes en aquél, desde un punto de vista lógico. La Comisión cambió de ubicación el inc. 3° del art. 6°, que se refería a la prenda de regadores, el que pasó a ser el inc. 5° y final, con lo cual los incs. 4° y 5°, que se referían a la hipoteca de regadores, pasaron a ser los incs. 3° y 4° en el texto despachado por dicha Comisión. El segundo, en cambio, tuvo por objeto aclarar –y complementar– lo obrado por el Senado y consistió en cambiar el tenor del inciso relativo a la prenda de regadores, que había pasado a ser el inc. 5° y final, por el siguiente: *"Un regador se entiende dado en prenda cuando garantiza una obligación indispensable del inmueble a cuyo riego o fin industrial está destinado; pero no podrá darse en prenda si estuviere hipotecado en conformidad a los incisos anteriores"*⁷¹. Esta última modificación produjo dos efectos, a saber: por una parte, dejó de manifiesto la individualidad del contrato de prenda de regadores, diferenciándolo del de hipoteca, y por la otra, limitó la procedencia de aquél al permitir caucionar solo obligaciones indispensables del inmueble o predio regado por las aguas a que daba derecho y no cualquier tipo de obligaciones.

Con todo, la Cámara de Diputados no aceptó totalmente la proposición de su Comisión Especial de Riego, ya que sólo aprobó el cambio de ubicación del inc. 3°, el que pasó a ser el inc. 5°. En cuanto al texto propuesto para este último, la Cámara de Diputados amplió la procedencia del contrato de prenda de regadores al eliminar el adjetivo indispensables, introducido por su Comisión informante. El nuevo texto del inc. 5° rezó: *"Un regador se entiende dado en prenda cuando garantiza una obligación independientemente del inmueble a cuyo riego o fin industrial está destinado"*⁷².

El art. 6° del proyecto fue aprobado en general y en particular en estos términos por la Cámara de Diputados. El Senado, a su turno, aprobó la modificación introducida por aquélla⁷³.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 43), p. 238; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 35).

⁷¹ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 36), p. 1072.

⁷² CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 64).

⁷³ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 37); CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 64).

En consecuencia, el art. 6° L. N° 2.139 dispuso: “*Los derechos reales sobre regadores de agua se constituirán por escritura pública inscrita en el mismo registro. En igual forma se constituirá el derecho al uso del agua como fuerza motriz./ La disposición del artículo 5° precedente es aplicable a los derechos expresados en el inciso anterior./ Hay hipoteca de regadores cuando se hipoteca un predio con el agua que le pertenece./ Si en la escritura de hipoteca de un predio no se especifica su derecho de agua, se entenderán hipotecados los regadores que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado./ Un regador se entiende dado en prenda cuando garantiza una obligación independientemente del inmueble a cuyo riego o fin industrial está destinado*”⁷⁴.

g) Los arts. 7°, 8° y 9° del proyecto fueron aprobados sin mayor discusión en general y en particular por el Senado, en la forma propuesta por el ejecutivo. La excepción la constituyó una pequeña modificación formal efectuada al art. 9°, consistente en substituir la voz “*prefieren*” por “*preferirán*”⁷⁵.

La Comisión Especial de Riego de la Cámara de Diputados propuso la aprobación de los arts. 7° y 9°, en la forma en que habían sido despachados por el Senado y modificó el art. 8° para aclarar la función de los registros a cargo del Conservador de Bienes Raíces y las asociaciones. El nuevo art. 8° estableció: “*Las asociaciones de canalistas deberán llevar un registro en que anoten todas las inscripciones referentes a regadores sin perjuicio de hacerse también en el conservador de bienes raíces en conformidad al artículo 5°*”⁷⁶.

El Senado rechazó por unanimidad la modificación introducida al art. 8° por la Cámara de Diputados, ya que el artículo despachado originalmente por aquél tenía por objeto facilitar la consulta de las inscripciones por parte de los interesados, quienes podrían consultar con seguridad los registros de las asociaciones formados en base a las inscripciones efectuadas previamente por el Conservador de Bienes Raíces. En opinión del senador Sr. Vergara, la modificación efectuada por la Cámara destruía el artículo original en su base, introduciendo incertidumbre jurídica “[...] *por cuanto los interesados que consultaran solo el registro de la asociación no quedarían seguros de que las inscripciones hechas en él han sido verificadas también en el registro del Conservador de Bienes Raíces. Según la modificación, las inscripciones en el registro de la asociación se harán ‘sin perjuicio de hacerse también en el Conservador de Bienes Raíces’; pero no se dispone que solo se hagan después, como lo preceptúa el artículo original, que se refiere únicamente a anotar en el registro social aquellas inscripciones que hayan sido hechas de antemano en el registro [sic] Conservador de Bienes Raíces. Si se dejara libertad para hacer la inscripción primero en el registro de la sociedad, se correría el riesgo de que no se hiciera después en el registro del Conservador, y para esto mas valdría suprimir el artículo*”⁷⁷.

La Cámara de Diputados tomó conocimiento del rechazo del Senado a la

⁷⁴ ANGUITA, Ricardo, cit. (n. 38).

⁷⁵ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 44), p. 238; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 35).

⁷⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 36), p. 1072; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 37).

⁷⁷ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 64), pp. 186 s.

modificación introducida por ella al art. 8° y decidió no insistir en esta última, por lo que el texto del precepto finalmente promulgado correspondió al propuesto por el ejecutivo⁷⁸.

h) Con fecha 8 de agosto de 1910 se dictó el reglamento previsto en el art. 5° L. N° 2.139. Se trató del Dcto. N° 1.666, "*Reglamento para la inscripción de los actos y contratos traslaticios de dominio de regadores de agua*", de Interior, el que llevó las firmas del Ministro del Interior, don Elías Fernández Albano, y del Ministro de Industria, Obras Públicas y Ferrocarriles, don Fidel Muñoz Rodríguez.

El art. 1° estableció el Registro de Regadores de Agua a cargo del Conservador de Bienes Raíces⁷⁹. De acuerdo a su art. 8°, las normas del RCBR se aplicaban supletoriamente a las inscripciones efectuadas en el Registro de Regadores.

El art. 1° inc. 1° dispuso que se inscribieran en el mentado registro: i) Los derechos de aguas, expresados en regadores, de los dueños de canales constituidos en asociaciones de acuerdo a la L. N° 2.139 (N° 1°); ii) Los actos y contratos traslaticios de dominio de dichos regadores (N° 2°); iii) La constitución de derechos reales, incluso la prenda, sobre ellos; la tradición de dichos derechos reales (N° 3°); iv) La constitución y tradición del derecho de uso de regadores de agua, como fuerza motriz (N° 4°); y v) Las interdicciones, prohibiciones de enajenar y los impedimentos referentes a regadores de agua (N° 5°). En lo concerniente a otros actos y contratos, el inc. 2° de este precepto legal prescribió: "*Será facultativa para los interesados la inscripción en los demás casos de que trata el artículo 53 del Reglamento de 24 de Junio de 1857*".

El art. 2° dictó normas para la inscripción originaria de los derechos de aguas prevista en el art. 1° N° 1°, en tanto que el art. 3° sometió la realización de las demás inscripciones, incluida la de la prenda de regadores, a las normas previstas en el RCBR.

Los arts. 5° y 6° establecieron normas sobre competencia. El primero ordenó que las inscripciones señaladas se hicieran en la oficina del Conservador de Bienes Raíces del departamento en que estuviere ubicada la bocatoma del canal matriz. El segundo reguló las relaciones entre los distintos Conservadores de Bienes Raíces encargados de practicar una inscripción en el Registro de Regadores de Agua, para lo cual preceptuó: "*Sin perjuicio de las inscripciones de que trata este Reglamento, siempre que se presente al Conservador para su inscripción un título traslativo de dominio o constitutivo o traslativo de gravámenes de un fundo o establecimiento al cual aparezcan destinados regadores de agua de los sometidos a la ley de 9 de Noviembre de 1908, el Conservador dejará constancia de la inscripción de los regadores de agua afectados por el respectivo acto o contrato y transcribirá inmediatamente, con cargo al interesado, la inscripción que haga, al Conservador del departamento en que estuviere la boca toma del canal matriz, a fin de que este funcionario*

⁷⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 4.ª extraordinaria, 31 de octubre de 1908, pp. 137 s.

⁷⁹ Cfr. Dcto. N° 1.666, en *Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno*, Libro LXXIX (Santiago, agosto de 1910), pp. 871 ss.

la anote al margen de la última inscripción de dominio de los mismos regadores, con la frase "vendidos como parte del inmueble", "hipotecados como parte del inmueble" u otra semejante, según sea el acto de que se trate".

Finalmente, el art. 7° dictó normas para la coordinación del funcionamiento del Registro de Regadores de Agua a cargo del Conservador de Bienes Raíces y los registros especiales a cargo las asociaciones de canalistas, en virtud de lo cual ordenó: "*El Conservador deberá remitir [sic] por correo, certificada y con cargo al interesado, una copia autorizada de las inscripciones referidas a regadores de agua, al presidente del directorio de la referida asociación de canalistas, a fin de que se cumpla el artículo 8.° de la ley de 9 de Noviembre de 1908*".

i) En el período en examen la prenda especial de regadores de agua conservó las características generales de la prenda civil, con algunas particularidades.

Desde luego, ella sólo la podían constituir los miembros de una asociación de canalistas, esto es, los asociados.

De la historia de la ley se desprende que su celebración suponía que los regadores de agua debían ser gravados separadamente del predio a cuyo riego o fin industrial estuvieren destinados. Esta regla reconocía una importante limitación en el texto de la ley, a saber: si en la escritura de hipoteca de un predio no se especificaba el agua, se entendían hipotecados también los regadores inscritos como dotación del aquél, como lo preceptuaba el art. 6° inc. 4°. La hipoteca constituida sobre regadores de agua en estas circunstancias, no dejaba de existir por pasar éstos a terceros, lográndose así el propósito del legislador puesto de manifiesto durante la discusión del precepto legal⁸⁰.

Los asociados podían caucionar mediante la prenda obligaciones civiles y naturales. Por aplicación de las reglas de la prenda civil, se sostuvo que no procedía pactar la cláusula de garantía general a su respecto y que se aplicaban idénticos principios a su transferencia⁸¹.

Los asociados tenían libertad para decidir el tipo de obligación principal caucionada con la prenda, la que no necesitaba decir relación con el predio a cuyo riego o fin industrial estaban destinadas las aguas. Por lo mismo, ellos podían hacer el uso que quisieran de las sumas obtenidas de sus acreedores crediticios por esta vía⁸². Con todo, don Edgardo Gundian Podesta enfatizó que la obligación principal debía ser independiente o no afectar al inmueble, pues de lo contrario, se estaría en presencia de una hipoteca *ipso jure* de derechos de aguas conforme al art. 6° inc. 3° L. N° 2.139⁸³.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trataba de un contrato solemne por cuanto el art. 6° inc. 1° exigía que el contrato de prenda se otorgara por escritura pública⁸⁴. El mismo precepto exigía, además, la inscripción conservatoria de

⁸⁰ LIRA U., Pedro y DE LA MAZA, Lorenzo, *Régimen legal de las aguas en Chile* (Santiago, 1940), p. 118.

⁸¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 22), pp. 221 ss. y 303. A favor de su pacto en materia civil, Cfr. MEZA B., Ramón, cit. (n.23), pp. 123 ss.

⁸² LECAROS, I., Mario, cit. (n. 8), p. 67.

⁸³ GUNDIAN, P., Edgardo, *Inscripción, registro e hipoteca en la legislación de aguas* en HEDERRA D., Ana (ed.), *Comentarios al Código de Aguas* (Santiago, 1960), II, p. 469.

⁸⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 22), p. 253.

dicha escritura pública, para la adquisición por vía de tradición del derecho real de prenda sobre el regador de agua. La inscripción también reemplazaba la entrega de la prenda exigida por el derecho común, como lo señaló expresamente el “Mensaje”⁸⁵. Lo anterior obedecía a que los derechos de aguas estaban sometidos a las mismas reglas de la propiedad raíz inscrita, de acuerdo al “Mensaje” y al art. 7°.

El bien prendado quedaba en poder del deudor prendario. De lo expuesto, se desprende que el acreedor prendario carecía del derecho de retención y, consecuentemente, del derecho a ser indemnizado por los gastos de conservación de aquél y los perjuicios que la tenencia del mismo le hubiere ocasionado, máxime si ni el derecho ni su objeto material eran susceptibles de deterioro o destrucción⁸⁶.

El art. 6° inc. 2° hacía aplicable las reglas sobre competencia conservatoria para efectos de las inscripciones antedichas, por lo que la prenda debía inscribirse en el registro especial que llevara el Conservador de Bienes Raíces del departamento respectivo y, en el caso de aquellos canales que atravesaran más de un departamento, debía inscribirse además en el registro del Conservador de Bienes Raíces que tuviere competencia sobre el departamento en que se encontrara la bocATOMA del canal matriz. Complementando estos preceptos, el art. 8° exigía que las prendas se anotaran en un registro especial que debían llevar las asociaciones de canalistas, una vez inscritas en el registro conservatorio competente.

El acreedor prendario gozaba de un derecho de preferencia para hacer efectiva su acreencia, el que fue interpretado como un privilegio de segunda clase por aplicación del art. 2474 N° 3 CCCh., ante el silencio de la ley⁸⁷. El art. 9° dictó normas para solucionar los eventuales conflictos entre acreedores prendarios e hipotecarios, derivados de la constitución de dichos gravámenes sobre regadores de agua, para lo cual consagró una regla de preferencia basada en el orden cronológico de las inscripciones conservatorias respectivas⁸⁸.

j) La situación de los derechos de aguas no incorporados a las asociaciones de canalistas, en relación con la celebración del contrato de prenda civil, no fue objeto de atención legislativa luego de 1908⁸⁹. Tampoco conocemos doctrina ni jurisprudencia alguna que se haya referido al tema.

De momento, sólo podemos conjeturar un par de razones para dicho silencio. Una de ellas puede ser el progresivo desarrollo de las asociaciones de canalistas, luego de la publicación de la L. N° 2.139, lo que habría hecho decrecer en importancia a algunas de las instituciones crediticias del derecho común. Otra razón puede ser el cambio experimentado por la jurisprudencia por aquella épo-

⁸⁵ LECAROS, I., Mario, cit. (n. 82).

⁸⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 22), pp. 256 ss.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 286 s.; CORTE SUPREMA, sentencia de 25 de septiembre de 1946, en *RDJCS*, 44, N°s 3-4, 2ª parte, sección 1ª, pp. 159 ss.

⁸⁸ LIRA, U., Pedro y DE LA MAZA, Lorenzo, cit. (n. 80), p. 119.

⁸⁹ Sólo conocemos una referencia incidental a los mismos, con motivo del análisis del senador Sr. Vergara sobre la hipoteca de regadores, durante la elaboración de la ley N° 2.139. Cfr. CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 11.ª ordinaria, 24 de junio de 1908, p. 235.

ca, respecto del cumplimiento de la obligación de entregar la cosa prendada en el contrato de prenda civil, lo que habría conducido a que se le negara eficacia por la comunidad jurídica.

IV. PERÍODO 1951-1967: PRIMER CÓDIGO DE AGUAS, NUEVAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y LA PRENDA DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

1. *Los derechos de aprovechamiento de aguas*

a) Mediante “Mensaje” de 9 de junio de 1936, el Presidente de la República, don Arturo Alessandri Palma, remitió a la Cámara de Diputados un proyecto de ley sobre Código de Aguas y ley aprobatoria del mismo. En circunstancias que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se encontraba abocada a su estudio, el ejecutivo retiró intempestivamente el proyecto de la Cámara de Diputados, mediante Oficio N° 515, de 19 de julio de 1937, lo que determinó que miembros de dicha comisión, disconformes con tal decisión, lo hicieran suyo y presentaran su texto como moción, para continuar con su estudio y tramitación legislativa⁹⁰.

Este proyecto de código perseguía codificar y actualizar la numerosa legislación y reglamentación existente en el ramo, cuya inorganicidad había dado lugar a numerosas controversias en detrimento de los usuarios de las aguas y pequeños propietarios. En palabras del ejecutivo, el objetivo de esta empresa codificadora era de “[...] *estabilidad a los derechos de aguas, a fin de otorgarles las mismas garantías de la propiedad raíz [...] para el progreso de la agricultura y de las industrias y grandes intereses anexos a aquella*”⁹¹.

El “Mensaje” señaló que la naturaleza jurídica de las aguas era objeto de regulación por el proyecto, siguiendo para ello el pensamiento jurídico y al efecto dijo: “*La clasificación de las aguas sigue a la naturaleza; muebles de suyo, son pluviales, marítimas y terrestres, según el origen de que provengan, pero, se reputan inmuebles por destinación cuando se las adhiere a la tierra [...]*”⁹².

Asimismo, reiteró el dominio público de la mayor parte de las aguas y señaló que se otorgaba a los particulares un derecho para el aprovechamiento de ellas, para lo cual señaló: “*En lo que atañe al dominio de ellas, se mantiene y precisa el sistema del Código Civil, instituyendo al Estado como dueño de todas las aguas y de la energía o fuerza motriz que producen, salvo las excepciones de escasa importancia; pero, se otorga a los particulares el “aprovechamiento” de aquellas, que es el mismo derecho real de uso y goce reconocido por el artículo 598 del Código Civil, que ahora pasa a ser precisado y definido*”⁹³.

⁹⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 11.^a ordinaria, miércoles 10 de junio de 1936, pp. 663 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 24.^a ordinaria, martes 20 de julio de 1937, pp. 1261 ss.

⁹¹ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 11.^a ordinaria, miércoles 10 de junio de 1936, p. 663.

⁹² *Ibid.*, p. 664.

⁹³ *Ibid.*

El “Mensaje” se refirió también al regador de agua, que pasó a ser la unidad de medida de las mercedes de regadío y estableció: “[...] *En estas mercedes se mantiene como unidad de las medidas [sic] el regador, entendiéndose por tal una dotación máxima de quince litros por segundo en escurrimiento continuo en una sección dada del cauda [...]*”⁹⁴. En las restantes mercedes, el derecho de aprovechamiento de aguas se medía en medidas métricas y de tiempo, que consistían en litros por segundo.

El proyecto de código reguló igualmente las organizaciones de usuarios de aguas a la sazón existentes, dotando de un estatuto jurídico propio a las comunidades de aguas, a las asociaciones de canalistas y a las juntas de vigilancia, muchas de las cuales habían surgido en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y al margen de todo reconocimiento legal⁹⁵.

Por último, el “Mensaje” extendió a todos los derechos de aguas el sistema de inscripción conservatoria adoptado en la L. N.º 2.139, cuya tradición del dominio y de otros derechos reales constituidos sobre ellos, debería sujetarse a las normas de la propiedad raíz inscrita. El fundamento expresado en el “Mensaje” fue el siguiente: “*En cuanto a la tradición del dominio del derecho de aprovechamiento y a la de los derechos reales constituidos sobre ellas [sic], se sigue el Código Civil, o sea, esa tradición deberá hacerse por inscripción en un registro semejante al que ahora existe para los derechos regidos por asociaciones de canalistas y del cual será una continuación. La constitución y transferencia del derecho de aprovechamiento de aguas y de todo derecho real constituidos sobre ellas [sic] requiere una tradición y la única forma de tradición tangible que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro de Aguas. Mientras ésto [sic] no se verifica no hay traslación de dominio ni se adquiere la posesión de los mismos derechos, mas para que todo ello proceda, el título deberá constar siempre por instrumento público [...]./ Por medio de la inscripción conservatoria se obtienen dos grandes resultados: la solidez de los derechos de aguas y la completa publicidad de los mismos*”⁹⁶.

b) De acuerdo a lo anterior, el art. 1.º inc. 2.º del proyecto de código discurrió

⁹⁴ *Ibid.*, p. 665.

⁹⁵ En este sentido el “Mensaje” expresó: “*Los fines de interés común de los regantes, que inspiraron al legislador para dictar la Ley sobre Asociaciones de Canalistas, se mantienen en el proyecto ampliados a situaciones semejantes y completados con preceptos que se hacían indispensables para tener una legislación armónica sobre el goce de aguas comunes./ Tres son los organismos que regulan este orden de cosas: las comunidades de aguas, las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia./ Existen en el país comunidades de hecho sobre numerosas aguas no sujetas a organización [...]. Aunque el interés general exigiría la transformación de esas comunidades en asociaciones de canalistas, se ha querido respetar el principio de la autonomía de la voluntad de los individuos manteniendo la existencia de esas comunidades, aparte de que en algunos casos no procede constituir una asociación de canalistas [...], pero, se ha juzgado indispensable reglamentar el funcionamiento de las comunidades [...]./ La Ley de Asociaciones de Canalistas ha sido completada en todo aquello que su aplicación y la experiencia de más de veinte años lo ha aconsejado [...]./ Las Juntas de Vigilancia que hoy son producto de estipulaciones contractuales de poca eficacia y con atribuciones para un río determinado, pasan a ser instituciones de derecho con Jurisdicción [sic] efectiva sobre una cuenca para dirigir los intereses comunes de todas las asociaciones de canalistas, comunidades de agua y beneficiarios de la hoya, [...]*” Cfr. *Ibid.*, p. 666.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 667.

sobre la naturaleza jurídica de las aguas y manifestó: *“Atendida su naturaleza son muebles; pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, se reputan inmuebles”*⁹⁷.

Del mismo, el proyecto contempló normas sobre el dominio de las aguas y sobre los derechos de aguas en los arts. 11, 14 y 15. El art. 11 señaló: *“Las aguas son bienes nacionales de uso público o de dominio particular./ En las primeras se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código”*. El art. 14 prescribió: *“El derecho de aprovechamiento de las aguas es un derecho real y consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y de conformidad a las reglas que prescribe el presente Código./ El ejercicio del derecho de aprovechamiento deberá hacerse por medio de obras aparentes; aunque su uso no sea continuo ni se emplee la mano del hombre”*. El art. 15 preceptuó: *“Las meras expectativas al uso o goce de las aguas o al ejercicio de derechos reales sobre las mismas, no constituyen derecho”*⁹⁸.

En cuanto a la unidad de medida de los derechos de aprovechamiento de aguas, el proyecto de código señaló dos, a saber: litros por segundo y regadores. Como se ha indicado precedentemente, estos últimos eran aplicables sólo a las mercedes para regadío. El art. 36 dispuso que “[t]odo decreto de concesión de merced de agua fijará [...] la cantidad de agua expresada en medidas métricas y de tiempo [...]”, para lo cual, el art. 289 N° 2° ordenó que la solicitud de merced de agua estableciera “[l]a cantidad de agua que desea extraer, expresada en litros por segundo, o en regadores, según sea la naturaleza de la merced”, lo que se encontraba en relación con el art. 48 que contemplaba el regador como unidad legal de medida para las mercedes de regadío en los siguientes términos: *“La unidad legal de medida para el regadío es el “regador”/ “Regador” es la cantidad máxima de 15 litros de agua por segundo que escurre continuamente en una sección dada del caudal./ Si el caudal de agua disminuye, la capacidad efectiva del regador disminuirá en la misma proporción”*. Finalmente, el art. 297 N° 3° exigió que el decreto de concesión provisoria expresara “[l]a cantidad de agua que se concede, expresada en litros por segundo [...]”⁹⁹.

En lo atinente a las organizaciones de usuarios, el proyecto contempló normas sobre las comunidades de aguas, las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia, entre las que podemos mencionar los arts. 120; 139; 140 inc. 1°; 149; 200 incs. 1° y 3°; 203 inc. 1° y 219. Respecto de la propiedad de los derechos de aguas y del cauce, el art. 149 reiteró lo señalado en el art. 2° inc. 2° L. N° 2.139, en el sentido que “[e]l derecho de aprovechamiento de las aguas y el cauce que las conduce no pertenece a la asociación; son del dominio de los accionistas”, disposición que fue erróneamente extendida a las juntas de vigilancia en el art. 200 inc. 3°¹⁰⁰.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 671.

⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 671 s.

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 675 ss.

¹⁰⁰ El art. 120 concibió el nacimiento de las comunidades de aguas de la siguiente forma: *“Por el hecho de que dos o más personas aprovechen aguas de un mismo caudal, sin que entre ellas se haya celebrado convención respecto del aprovechamiento común de esas aguas, se forma una comunidad que se rige por las reglas contenidas en los artículos siguientes”*. En materia de asocia-

En lo referente al Registro de Aguas, deben traerse a colación los arts. 274 incs. 1° y 3°, 275 y 278. El primero dictó normas para la tradición del dominio de derechos de aguas y de derechos reales constituidos sobre ellos, señalando: *“La tradición del dominio del derecho de aprovechamiento de las aguas y de derechos reales sobre ellas, excepto las servidumbres, se efectuará por la inscripción del título en un registro especial que deberá llevar cada Conservador de Bienes Raíces y que se denominará Registro de Aguas [...]. En las [sic] transferencia o transmisión de un predio se entenderán comprendidos sus derechos de agua aunque no se especifiquen, salvo las excepciones legales o estipulaciones legales o estipulaciones en contrario”*. El art. 275 reguló la forma de practicar las inscripciones y rezó: *“Las inscripciones se harán en la forma prevenida para los bienes raíces”*. El art. 278 hizo aplicable a las aguas las disposiciones de la propiedad raíz inscrita, para lo cual preceptuó: *“Se aplicarán a las aguas todas las disposiciones que rigen la propiedad raíz inscrita, en cuanto no se las modifique por el presente Código”*¹⁰¹.

El art. 279 del proyecto previó la emisión de un reglamento especial que regulara los deberes y funciones del Conservador de Bienes Raíces, respecto del Registro de Aguas, como asimismo la forma y solemnidad de sus inscripciones, y el art. 347 reconoció validez a las inscripciones vigentes efectuadas por los Conservadores de Bienes Raíces en el Registro de Regadores de Agua creado por la L. N° 2.139, el cual pasaría a constituir el nuevo Registro de Aguas.

Finalmente, en materia de observancia del futuro código, el art. 341 estableció una norma de derogación orgánica de la normativa jurídica de aguas preexistente, con excepción de las normas del CCCh., que se aplicarían en todo lo que

ciones de canalistas, el art. 139 dijo: *“Si varias personas tuvieren aprovechamiento común de las aguas de un mismo cauce, podrán constituirse en asociación de canalistas con el fin de tomar las aguas del caudal matriz, repartirlas entre los asociados, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias al aprovechamiento común y ejecutar toda clase de actos o contratos que directa o indirectamente conduzcan al fin de la asociación./ Igual derecho tendrán los que pasaren a tener un aprovechamiento común en un mismo cauce”*. Denotando una de las diferencias con las comunidades de aguas, el art. 140 inc. 1° aclaró: *“Las asociaciones son personas jurídicas de la clase a que se refiere el artículo 545 del Código Civil”*. Sobre las juntas de vigilancia, el proyecto reguló su origen y su relación con los derechos de aguas de sus miembros, en el art. 200 incs. 1° y 3°, del siguiente tenor: *“Las personas naturales, las comunidades de aguas, las asociaciones de canalistas u otras personas jurídicas que en cualquier forma aprovechen aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica, deberán asociarse necesariamente para constituir una Junta de Vigilancia. [...] A estas Juntas les será aplicable el artículo 149”*. La aplicación de este último artículo a las Juntas de Vigilancia constituía una impropiedad, pues ellas se constituían en cuencas u hoyas hidrográficas, las que no pertenecían a sus miembros. El art. 203 inc. 1° otorgó personalidad jurídica a las juntas de vigilancia, en forma similar a las asociaciones de canalistas, para lo cual señaló: *“Las Juntas de Vigilancia son personas jurídicas de la clase a que se refiere el artículo 545 del Código Civil y se constituirán en la forma que establece el artículo 140”*. Finalmente, el art. 219 hizo aplicable supletoriamente el estatuto jurídico de las asociaciones de canalistas a las juntas de vigilancia y dispuso: *“Se aplicarán las Juntas de Vigilancia y a sus Directorios las disposiciones del párrafo 2.º del Título IX, en cuanto no se estén modificadas por el presente Título”*. *Ibid.*, pp. 684 ss. Como corolario, el art. 277 señalaba que la posesión regular de los derechos de aprovechamiento de aguas sólo se podía adquirir mediante la correspondiente inscripción conservatoria.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 703 s.

no aparecieran modificadas por el nuevo código.

c) El primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aprobó la regulación legal de la naturaleza jurídica de las aguas, basado en la realidad observada y la jurisprudencia¹⁰². También comentó las normas sobre dominio de las aguas y de los derechos de aprovechamiento, calificando a estos últimos como derechos reales¹⁰³.

En lo atinente a la unidad de medida del derecho de aprovechamiento, el informe sólo comentó el empleo del regador para las mercedes de regadío y dijo: *“En esta clase de mercedes, se mantiene el regador de aguas como medida legal supletoria de la que fije la voluntad de las partes. Podrán algunos objetar la falta de base científica de esa medida, pero, el legislador no debe olvidar la tradición que existe en nuestros sistemas de riego de calcular y aforar las aguas por medio del regador”*¹⁰⁴. El informe reiteró las palabras del “Mensaje” sobre las organizaciones de usuarios y el nuevo régimen de inscripción conservatoria aplicable a la tradición del dominio de derechos de aprovechamiento de aguas y de derechos reales constituidos sobre ellos. Finalmente, el informe guardó silencio sobre la norma de derogación orgánica contenida en el art. 341 del proyecto¹⁰⁵.

En la discusión general, el diputado informante Sr. Moreno reiteró las palabras del informe sobre la naturaleza jurídica de las aguas, el dominio de las mismas y los derechos de los particulares a su respecto, los que calificó de derechos reales. Asimismo, él justificó que la medida del regador fuera de quince litros por segundo basado en la tradición existente en materia de regadío. Finalmente, dicho diputado repitió lo expuesto en el informe de la Comisión y el “Mensaje” sobre las organizaciones de usuarios y el nuevo Registro de Aguas¹⁰⁶.

¹⁰² El informe expresó: *“De acuerdo con la realidad de los hechos y la jurisprudencia, se resuelve una antigua controversia judicial al considerar las aguas como muebles según su naturaleza e inmuebles si se las destina al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, siguiendo el precepto del artículo 570 del Código Civil”*. Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 53.^a ordinaria, lunes 30 de agosto de 1937, p. 2573.

¹⁰³ El informe, *ibíd.*, señaló: *“Se mantiene el principio de los artículos 595 y 596 del Código Civil, instituyendo a la Nación, por regla general, como dueño de todas las aguas [...] / El uso y goce que el artículo 598 del Código Civil otorga a los particulares en esas aguas, se le reconoce como un derecho real, que lo es de verdad, y se le define con el nombre de “aprovechamiento”*”.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 2574 s.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 2575 ss.

¹⁰⁶ Sobre estos tópicos, el diputado Sr. Moreno dijo: *“En lo que se refiere al dominio y aprovechamiento de las aguas, el proyecto de Código de Aguas sigue el sistema establecido en el Código Civil, o sea, entrega el dominio de las aguas a la Nación. / Pero respeta también este proyecto la excepción que contempla el Código Civil para reconocer ciertos dominios privados [...] / Un punto importante que trata el Código Civil es el del uso y goce de las aguas. Ya he dicho que el dominio de las aguas corresponde a la Nación y, conforme el artículo 598 del Código Civil, se concede el uso y goce de ellas a los particulares. El Código de Aguas precisa y define lo que es este uso y goce, y dice: es un derecho real que consiste en el uso y goce y disposición de las aguas en conformidad a los preceptos del Código. / [...] Para medir la merced de agua para regadío se usa el “regador de agua”. Muchos han tachado esta medida [sic] anticientífica y aún todos los que han estudiado la medida del regador de agua no están de acuerdo respecto de la cantidad de agua de esta medida. El Código se ha puesto en un punto de vista prudente en esta materia fijando como medida del*

El art. 341 del proyecto generó discusión en la Cámara Baja entre, por una parte, el diputado Sr. Claro, quien hizo presente que dejaba subsistentes disposiciones similares del CCCh., con el peligro de una interpretación jurisprudencial dispar de las mismas, y por la otra, los diputados Sres. Guarello y Aldunate, para quienes la claridad del citado precepto impedía dicha posibilidad. No obstante lo anterior, el proyecto fue aprobado en general por la Cámara de Diputados¹⁰⁷.

El segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados deparó ciertas novedades respecto de las disposiciones referidas. Entre las modificaciones aprobadas por ella se encontraba una nueva definición legal del regador y la derogación o modificación de disposiciones relativas a las aguas del CCCh. Respecto de lo primero, la Comisión acordó reemplazar la disposición del art 48 inc. 2°, que por razones de referencia había pasado a ser el art. 51 inc. 2°, para dar una nueva definición legal del regador de agua, la que señaló: “*Regador* es la cantidad de quince litros de agua por segundo que escurre continuamente”¹⁰⁸. Respecto de lo segundo, la Comisión obró de dos maneras: en primer lugar, ella acordó suprimir la parte final del art. 341, que por razones de referencia había pasado a ser el art. 347, el que preceptuó que “[d]esde la vigencia de este Código quedarán derogadas las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes sobre las materias que en él se tratan”; en segundo lugar, ella acordó introducir un nuevo art. 11. al proyecto de ley aprobatorio del CACH., para modificar y derogar o suprimir, en su caso, las disposiciones del CCCh. que se encontraban contempladas en el CACH¹⁰⁹. La Cámara de Diputados aprobó en particular la propuesta recomendada en su segundo informe por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia¹¹⁰.

El primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del

regador un escurrimiento continuo [sic] de 15 litros por segundo en una sección dada. Se mantiene esta medida del regador, porque hay un hecho del cual no puede apartarse el legislador, que es la tradición, la costumbre que durante dos siglos se ha seguido en Chile por los agricultores para medir sus riegos”. Véase CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 56.^a ordinaria, lunes 30 de agosto de 1937, pp. 2677 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 72.^a ordinaria, miércoles 8 de septiembre de 1937, pp. 3159 s.

¹⁰⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 59.^a ordinaria, martes 31 de agosto de 1937, pp. 2764 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 65.^a ordinaria, lunes 6 de septiembre de 1937, pp. 2970 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 72.^a ordinaria, miércoles 8 de septiembre de 1937, pp. 3151 ss.

¹⁰⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 53.^a ordinaria, miércoles 24 de agosto de 1938, p. 2452.

¹⁰⁹ Sobre la primera manera de obrar aludida, así se deduce al comparar el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados con el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. Sobre la segunda manera de obrar aludida, los preceptos legales que fueron objeto de modificación fueron los arts. 833 inc. 4°; 839 inc. 3°; 861; 870; 887; 936; 937 inc. 2° y 941 inc. 2° CCCh. Los preceptos legales que fueron objeto de derogación o supresión fueron los arts. 834; 835; 836; 837; 838; 840; 862; 863; 864; 865; 866; 867; 868; 869; 871; 872; 937 inc. 1°; 938; 939; 940; 941 inc. 1°; 944 y 945 CCh. *Ibid.*, pp. 2445 ss.; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 30.^a ordinaria, martes 21 de agosto de 1945, pp. 1300 ss.

¹¹⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, *cit.* (n. 108), pp. 2448 ss.

Senado no agregó nuevos fundamentos sobre las instituciones jurídicas señalada, sino que simplemente reiteró las ideas vertidas en el “Mensaje”, en los informes y en la discusión en la Cámara de Origen. Sin embargo, en lo tocante a la institución del regador de agua, la Comisión se apartó de lo obrado por la Cámara de Diputados y dio un carácter supletorio a la unidad de medida señalada por el legislador, para lo cual expresó: “*En estas últimas mercedes se mantiene como unidad de medida “el regador”, que consiste en la cantidad de quince litros de agua por segundo en escurrimiento continuo, pero tal medida es sólo supletoria a falta de estipulación contractual*”¹¹¹. Por lo expuesto, la Comisión propuso agregar dos nuevos incisos al art. 51, antiguo art. 48, los que fueron del siguiente tenor: “*Esta medida no obsta a las que hayan fijado las respectivas mercedes o convenido los interesados./ Cuando sea necesario convertir a regadores legales un derecho de agua, se medirá éste sobre la base de [sic] dotación completa en épocas de abundancia de aguas y sin alterar los marcos u obras aparentes en uso, ni el modo de ejercitar el derecho*”¹¹². El proyecto fue aprobado en general por el Senado, pero en la discusión respectiva los senadores Sres. Urrutia y Ossa cuestionaron la determinación uniforme de una cantidad fija de litros de agua para medir el regador por vía legal, sin consideración a las características de los suelos y los cauces¹¹³.

En la discusión particular del art. 1° inc. 2° del proyecto, los senadores Sres. Azócar y Ureta hicieron presente que el CCCh. y el art. 6° L. N° 2.139 ya consagraban normas sobre la naturaleza jurídica de las aguas en el mismo sentido que aquél, por lo que no había necesidad que el nuevo código las contuviera o ellas no constituían una novedad, a lo que el senador Sr. Walker replicó que era aconsejable la inclusión de tales normas debido a que el futuro código sería consultado no sólo por abogados sino también por agricultores, siendo aprobado en estos términos por el Senado¹¹⁴. Remitido posteriormente a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado para segundo informe, ésta introdujo cambios de referencia numérica a casi la totalidad de las disposiciones indicadas más arriba. La excepción la constituyeron los arts. 1° inc. 2°, 11 y 14, los que no fueron objeto de modificación alguna, y el art. 51, antiguo art. 48, respecto del cual se renovó la indicación para agregarle los dos nuevos incisos sobre el regador de agua transcritos anteriormente. El Senado aprobó en particular, en la forma señalada, el proyecto de código en la misma oportunidad¹¹⁵.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en las modificaciones introducidas al proyecto de código por el Senado, recomendó aprobar el nuevo art. 51, para lo cual sostuvo:

¹¹¹ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 23.^a ordinaria, miércoles 3 de julio de 1940, p. 765.

¹¹² *Ibid.*, pp. 769 ss.

¹¹³ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 41.^a ordinaria, martes 6 de agosto de 1940, pp. 1327 ss.

¹¹⁴ CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, Sesión 68.^a ordinaria, lunes 2 de septiembre de 1940, pp. 1956 ss.

¹¹⁵ SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 30.^a ordinaria, martes 21 de agosto de 1945, pp. 1300 ss.

“Aquí se define lo que es “regador de agua”, medida incorporada profundamente en la tradición y usos agrícolas. Fija la dotación del regador legal en quince litros por segundo./ El Honorable Senado añadió que esa medida se deja como supletoria de las que fijen las mercedes de agua o estipulen las partes./ Asimismo, el Honorable Senado establece que para no menoscabar los derechos ya adquiridos, si hay necesidad de convertir a regadores legales de quince litros alguna dotación de agua, se hará el aforo sobre la base del volumen de agua que lleva la dotación completa en época de abundancia de aguas, y sin alterar los marcos ni el modo de extraer las aguas, pues, ocurre que los regadores antiguos, medidos según el Senado Consulto del año 1818 [sic], tienen cincuenta o más litros por segundo”¹¹⁶. Por su parte, la Cámara de Diputados, funcionando en Sala, recogió esta recomendación y aprobó las modificaciones efectuadas por el Senado¹¹⁷.

El Presidente de la República formuló observaciones sobre algunos preceptos del proyecto de código y de su ley aprobatoria despachados por el Congreso Nacional. Respecto del tema en estudio, las observaciones perseguían la aplicación correcta del régimen de inscripción conservatoria de los bienes raíces inscritos a los derechos de aguas, mediante la exigencia que en las transferencias o transmisiones de predios se especificaran sus derechos. Para ello, el ejecutivo propuso modificar, entre otros, el texto de los arts. 120, 139 y 274 inc. 3°, los que habían pasado a ser los arts. 113, 135 y 273 inc. 3° en el proyecto despachado por el Congreso Nacional. Estas observaciones fueron aprobadas por ambas cámaras y el proyecto fue remitido al Presidente de la República para su promulgación y publicación¹¹⁸.

Los artículos citados mantuvieron la redacción con que fueron aprobados por ambas cámaras, incluidas las observaciones del ejecutivo y así figuraron en el texto del CACH. aprobado por la L. N° 8.944, publicado en el DO. de 11 de febrero de 1948, una vez hechas las nuevas adecuaciones de referencia numérica exigidas por el íter legislativo. En el código señalado, los artículos referidos pasaron a ser los arts. 1° inc. 2°; 11 inc. 2°; 14; 17; 37; 291 N° 2°; 51; 299 N° 3°; 111; 133; 134 inc. 1°; 143; 193 incs. 1° y 2° (manteniendo la errónea aplicación del ahora art. 143); 196 inc. 1°; 212; 271 incs. 1° y 3°; 272; 275, 276, 347 y 343, respectivamente.

d) La vigencia de la L. N° 8.944 fue suspendida desde el 11 de junio de 1948 hasta el 1° de enero de 1949, en virtud del art. 1° inc. 1° L. N° 8.978, publicada

¹¹⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 18.ª ordinaria, martes 16 de julio de 1946, p. 807.

¹¹⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 22.ª extraordinaria, martes 21 de enero de 1947, p. 997.

¹¹⁸ Ellas también tenían por objeto precisar que las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas sólo se podían constituir en cauces artificiales. Véanse: CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 2.ª extraordinaria, jueves 9 de octubre de 1947, pp. 63 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 27.ª extraordinaria, miércoles 17 de diciembre de 1947, pp. 1161 s.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 30.ª extraordinaria, martes 30 de diciembre de 1947, p. 1292; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 23.ª extraordinaria, martes 6 de enero de 1948, pp. 971 s.

en el DO. 19 de agosto de 1948, el que en su art. 1° inc. 2° i. f. dispuso: “*Continuarán en vigor, y durante la suspensión de los textos mencionados, todas las leyes, ordenanzas, decretos y demás disposiciones relacionadas con aguas que regían hasta el 11 de junio de 1948*”. Los efectos de la L. N° 8.978, a su turno, fueron prorrogados en cuatro oportunidades, en virtud de las L. N°s 9.288, 9.394, 9.575 y 9.687, dictadas entre los años 1948 a 1950, mientras se efectuaba una revisión del CACH.¹¹⁹.

Durante la vigencia de la L. N° 9.687, la L. N° 8.944 fue modificada extensamente por la L. N° 9.896, publicada en el DO. de 28 de marzo de 1951. El “Mensaje” del Presidente de la República por el cual se remitió este proyecto de ley al Senado casi dos años antes expresó el espíritu general que animaba la reforma: “*El Código de Aguas fue aprobado por ley N° 8.944, de 21 de Enero de 1948./ Apenas promulgado este cuerpo de leyes, el Gobierno designó una Comisión compuesta de profesores universitarios, abogados, ingenieros y funcionarios especializados en la materia, con el objeto de que estudiara y propusiera los reglamentos necesarios para la aplicación de dicho Código./ Esta Comisión pudo advertir en dicho cuerpo de leyes algunos errores, defectos y vacíos que era indispensable subsanar, y por tal motivo dedicó sus esfuerzos al estudio de un proyecto de ley de reforma de sus disposiciones./ Mientras tanto, la vigencia del Código fue suspendida por [sic] ley N° 8.978, de 11 de Agosto de 1948, la que posteriormente fue prorrogada por [sic] ley N° 9.288, de 30 de Diciembre del mismo año hasta el 17 de Septiembre próximo./ Después de una ardua y constante labor, la Comisión dio término a su cometido, proponiendo la modificación del Código de Aguas en la forma señalada en el proyecto acompañado, que el Gobierno ha hecho suyo en todas sus partes*”¹²⁰.

Entre las ideas matrices o fundamentales del proyecto, el “Mensaje” mencionó la protección del régimen vigente de derechos adquiridos, la supresión de disposiciones reglamentarias o reiterativas de disposiciones generales de derechos, el establecimiento de nuevas normas para la constitución y funcionamiento eficaz de las organizaciones de usuarios y el perfeccionamiento del régimen de inscripción de derechos, para lo cual aquél propuso la modificación o supresión de un número de las disposiciones legales referidas anteriormente¹²¹.

¹¹⁹ Los efectos de la L. N° 8.978 fueron prorrogados, por primera vez, hasta el 17 de septiembre de 1949 por la L. N° 9.288, publicada en el DO. de 31 de diciembre de 1948. Posteriormente, los efectos de la L. N° 8.978 fueron prorrogados, por segunda vez, hasta el 28 de febrero de 1950, en virtud de la L. N° 9.394, publicada en el DO. de 17 de septiembre de 1949. Sin embargo, los efectos de la L. N° 8.978 fueron prorrogados, por tercera vez, hasta el 28 de agosto de 1950, en virtud de la L. N° 9.575, publicada en el DO. de 3 de marzo de 1950. Finalmente, los efectos de la L. N° 8.978 fueron nuevamente prorrogados, por cuarta vez, hasta el 1° de abril de 1951, en virtud de la L. N° 9.678, publicada en el DO. de 26 de septiembre de 1950.

¹²⁰ SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 30.ª ordinaria, martes 6 de septiembre de 1949, p. 1030.

¹²¹ El proyecto de ley contempló la supresión del art. 193 inc. 2° CACH., que erróneamente aplicaba a las Juntas de Vigilancia el art. 143 del mismo, comentado más arriba, lo que constituyó un acierto de la comisión designada por el ejecutivo. Para las propuestas de reforma legislativa. *Ibid.*, pp. 1030 ss.

Nos referiremos a continuación a un par de las propuestas legislativas del ejecutivo.

Primero, el proyecto contempló la supresión del art. 51 CACH., que definía legalmente el regador de agua, con el objeto de no alterar el régimen de derechos adquiridos.

Segundo, el proyecto contempló la substitución completa de los arts. 271 a 276 CACH., ubicados en el Título XII CACH., intitulado “*Del Registro de Aguas y de la Inscripción*”, por once nuevos artículos (arts. 271; 272; 273; 274; 275; 276; 276-a; 276-b; 276-c; 276-d y 276-e), para perfeccionar el régimen de inscripción conservatoria de los derechos de aprovechamiento de aguas.

De estas nuevas normas jurídicas propuestas, debemos traer a colación los arts. 272, 273, 274, 275 N° 6 y 276-a del proyecto, por encontrarse en relación con las disposiciones legales referidas antes. El art. 272 se refirió al Registro de Aguas, a cargo del Conservador de Bienes Raíces y prescribió: “*Los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un libro especial denominado Registro de Aguas, en el cual deberán inscribirse los títulos a que se refieren las disposiciones de los artículos siguientes./ Un reglamento especial determinará los deberes y funciones del mencionado Conservador en lo que se refiere al mencionado Registro y a la forma y solemnidad de las inscripciones*”. El art. 273 dictó normas para la celebración de actos y contratos relativos a derechos de aprovechamiento, por lo que dispuso: “*Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslativos de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales sobre ellos y su transferencia*”. El art. 274 trató acerca de la tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos, para lo cual preceptuó: “*La tradición de los derechos de aprovechamiento que deben inscribirse en conformidad a los dos artículos siguientes, se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces./ De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos reales a que se refieren esos mismos preceptos*”. El art. 275 N° 6 contempló, entre los actos y contratos relativos a derechos de aprovechamiento de aguas que debían inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, a los derechos reales sobre derechos de aprovechamiento, al individualizar a: “*La constitución y la tradición de los derechos reales sobre esos mismos derechos. No obstante, la constitución y tradición de las servidumbres sobre aguas se regirán por las disposiciones del derecho común en cuanto no aparezcan modificadas expresamente*”. El art. 276-a estableció una norma de competencia conservatoria, la que señaló: “*Las inscripciones deberán hacerse en el Registro de Aguas del departamento en que se encuentre ubicada la bocanoma del canal matriz en el cauce natural./ Sin perjuicio de las inscripciones que procedan, los Conservadores deberán anotar al margen de las inscripciones relativas a las Asociaciones de Canalistas o a las Comunidades de Aguas, las mutaciones de dominio que se efectúen y que se refieran a ellas*”. Finalmente, preciso es indicar que el proyecto no propuso modificar substancialmente el art. 347 CACH., que daba valor a las inscripciones efectuadas en el Registro de Regadores creado por la L. N° 2.139 (impropiamente denominado Registro Especial de Aguas) y tan sólo suprimió su inc. 2°, por innecesario y reiterativo, el que disponía por vía consecuencial que no era necesario reinscribir los citados

derechos en el Registro de Aguas¹²².

e) El informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado propuso la aprobación del proyecto de ley, con algunas pequeñas modificaciones.

La Comisión respaldó la propuesta del ejecutivo de suprimir el art. 51 CACH. *“porque la práctica ha demostrado que el mejor sistema de medida consiste en una parte alícuota del caudal, base sobre la cual se encuentran constituidos casi todos los derechos actuales a las aguas, no dividiéndose conveniencia en la unificación en una medida rígida”*¹²³.

En cuanto al régimen de inscripciones conservatorias, la Comisión también respaldó la propuesta ejecutiva y sólo comentó incidentalmente la regulación de la tradición de los derechos de aprovechamiento no inscritos, contemplada en el art. 276-e del proyecto. La Comisión guardó silencio sobre los restantes preceptos concernientes al régimen de inscripciones conservatorias, indicados anteriormente, no obstante respaldarlos.

Con todo, un examen atento del proyecto despachado por aquélla revela ciertas modificaciones a la propuesta del ejecutivo, cuyos fundamentos no explicitó, entre las que podemos destacar los siguientes: i) El art. 273 i. f. fue enmendado para explicitar su idea subyacente, por lo que concluyó preceptuando: “[...] *como también la constitución de derechos reales y los actos y contratos traslativos de los mismos*”; ii) El art. 274 inc. 2° también fue enmendado por la Comisión para establecer que la constitución de derechos reales sobre derechos de aprovechamiento de aguas, debía efectuarse por medio de la inscripción del título en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, lo que contradujo derecha e inexplicablemente el art. 273 i. f., transcrito antes, al preceptuar: *“De la misma manera se efectuará la constitución y la tradición de los derechos reales a que se refieren esos mismos preceptos”*; iii) Finalmente, la Comisión modificó el art. 275 N° 6 part. 1ª y substituyó su texto original por uno que dispuso que debían inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces “[I] *a constitución y la tradición de los derechos reales indicados en los números precedentes [...]*”, lo que introdujo cierta ambigüedad respecto de la tradición de derechos reales –distintos a la hipoteca– constituidos sobre derechos de aprovechamiento, ya que los numerales anteriores del art. 275 sólo aludían a la constitución y tradición de un solo derecho real, que era el derecho de aprovechamiento de aguas.

El proyecto informado por la Comisión, con las enmiendas señaladas, fue aprobado en general y en particular en sesiones sucesivas por el Senado, siendo

¹²² El nuevo art. 271 del proyecto de ley contempló la institución de la matrícula de los canales, a cargo de la Dirección General de Aguas. *Ibid.*, pp. 1045 ss.

¹²³ SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 14.ª, extraordinaria, miércoles 4 de enero de 1950, p. 598. Debido a un error de impresión, este *Diario de Sesiones* señala en su viñeta que la sesión indicada tuvo lugar el miércoles 4 de enero de 1949, en circunstancias que ella se celebró realmente el miércoles 4 de enero de 1950. Atribuimos este error de impresión a una confusión, la que pudo haberse originado porque dicha sesión correspondió a la legislatura extraordinarias 1949-1950. Así se desprende de la historia de la tramitación de la L. N° 9.896.

remitido posteriormente a la Cámara de Diputados¹²⁴.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados también propuso la aprobación del proyecto, ya enmendado por el Senado, aunque extendió su trabajo a otras disposiciones del CACH., no consultadas en el proyecto de ley original, con el “*objeto de mejorar la redacción del Código, precisar sus disposiciones y coordinar en forma más adecuada sus preceptos*”¹²⁵.

Respecto de los preceptos indicados antes, debemos señalar que las únicas modificaciones introducidas por esta comisión consistieron en intercalar en el art. 275 un nuevo N° 3, para incluir los documentos que acreditaran la alteración de la distribución de los derechos de aprovechamiento sometidos al régimen de asociación de canalistas o de comunidad de aguas, entre aquellos que debían inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces. En consecuencia, el precepto del art. 275 N° 6, transcrito precedentemente, pasó a ser el N° 7 del citado precepto, sin que su texto experimentara modificaciones. Finalmente, la Comisión propuso rechazar la supresión del art. 347 inc. 2°, en cuyo reemplazo propuso el siguiente precepto: “*No será necesario reinscribir los derechos de agua inscritos en conformidad a lo dispuesto por la Ley N° 2,139, de 9 de noviembre de 1908, que estuvieren vigentes en sus Registros*”¹²⁶.

Las propuestas de esta comisión fueron aprobadas en general por la Sala, sin que se formularan indicaciones a su respecto, por lo que se entendieron también aprobadas en particular por la Cámara de Diputados¹²⁷.

El Senado, por su parte, aprobó las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados a los arts. 275 y 347 CACH., antes indicadas, los que de esta manera fueron finalmente despachados por el Congreso Nacional. El Presidente de la República no observó dichos preceptos, los que pasaron a formar parte del texto de la L. N° 9.896¹²⁸.

En este texto legal el nuevo art. 272 CACH. prescribió lo siguiente sobre el Registro de Aguas: “*Los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un libro especial denominado Registro de Aguas, en el cual deberán inscribirse los títulos a que se refieren las disposiciones de los artículos siguientes./ Un reglamento especial determinará los deberes y funciones del Conservador en lo que se refiere al mencionado Registro y a la forma y solemnidad de las inscripciones*”. El nuevo art. 273 CACH. dictó normas sobre la naturaleza jurídica de los actos y contratos correspondientes, para lo cual dispuso: “*Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslaticios de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la consti-*

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 624; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 15.ª, extraordinaria, martes 10 de enero de 1950, p. 673.

¹²⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 28.ª, ordinaria, martes 1° de agosto de 1950, p. 1285.

¹²⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 40.ª, ordinaria, martes 22 de agosto de 1950, pp. 1961 ss.

¹²⁷ *Ibíd.*, pp. 1976 s.

¹²⁸ SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 25.ª, ordinaria, martes 5 de septiembre de 1950, p. 1167; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 19.ª, extraordinaria, martes 16 de enero de 1951, p. 995; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 20.ª, extraordinaria, miércoles 17 de enero de 1951, p. 1091.

tución de derechos reales y los actos y contratos traslaticios de los mismos. El nuevo art. 274 CACH. se refirió a la tradición como modo de adquirir y preceptuó: “*La tradición de los derechos de aprovechamiento que deban inscribirse en conformidad a los dos artículos siguientes, se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces./ De la misma manera se efectuará la constitución y la tradición de los derechos reales a que se refieren esos mismos preceptos*”. El nuevo art. 275 N° 7 CACH., defectuosamente redactado (a diferencia del art. 275 N° 6 del proyecto de ley), contempló entre los actos y contratos relativos a los derechos de aprovechamiento de aguas que debían inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, a: “*La constitución y la tradición de los derechos reales indicados en los números anteriores. No obstante, la constitución y tradición de las servidumbres sobre aguas se regirán por las disposiciones del derecho común en cuanto no aparezcan modificadas expresamente*”¹²⁹. El art. 276-a CACH. mantuvo la redacción empleada en el proyecto de ley. Finalmente, el nuevo art. 347 inc. 2° CACH. dispuso: “*No será necesario reinscribir los derechos de agua inscritos en conformidad a lo dispuesto por la ley 2.139, de 9 de noviembre de 1908, que estuvieren vigentes en sus Registros*”.

El art. art. 4° L. N° 9.896, que reiteraba el art. 4° del proyecto de ley original, prescribió que: “*El Presidente de la República dispondrá que se haga una nueva edición del Código de Aguas y de la ley que lo aprueba, con las modificaciones introducidas por la presente ley, dándole la numeración correlativa correspondiente y enmendando las referencias y concordancias*”. Dos meses más tarde el ejecutivo dictó la L. N° 9.909, que contuvo el texto definitivo del primer CACH. y sus disposiciones complementarias.

f) El Código resultante, el CACH. 1951, vino a dotar de armonía y coherencia a un conjunto de disposiciones legales sobre aguas dispersas en varios cuerpos legales.

Los antiguos arts. 1° inc. 2°; 11 inc. 2°; 14; 37; 291 N° 2°; 299 N° 3°; 111; 133; 134 inc. 1°; 143; 193 inc. 1°; 212 y 343 CACH., pasaron a ser, con algunas modificaciones, los arts. 2°; 9 inc. 2°; 12; 32; 259 N° 2°; 267 N° 3°; 146; 81; 82 inc. 1°; 94; 159 inc. 1°; 162; 271 incs. 1° y 3° y 299 CACH. 1951, respectivamente.

En materia de régimen de inscripciones conservatorias, los antiguos arts. 271 inc. 1°, 272, 275, 276 y 347 CACH., pasaron a ser los arts. 238 incs. 1° y 2°, 242 inc. 1°, 244, 236 inc. 2° y 302 CACH. 1951, respectivamente, con el agregado de algunos artículos suplementarios, señalados antes.

Los antiguos arts. 17, 51, 193 inc. 2°, 196 inc. 1° y 271 inc. 3° CACH., fueron derogados o suprimidos por ser reiterativos o innecesarios.

Finalmente, la L. N° 9.909 derogó los arts. 834 a 838, 840, 862 a 869, 871, 872, 938 a 940, 944 y 945 CCCh. y modificó los arts. 833, 839, 861, 870 y 937 CCCh¹³⁰.

¹²⁹ Este artículo pasaría a ser el art. 239 N° 7 CACH. 1951.

¹³⁰ Véase ROJAS MERY, Eulogio (ed.), *Códigos de Chile* (Milán, s. d.), pp. 256 s., para consultar el texto original de estos artículos, muchos de los cuales pasaron al CACH. 1951, en la parte pertinente a las servidumbres de escurrimiento, acueducto, camino de sirga y mercedes de aguas subterráneas.

g) El art. 236 inc. 2° CACH. 1951 previó la emisión de un reglamento especial para determinar los deberes y funciones del Conservador de Bienes Raíces, en lo relativo al nuevo Registro de Aguas y a la forma y solemnidad de las inscripciones. Este reglamento nunca fue dictado por el Presidente de la República durante la vigencia del CACH. 1951.

En atención a que el art. 302 CACH. 1951 dispuso que el Registro de Regadores de Agua establecido por la L. N° 2.139, impropriamente denominado como Registro Especial de Aguas, constituiría el nuevo Registro de Aguas, se entendió que permanecía en vigencia el Dcto. N° 1.666, de 1910, de Interior, que contenía el “*Reglamento para la inscripción de los actos y contratos traslativos de dominio de regadores de agua*”, dictado en virtud del art. 5° L. N° 2.139, el cual fue analizado supra¹³¹.

2. La prenda especial de derechos de aprovechamiento de aguas

a) El “Mensaje” del ejecutivo propuso una nueva reglamentación para los gravámenes sobre derechos de aguas, fundado en su dimensión crediticia. El “Mensaje” expresó sobre este punto: “[...] *Asimismo, se crean nuevas fuentes de crédito para las asociaciones de canalistas en la prenda y la hipoteca [...]*”¹³², pese que la iniciativa legislativa limitó realmente la constitución de prenda sobre derechos de aguas.

Las normas jurídicas establecidas para la hipoteca de derechos de aguas permitieron nuevamente configurar la prenda. Sobre ellas el ejecutivo expresó: “*Una práctica aceptada establecía la hipoteca de las aguas, conjunta o separadamente del predio, pero estas convenciones eran frecuentemente objeto o medio de fraude por falta de preceptos y de sanciones legales; la ley de canalistas de 1908 autorizó la hipoteca de los regadores con lo cual sólo se beneficiaban los derechos regidos por una asociación. Esta situación se regulariza extendiendo la hipoteca a todas las aguas; habrá hipotecas de aguas de pleno derecho en caso de hipotecarse el predio a que pertenecen, ampliando así, los principios de los artículos 2.420 y 2.421 del Código Civil. Separadamente del predio no podrá constituirse sobre sus aguas hipoteca, gravamen o garantía alguna, salvo que sea para caucionar obligaciones de la Asociación o Junta de Vigilancia respectiva; así pues, el contrato de prenda sólo podrá establecerse a favor de esas instituciones. Se persigue con estas medidas impedir la separación de las aguas del predio a que se adhiere*”¹³³.

b) El proyecto de código del ramo contempló dos preceptos, los arts. 280 y 281, en su Título XIII, intitulado “*De la hipoteca de las aguas y de otros gravámenes sobre ellas*”, en materia de hipoteca y otros gravámenes sobre derechos de aguas, respectivamente. El art. 280 preceptuó: “*La hipoteca de un predio se extiende de pleno derecho y sin necesidad de especificación a las aguas que constituyen la dotación del fundo gravado*”, en tanto que el art. 281, apartándose del tenor estricto

¹³¹ GUNDIÁN P., Edgardo, cit. (n. 83), pp. 472 ss.

¹³² CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 11.ª ordinaria, miércoles 10 de junio de 1936, p. 666.

¹³³ *Ibíd.*, p. 667.

del “Mensaje”, prescribió: “*Las aguas no podrán darse en garantía de obligaciones independientemente del inmueble, salvo que se constituya por la correspondiente asociación [sic] o Junta de Vigilancia*”. Relacionado con los anteriores, el art. 165 inc. 1°, ubicado en el Título IX intitulado “*De las comunidades de agua y de las Asociaciones de Canalistas*”, hacía alusión a dichos gravámenes al disponer: “*Los derechos de aprovechamiento de aguas quedarán gravados de pleno derecho con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido en ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijen las Juntas*”¹³⁴.

c) El primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados no agregó nada nuevo a las palabras del “Mensaje”, las que derechamente transcribió.

En la discusión general, el diputado informante Sr. Moreno se refirió brevemente a la situación de la hipoteca y los gravámenes sobre derechos de aguas, dejando de manifiesto el espíritu de la legislación sobre este tópico, que era concebir el agua íntimamente asociada a la tierra para fines productivos y económicos. Sostuvo el Sr. Moreno: “*En materia de hipoteca y de otros gravámenes, también se ha creído conveniente establecer en el proyecto la necesidad de contemplar algunas disposiciones sobre el particular. Ha habido muchas veces hipotecas sobre regadores de agua. La hipoteca por su esencia puede establecerse sobre bienes raíces o derechos reales. Una hipoteca constituida sobre un regador de agua se ha hecho muchas veces/ ¿Y cuál ha sido el resultado? El resultado ha sido que si el deudor no ha pagado, el acreedor hipotecario ha ejercitado su acción sobre ese regador, lo ha sacado a remate y se lo ha adjudicado, dejando el predio sin agua./ El legislador quiere que el agua sea inherente a la tierra para que ésta nunca se desvalore; y por eso establece el proyecto que la hipoteca se va a poder hacer efectiva sobre las aguas solamente cuando se hipoteque el predio y conjuntamente con éste, o sea, habrá hipotecas de aguas de pleno derecho en caso de hipotecarse el predio a que pertenecen./ Como consecuencia de este principio se establece que las aguas no podrán darse en garantía de obligación independiente del predio salvo que sea para caucionar obligaciones de la Asociación de Canalistas o de la Junta de Vigilancia*”¹³⁵. El diputado Sr. Moreno concluyó sus palabras haciendo la siguiente prevención: “*Además, encontrarán los honorables diputados, algunas modificaciones introducidas por la Comisión de Legislación y Justicia [sic], que son muy pocas: algunas son errores de imprenta*”¹³⁶.

Aprobado el proyecto en general por la Cámara de Diputados, los arts. 165 inc. 1°, 280 y 281 no fueron objeto de indicaciones y se tuvieron inmediatamente aprobados en particular por aquélla¹³⁷.

El primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del

¹³⁴ *Ibíd.*, pp. 689 ss.

¹³⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 56.^a ordinaria, lunes 30 de agosto de 1937, p. 2683.

¹³⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 59.^a ordinaria, lunes 31 de agosto de 1937, p. 2761.

¹³⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 72.^a ordinaria, miércoles 8 de septiembre de 1937, p. 3165; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 108), pp. 2448 s.

Senado, por su parte, no fue claro sobre el alcance específico de los gravámenes señalados y empleó expresiones amplias y equívocas a la luz del “Mensaje” y de lo obrado por la Cámara Baja. El informe señaló: “*En materia de hipoteca de aguas no habrá otra disposición que la misma Ley de Canalistas, pero sólo en favor de los asociados. El proyecto establece como sistema general la facultad de hipotecar todas las aguas y también de darlas en prenda, aunque no estén regidas por Asociaciones de Canalistas; pero esos gravámenes nunca podrán establecerse separadamente del predio a que pertenecen las aguas, tanto para evitar fraudes como para impedir la desvalorización de la tierra que se produciría al separar de ésta las aguas por medio de la acción hipotecaria o prendaria. Por excepción podrá darse el agua como garantía de obligaciones en favor de la Asociación o de una Junta de Vigilancia*”¹³⁸. Los artículos citados no fueron objeto de modificación por la Comisión¹³⁹.

En la discusión general del proyecto, el diputado comisionado por la Cámara de Diputados para sostener e informar el proyecto ante el Senado, Sr. Moreno, se limitó a reiterar lo señalado en la Cámara de Origen sobre la hipoteca de derechos de aprovechamiento de aguas, pero omitió referirse particularmente al contrato de prenda, siendo aprobado en general el proyecto en esta oportunidad¹⁴⁰.

El segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado trató acerca de las indicaciones presentadas por los senadores, respecto de diversos preceptos del proyecto aprobado en general previamente por aquél. La aprobación de algunas de dichas indicaciones llevó a la Comisión a aprobar el cambio de numeración de los arts. 165 inc. 1°, 280 y 281, los que pasaron a ser los arts. 163 inc. 1° (art. 160 inc. 1° en el texto coordinado elaborado posteriormente por aquélla), 279 y 280, respectivamente, sin que su texto experimentara modificaciones. En consecuencia, el texto de aquéllos correspondió al despachado previamente por la Cámara de Diputados y en esos términos fue aprobado en particular por el Senado¹⁴¹. Finalmente, la Cámara de Diputados aprobó las modificaciones de referencia efectuadas por el Senado, sin que el Presidente de la República formulara observaciones a su respecto¹⁴².

El examen de algunos de los preceptos despachados por el Senado permite constatar que la Cámara de Diputados corrigió formalmente las normas jurídicas propuestas por el ejecutivo, por existir errores de imprenta, como explicó en su oportunidad el diputado Sr. Moreno. Esto sólo se puede advertir al leer los artículos pertinentes en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, impreso en el *Diario de Sesiones*, porque el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, impreso en el *Boletín de Sesiones*, no individualizó ni

¹³⁸ CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 111), p. 767.

¹³⁹ *Ibíd.*, pp. 770 s.; SENADO DE CHILE, cit. (n. 115), pp. 1294 s.

¹⁴⁰ En esta oportunidad, el diputado Sr. Moreno aludió impropia mente a las aguas que acceden al predio, Cfr. CÁMARA DE SENADORES, cit. (n. 113), pp. 1323 ss.

¹⁴¹ SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 3.ª ordinaria, miércoles 30 de Mayo de 1945, pp. 249 ss.; SENADO DE CHILE, cit. (n. 115), p. 1352.

¹⁴² CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 23.ª extraordinaria, miércoles 22 de enero de 1947, p. 1048.

transcribió los artículos que habían sido objeto de correcciones formales, entre aquellos que habían sido modificados por la Comisión citada.

En el caso del art. 279 (antiguo art. 280 del proyecto), referente a la hipoteca, el cambio fue pequeño y consistió en intercalar una coma entre la palabra “especificación” y la preposición “a”. En cambio, en el caso del art. 280 (antiguo art. 281 del proyecto), referente a la prenda, el cambio introducido por la Cámara de Diputados fue importante y consistió en la sustitución completa de su parte final, para significar que eran los propietarios de los derechos de aprovechamiento de aguas –y no las juntas de vigilancia o las asociaciones de canalistas, como lo señaló el articulado del proyecto de ley original–, quienes podían constituir garantías sobre tales derechos independientemente del inmueble de cuya dotación formaban parte, con el objeto de caucionar obligaciones estipuladas por unas u otras.

De esta manera, mientras la redacción del art. 281 del proyecto original sugería la idea de la celebración de un contrato de prenda sobre una cosa ajena, por parte del directorio de una asociación de canalistas o de una junta de vigilancia (lo que se apartaba de lo expresado en el “Mensaje” por el ejecutivo), el texto del artículo despachado por la Cámara de Diputados –aprobado posteriormente por el Senado– aclaró que la hipótesis legislativa consistía en la celebración de un contrato de prenda, por parte del propietario de derechos de aprovechamiento, para garantizar obligaciones estipuladas por terceros, como eran, las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia. Así, el art. 280 rezó: “*Las aguas no podrán darse en garantía de obligaciones independientemente del inmueble, salvo que se constituya para caucionar obligaciones estipuladas por la correspondiente Asociación o Junta de Vigilancia*”¹⁴³.

Los artículos en comento mantuvieron la redacción con que fueron aprobados por ambas Cámaras y así figuraron en el texto del CACH. aprobado por la L. N° 8.944, de 1948, en el cual pasaron a ser los arts. 158 inc. 1°, 277 y 278, respectivamente.

d) La reforma de la L. N° 9.896, de 1951, no afectó la prenda de derechos de aprovechamiento de aguas y el artículo respectivo no fue modificado, aunque nuevamente cambió su numeración. Lo mismo aconteció con la referencia hecha a la prenda e hipoteca por el art. 158 inc. 1° CACH. En cambio, la reforma legal modificó las normas sobre la hipoteca de derechos de aprovechamiento, para distinguir la situación de los derechos de aguas inscritos y no inscritos, la que había sido omitida por el art. 277 CACH.

El “Mensaje” con que se acompañó el proyecto de ley respectivo al Congreso Nacional expresó que en él se proponían también “*algunas modificaciones en otros artículos relacionados con los Registros de Aguas y la inscripción, con el objeto de perfeccionar el sistema y dejar bien establecido el respeto de los derechos constituidos con anterioridad*”¹⁴⁴.

¹⁴³ SENADO DE CHILE, cit. (n. 115), p. 1342.

¹⁴⁴ SENADO DE CHILE, cit. (n. 120), p. 1032.

Consecuentemente, el proyecto contempló en su art. 2° el reemplazo del art. 277 CACH. por el siguiente precepto: “*Hay hipoteca de derechos de aprovechamiento de aguas cuando se hipoteca el predio con el agua que le pertenece./ La hipoteca de los derechos inscritos en conformidad a la ley deberá inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Si en la escritura de hipoteca de un predio no se especifican sus derechos de agua, se entenderán hipotecados los derechos de aprovechamiento que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado./ La hipoteca de los derechos a que se refiere el artículo (276-e) se regirá por lo dispuesto en el artículo 2.420 del Código Civil*”. A su turno, el art. 276-e citado aludía a los derechos de aprovechamiento no inscritos y preceptuaba: “*Los derechos de aprovechamiento de aguas que no estén sujetos al régimen de la propiedad inscrita, se transferirán y se transmitirán conjuntamente con el predio de que forman parte salvo estipulación en contrario*”¹⁴⁵.

e) Estas propuestas legislativas fueron aprobadas con pequeñas modificaciones por ambas Cámaras y pasaron a formar parte del texto del art. 3° L. N° 9.896, que contenía las modificaciones al CACH. En este cuerpo legal el nuevo art. 276-e CACH. pasó a rezar: “*Los derechos de aprovechamiento de aguas que no estén sujetos al régimen de la propiedad inscrita, se transferirán y se transmitirán conjuntamente con el predio de que forman parte, y la tradición de esos mismos derechos cuando se haga separadamente del predio se efectuará por escritura pública*”. Por su parte, el nuevo art. 277 CACH. mantuvo casi idéntica redacción que la contemplada en el proyecto del ejecutivo, al preceptuar: “*Hay hipoteca de derechos de aprovechamiento de aguas cuando se hipoteca el predio con el agua que le pertenece./ La hipoteca de los derechos inscritos en conformidad a la ley deberá inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Si en la escritura de hipoteca de un predio no se especifican sus derechos de agua, se entenderán hipotecados los que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado./ La hipoteca de los derechos a que se refiere el artículo (276.-e) se regirá por lo dispuesto en el artículo 2.420° del Código Civil*”.

f) En el texto coordinado y sistematizado del código del ramo, dictado por el Presidente de la República en cumplimiento del art. 4° L. N° 9.896, el art. 108 inc. 1° CACH. 1951 dispuso: “*Los derechos de aprovechamiento de aguas quedan gravados de pleno derecho, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijen las Juntas*”. En lo referente a la hipoteca de derechos de aprovechamiento de aguas, el art. 246 CACH. 1951 prescribió: “*Hay hipoteca de derechos de aprovechamiento de aguas cuando se hipoteca el predio con el agua que le pertenece./ La hipoteca de los derechos inscritos en conformidad a la ley deberá inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Si en la escritura de hipoteca de un predio no se especifican sus derechos de agua, se entenderán hipotecados los que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado./ La hipoteca de los derechos a que se refiere el artículo 245° se regirá por lo dispuesto en el artículo*

¹⁴⁵ Para el texto de los arts. 276-e y 277 contemplados en el proyecto, véase *ibid.*, p. 1046.

2.420° del Código Civil¹⁴⁶. El art. 245 CACH. 1951, aludido por el anterior, prescribía: “*Los derechos de aprovechamiento de aguas que no estén sujetos al régimen de la propiedad inscrita se transferirán y se transmitirán conjuntamente con el predio de que forman parte, y la tradición de esos mismos derechos cuando se haga separadamente del predio se efectuará por escritura pública*”. Finalmente, el art. 247 CACH. 1951, aplicable a la prenda de derechos de aprovechamiento de aguas, continuó preceptuando: “*Las aguas no podrán darse en garantía de obligaciones independientemente del inmueble, salvo que se constituya para caucionar obligaciones estipuladas por la correspondiente Asociación o Junta de Vigilancia*”.

g) En general, el contrato de prenda especial sobre derechos de aguas mantuvo la fisonomía jurídica del período anterior, pudiendo advertirse dos controversias doctrinales respecto del citado contrato. Una de ellas fue su supervivencia como contrato en la nueva codificación de aguas. La otra dijo relación con la determinación del deudor prendario.

Respecto de la primera, don Edgardo Gundían Podena sostuvo que el art. 247 CACH. 1951 contemplaba sólo una forma de garantía sui generis y no una prenda, debido a que la obligación principal debía ser estipulada por la Junta de Vigilancia o Asociación de Canalistas. Sin embargo, su existencia fue expresamente reconocida por don Guillermo Zapata Riveros, en su memoria de prueba intitulada “*De la Prenda y de la Hipoteca de los Derechos de Aguas*”, publicada en 1956, quien señaló las características particulares de este contrato¹⁴⁷. Por nuestra parte, estimamos que si bien el art. 247 CACH. 1951 no mencionaba expresamente la prenda y sólo se refería a garantías, no existe duda que dicha disposición fue concebida teniendo en mente especialmente a la prenda, como se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto, manifestada en el “Mensaje” con que se acompañó el proyecto de ley y en la discusión parlamentaria de este último, transcritos precedentemente. Lo anterior nos permite afirmar la supervivencia y procedencia de la celebración de la prenda de derechos de aprovechamiento de aguas en este período.

Respecto de la determinación del deudor prendario o de la persona que celebraba y gravaba con prenda el derecho de aprovechamiento, don Guillermo Zapata Riveros se inclinó por sostener que éste era la Asociación de Canalistas o la Junta de Vigilancia, basándose para ello en el tenor literal del art. 247 i. f.

¹⁴⁶ El texto del art. 246 inc. 1° CACH. 1951 aludió en plural a hipotecas, según consta en su versión publicada en la *Recopilación de Leyes*, lo que atribuimos a un error de transcripción del precepto. El origen de este error es peculiar. Todo indica que hubo un error de transcripción en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, durante el primer trámite constitucional del proyecto que dio origen a la L. N° 9.896, el cual se repitió a lo largo de toda la discusión legislativa de aquél. El texto del art. 277 inc. 1° CACH., contenido en la L. N° 9.896, se refirió en singular a la hipoteca, según consta en la *Recopilación de Leyes*. Pero el texto concordado y sistematizado del CACH. 1951, contenido en la L. N° 9.909, aludió en plural a las hipotecas. Posteriormente, la versión oficial y auténtica del CACH. 1951, publicada por la Editorial Jurídica de Chile, empleó correctamente la locución singular hipoteca, que es la que hemos transcrito supra.

¹⁴⁷ ZAPATA R., Guillermo, cit. (n. 8), pp. 31 ss.; GUNDIÁN P., Edgardo, cit. (n. 83), pp. 491 s.

CACH. 1951, que señalaba que la obligación caucionada debía ser estipulada por una u otra; en el mismo sentido concurrió don Edgardo Gundian Podena, respecto de la denominada garantía *sui generis*¹⁴⁸. Esta tesis encuentra un par de objeciones, a saber: i) Ni la Asociación de Canalistas ni la Junta de Vigilancia eran dueñas de los derechos de aprovechamiento, éstos pertenecían a las personas naturales o jurídicas que las constituían, exceptuadas las Asociaciones de Canalistas integrantes de una Junta de Vigilancia; por lo anterior, descontado el otorgamiento de un mandato a una u otra por los dueños de los derechos de aprovechamiento, mal podían ellas gravar con prenda los derechos de aprovechamiento de propiedad de terceros, salvo que se tratase de una hipótesis de prenda de cosa ajena, la que no empece al dueño del bien prendado, salvo que opere la prescripción y es de baja eficacia en el tráfico jurídico. Esta hipótesis de prenda de cosa ajena no parece encontrar respaldo en el “Mensaje” ni en el texto aprobado por la Cámara de Diputados, la que corrigió el art. 281 del proyecto de ley, erróneamente redactado, que podía dar pie para tal interpretación; y ii) La historia fidedigna del establecimiento del precepto da a entender que la prenda debía ser estipulada a favor de la Asociación de Canalistas o la Junta de Vigilancia, pero no por estas últimas, como por lo demás lo evidenciaba el tenor literal del art. 247 i. f. CACH. 1951, que rezaba: “[...] *salvo que se constituya para caucionar obligaciones estipuladas por la correspondiente Asociación o Junta de Vigilancia*”. De acuerdo a este último, la obligación principal, caucionada mediante la prenda, debía ser estipulada por la Asociación de Canalistas o la Junta de Vigilancia, pues el precepto aludía a obligaciones estipuladas por la correspondiente organización de usuarios y no a que esta última constituyera la prenda.

Por lo expuesto, nos inclinamos por sostener que la figura prevista en el art. 247 CACH. 1951 constituía una hipótesis de dirigismo contractual consistente en una prenda a favor de terceros, prevista en el art. 2388 CCCh., para lo cual nos basamos en los elementos histórico y lógico de interpretación judicial de la ley previstos en los arts. 19 inc. 2° y 22 inc. 1° CCCh., expresados a través de la historia fidedigna del establecimiento del precepto y las disposiciones legales relativas al dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas.

h) En cuanto al tipo de obligaciones principales caucionadas mediante la prenda, ellas podían ser de cualquier clase, al igual que en el período anterior, pero debían haber sido pactadas por la Asociación de Canalistas o la Junta de Vigilancia, lo que limitó estrictamente su procedencia¹⁴⁹. Esto significaba no sólo que no existía identidad entre el deudor principal y el deudor prendario, sino también que las obligaciones principales caucionadas debían decir relación con los fines y objetivos de una u otra organización.

En razón de lo anterior, creemos que la caución debía ser expresamente acordada por los dueños de los derechos de aprovechamiento en una Junta General, ordinaria o extraordinaria, de la Asociación de Canalistas o en una Asamblea de

¹⁴⁸ ZAPATA R., Guillermo, cit. (n. 8), p. 40; GUNDIAN P., Edgardo, cit. (n. 83).

¹⁴⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil Chileno* (Santiago, 1955), p. 484.

la Junta de Vigilancia correspondiente.

i) En cuanto a su naturaleza jurídica, el contrato de prenda de derechos de aprovechamiento continuó siendo un contrato solemne por disposición del art. 237 CACH. 1951, consistiendo la solemnidad en su otorgamiento por medio de escritura pública. La misma solemnidad se aplicaba a la transferencia por acto entre vivos del crédito prendario, de acuerdo a la parte final del mismo precepto.

Por tratarse de una prenda especial sin desplazamiento, el bien prendado quedaba en poder del deudor prendario, careciendo nuevamente el acreedor prendario de los derechos de retención y del derecho a ser indemnizado por los gastos de conservación de aquél y los perjuicios que la tenencia del mismo le hubiere ocasionado, por la razón señalada antes.

La preferencia de que gozaba el crédito del acreedor prendario no experimentó cambios, el que siguió siendo un privilegio de segunda clase de acuerdo art. 2474 N° 3 CCCh.

j) La tradición del derecho real de prenda por el deudor prendario al acreedor prendario, tenía lugar mediante la inscripción del título respectivo en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. Así se desprende de los arts. 236 inc. 1°, 238 inc. 2° y 240 inc. 2° CACH. 1951, en relación con el art. 239 N° 7° CACH. 1951 interpretado (debido a su defectuosa redacción) a la luz de lo preceptuado en el art. 1° inc. 1° N°s 3 y 4 Dcto. N° 1.666, de Interior, de 1910, vigente en virtud del art. 302 inc. 1° CACH. 1951. De los primeros se deduce que la tradición de los derechos reales sobre derechos de aprovechamiento de aguas debía efectuarse mediante la inscripción del título en el Registro de Aguas señalado, mientras que del segundo, interpretado en la forma señalada, se deduce la exigencia de la inscripción del título en el citado registro para efectos de la constitución y la tradición de los derechos reales, inclusive la prenda, sobre derechos de aguas¹⁵⁰.

V. PERÍODO 1967-1980: SEGUNDO CÓDIGO DE AGUAS, DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS DE USO SOBRE LAS AGUAS, RECONFIGURACIÓN PATRIMONIAL DEL DERECHO DE AGUAS Y SUPRESIÓN DE LA PRENDA DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

1. *Los derechos reales administrativos de uso sobre las aguas y la reconfiguración patrimonial del derecho de aguas*

a) En el DO. de 20 de enero de 1967 se publicó la LRC. N° 16.615, la que modificó la C. Pol. 1925, substituyendo su art. 10 N° 10, relativo al derecho de propiedad, por un precepto que plasmaba las nuevas concepciones del derecho de propiedad derivadas de su carácter y función social.

Dicha reforma constitucional permitió al legislador reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país, cuando el interés de la comunidad nacional así lo exigiere. Asimismo, en materia de aguas,

¹⁵⁰ En el mismo sentido, aunque sin indicar los fundamentos jurídicos, Cfr. ZAPATA, R., Guillermo, cit. (n. 8), p. 42.

la reforma constitucional autorizó al legislador para disponer la publicación de todas las aguas existentes en el territorio nacional, inclusive las escasas aguas privadas supervivientes desde la emisión del CCCh. y al respecto señaló: “*La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción*”¹⁵¹.

b) Unos años antes el Presidente de la República había remitido al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre reforma agraria, el que modificaba extensamente el CACH. 1951, entre otros cuerpos legales, para hacer posible dicho proceso.

El “Mensaje” respectivo hizo presente la necesidad de reorganizar el manejo de las aguas con el objeto de dotar de eficacia a la redistribución de las tierras involucrada en la reforma agraria. El proyecto fue complementado por el Oficio N° 2522, de 22 de diciembre de 1965, firmado por el Ministro de Agricultura Sr. Trivelli, mediante el cual se condicionó la aplicación de algunas de sus disposiciones a la aprobación previa de la reforma constitucional indicada antes.

El “Mensaje” señaló además que existía una contradicción absoluta en el régimen jurídico de las aguas, ya que la mayor parte de ellas eran consideradas bienes nacionales de uso público de acuerdo al CCCh. y al CACH. 1951, con las características propias de estos bienes, pero el CACH. 1951 concedía a los particulares un derecho de aprovechamiento, revestido de todos los atributos del derecho de dominio, el que permitía usar, gozar y disponer de aquéllas.

Para solucionar esta situación el ejecutivo propuso la aplicación a las aguas de un régimen jurídico reforzado de dominio público, con el objeto de obtener una mejor fiscalización de su uso por la autoridad pública. Lo anterior debía conducir a una pretendida modificación legal de la naturaleza jurídica del derecho de los particulares sobre las aguas, el que pasaría a ser una concesión administrativa para el uso de las aguas, y a la expropiación de las escasas aguas de dominio privado a la sazón existentes, las que pasarían al dominio público.

El “Mensaje” explicó el alcance de la primera de las medidas propuestas así: “*Se cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento. En efecto se instituye un derecho de uso sobre las aguas que, por una parte esté de acuerdo con su calidad de bienes nacionales de uso público, integrantes del dominio público y que, por otro lado, constituya suficiente garantía para los particulares, en forma que éstos puedan realizar una actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial./ Esta nueva naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento consiste en darle a esto el carácter de un derecho real administrativo como la entiende la moderna doctrina jurídica, esto es, el Estado concede el uso del bien nacional de*

¹⁵¹ VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República*² (Santiago, 1986), p. 245.

*uso público con sujeción a normas de Derecho Público, lo que no excluye la facultad de su titular de hacer valer y proteger su derecho de aprovechamiento frente a terceros en conformidad a las reglas de las concesiones administrativas. Sometido el derecho de aprovechamiento a las reglas de esas concesiones, sólo se concede por el Estado el uso de las aguas, pero nunca el dominio sobre ellas*¹⁵². En cuanto al alcance de la segunda de las medidas propuestas, el “Mensaje” señaló: “Además el proyecto de ley con el fin de dar a todas las aguas, como es indispensable un mismo tratamiento jurídico, declara expropiadas las escasísimas aguas que de acuerdo con la legislación vigente son de dominio privado. Sin embargo, los actuales usuarios, sin excepción, seguirán usando automáticamente las mismas aguas en calidad de titulares del nuevo derecho de aprovechamiento, sin necesidad de obtener una resolución expresa que así lo disponga”¹⁵³.

En consecuencia, el proyecto de ley sobre reforma agraria propuso un conjunto de reformas al CACH. 1951, comprendidas en su Título V intitulado “*Del Régimen de Aguas*”, para incorporar al derecho de aguas vigente nuevas instituciones jurídicas, lo que se traducía en la derogación, modificación o supresión de diversos preceptos legales del CACH. 1951.

En cuanto al dominio de las aguas y los derechos de aprovechamiento, el art. 86 del proyecto prescribió: “*Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público./ El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad administrativa./ No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas*”. El art. 87 incs. 1° y 2° se refirió a la situación de las aguas privadas y señaló: “*Para el sólo efecto de incorporarlas al dominio público, decláranse de utilidad pública y expropiarse todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la presente ley, sean de dominio particular./ Los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformidad con las disposiciones de esta ley y las del Código de Aguas, sin necesidad de obtener una merced*”. El art. 96 inc. 1°, corolario de los dos anteriores, preceptuó: “*No podrá cederse el derecho de aprovechamiento*”. El art. 114 1) propuso derogar, entre otros, el art. 25 CACH. 1951, el que prescribía: “*La adquisición y disposición entre particulares del derecho de aprovechamiento se registrarán por el Código Civil, salvo en cuanto esté modificado por el presente Código*”. El art. 114 2) reemplazaba el art. 9° CACH. 1951, transcrito antes, por el siguiente: “*Las aguas son bienes nacionales [sic] de uso público. Sobre ellas se concede a los particulares sólo el derecho de aprovechamiento*”. Finalmente, el art. 114 3) reemplazaba el art. 12 CACH. 1951, también transcrito ya, por el siguiente: “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código*”¹⁵⁴.

¹⁵² CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 23.ª extraordinaria, miércoles 24 de noviembre de 1965, p. 2170.

¹⁵³ *Ibíd.*, pp. 2170 s.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 2199 ss. El proyecto contemplaba la supresión de las normas que establecían específicamente los “*litros por segundo*”, como la unidad métrica y de tiempo empleada para la medida del derecho de aprovechamiento, con el objetivo de obtener “*una efectiva fiscalización sobre la conservación y máxima utilización de las aguas en beneficio de la comu-*

Consecuentemente, el art. 114 1) del proyecto propuso la abrogación del régimen de inscripciones conservatorias aplicables a la adquisición, transmisión y transferencia de los derechos de aguas y los derechos reales constituidos sobre ellos. Para estos efectos, el artículo citado contempló la derogación de los arts. 235 a 245 CACH. 1951, ubicados en su título IX rubricado: *Del Registro de Aguas y de la Inscripción*. En su reemplazo, el art. 110 inc. 1° del proyecto dispuso creación de un Registro Público de Aguas, a cargo de la Dirección de Aguas, en los siguientes términos: “*La Dirección de Aguas deberá llevar un Registro Público de Aguas en el que figuren todos los actos, informaciones y datos que tengan relación con ellas, y en el que se inscribirán las resoluciones que afecten a particulares. Autorízase al Presidente de la República para dictar las normas complementarias sobre esta materia*”¹⁵⁵.

c) El primer informe de la Comisión de Agricultura y Colonización de la Cámara de Diputados recomendó la aprobación y modificaciones al proyecto de ley e hizo presente que el propósito del legislador era transformar el régimen jurídico de las aguas para adecuarlo al proceso en ciernes. El informe indicó: “*El propósito de la legislación en informe, es modificar el régimen jurídico de las aguas, estableciendo exclusivamente su calidad de bien nacional de uso público y otorgándose un derecho de aprovechamiento sobre este recurso natural./ Todo proceso de reforma agraria importa una redistribución de la tierra y la tierra requiere del agua como elemento esencial para cumplir su función. Sin este requisito no podría prosperar ninguna reforma, por cuanto no es posible separar el agua de la tierra ni a la tierra del agua*”¹⁵⁶.

Respecto del dominio público de las aguas y los problemas que planteaba la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, el informe reiteró las palabras del “Mensaje”, ya transcritas. Así, sobre las medidas propuestas por el ejecutivo, el informe apuntó: “*La Comisión tuvo presente durante la discusión de esta materia la conveniencia de reglamentar el régimen de aguas existentes [sic] y comparte, al efecto, los conceptos del Ejecutivo en cuanto a declarar como bienes nacionales de uso público todas las aguas del territorio nacional, sin exclusión de ninguna especie. /El uso de las aguas en beneficio nacional particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento, con excepción de aquellas de origen pluvial que caen y se recogen en un predio de propiedad particular y corresponden, en tal caso, a los propietarios del predio, mientras corran dentro de éste y no caigan a cauces naturales de uso público./ La naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento es substituida en las disposiciones de esta iniciativa de ley, por otra que le da el carácter de un derecho real administrativo, en que el Estado concede el uso de un bien nacional de uso público con sujeción a normas de Derecho Público, lo que no excluye la*

nidad”. *Ibíd.*, pp. 2170 ss. El Congreso Nacional aprobó la propuesta del ejecutivo y en adelante la resolución de concesión provisional de una merced de aguas contemplará, entre sus elementos, “*la cantidad de agua que se concede*”, la que será “*expresada en medidas métricas y de tiempo*”, según los arts. 257 N° 3° y 44 CACH. 1967-1969.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 2204 s.

¹⁵⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 90.^a extraordinaria, jueves 19 de mayo de 1966, p. 8521.

facultad del titular de seguir haciendo uso de él, sometido a las reglas de las concesiones administrativas. El Estado sólo puede conceder el uso de las aguas, pero jamás el dominio de ellas./ Como consecuencia de esta enmienda y para el sólo efecto de incorporar las aguas al dominio público, se declaran éstas de utilidad pública y se expropián todas las aguas que, a la fecha de vigencia de la presente ley, sean de dominio particular. Los dueños de las aguas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento sin necesidad de obtener para ello una nueva merced [...]”¹⁵⁷. Lo anterior movió a la Comisión acordar la modificación del art. 86 inc. 2º i. f., para contemplar el caso de las aguas pluviales, lo que le llevó a agregar a éste “[...] salvo el caso de lo dispuesto en el artículo 15 del Código de Aguas”¹⁵⁸.

La Comisión también comentó la creación del Registro Público de Aguas, a cargo de la Dirección de Aguas, el que pasaba reemplazar el Registro de Aguas, con las siguientes palabras: “*Se establece también que la Dirección de Aguas deberá llevar un Registro Público de Aguas en el cual figurarán todos los actos, informaciones y datos que tengan relación con esta materia, y en el que se inscribirán además las resoluciones que afecten a los particulares./ En la actualidad, de acuerdo con las disposiciones del artículo 236 del Código de Aguas, corresponde a los Conservadores de Bienes Raíces llevar un Registro de Aguas, en el cual se inscriben los títulos respectivos. Esta disposición se deroga más adelante, por cuanto ha sido substituida en la forma expresada anteriormente”¹⁵⁹.*

En la discusión general del proyecto, el diputado informante nombrado por esta comisión, el Sr. Silva, reiteró las palabras del “Mensaje” referentes a la incorporación al dominio público de todas las aguas y la transformación de los derechos de los particulares sobre aquéllas, agregando: “[...] *En el nuevo sistema, el agua queda unida a la tierra como un solo todo, y no hay una propiedad o dominio aparte sobre las aguas, ni un comercio, ni un acaparamiento de ellas [...]./ Un régimen como el descrito en el proyecto permite al Estado la máxima utilización de las aguas en beneficio de la comunidad y una efectiva planificación de la política de riego, destinada, desde luego, a aprovechar plenamente los excedentes a través de embalses y otros medios. El particular, por su parte, conserva su derecho al uso legítimo del agua, pero sin que la propiedad de ella siga creando toda una serie de trabas y obstáculos al mejor y más racional empleo de este recurso limitado y tan vital*”¹⁶⁰.

El primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados también recomendó la aprobación y enmienda del proyecto. En lo concerniente al régimen de aguas propuesto, el informe señaló: “*En el Título V, sobre el régimen de aguas, el artículo 86, que establece que las aguas son bienes nacionales de uso público, agrega que su uso en beneficio particular sólo podrá hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo el caso de las aguas lluvias que caen y se conservan dentro de un predio, contemplado en el*

¹⁵⁷ Ibid., p. 8522.

¹⁵⁸ Ibid., p. 8582.

¹⁵⁹ Ibid., p. 8526.

¹⁶⁰ Ibid., pp. 8672 s.

*artículo 15 del Código de Aguas. Se consideró conveniente hacer una referencia general a “los casos expresamente contemplados en el Código de Aguas” y no sólo al artículo 15, pues existen otros casos similares dentro de la misma situación*¹⁶¹. En lo tocante a los arts. 86 y 87, esta Comisión propuso cambiar la referencia a “esta ley”, empleada por el proyecto, por “este Título”, empleado en este informe, debido a que *“se refieren únicamente a materias del régimen jurídico de las aguas”*¹⁶².

En atención a que el art. 86 inc. 2° i. f. del proyecto, transcrito con anterioridad, no hacía alusión al art. 15 CACH. 1951 y a que se dio cuenta de los informes de ambas comisiones parlamentarias en la misma sesión, podemos deducir que la Comisión de Hacienda tuvo a la vista en esta materia lo obrado por la Comisión de Agricultura y Colonización, cuyo informe –concluido aproximadamente veinte días antes– propuso modificar el art. 86 inc. 2° i. f., para que aludiera al art. 15 CACH. 1951.

En cuanto a las derogaciones y modificaciones propuestas por el art. 114 del proyecto, la Comisión de Hacienda observó que ellas eran consecuencia de las disposiciones generales de aquél “[...] y, principalmente, de los fundamentales cambios introducidos en el régimen de dominio, uso y aprovechamiento de las aguas, a los cuales se ha hecho ya referencia y que se encuentran extensamente analizados en el informe de la Comisión técnica”¹⁶³.

En la discusión general del proyecto, el diputado informante designado por esta comisión, el Sr. Maira, hizo constar que el cambio del régimen jurídico de las aguas planteaba la idea de la función social del derecho de aprovechamiento, al ser éste substituido por un derecho real administrativo de uso sobre las aguas. La idea precedente tenía sólo un sentido meramente figurativo, no jurídico, desde el momento que no se incorporaba una carga al derecho de aprovechamiento de aguas, sino que éste era fuertemente cercenado. Así se desprende de parte de la intervención del diputado citado, quien afirmó: *“La idea de un derecho real administrativo para definir la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento significa la incorporación en nuestra legislación de las más modernas tendencias relativas a los derechos administrativos y reales. Esta nueva idea le quita al concepto civilista de derecho real, entendido de la manera romanista, como hasta ahora lo había sido en virtud de las disposiciones del Código Civil y del de Aguas, su carácter absoluto al establecer que este derecho real de aprovechamiento, si bien será reconocido y amparado respecto de terceros [...] es un derecho personal pues el Estado chileno sólo concede el uso de las aguas, pero no el dominio de ellas”*¹⁶⁴.

El proyecto de ley fue aprobado en general por la Cámara Baja, sin que se formularan indicaciones respecto de los arts. 96 inc. 1°; 110 inc. 1°; 114 1) en lo relativo al art. 25 CACH. 1951; 114 2) y 114 3). Por el contrario, los arts. 86 inc. 2° y 87 inc. 2° fueron objeto de modificaciones menores, las que obedecieron a las recomendaciones efectuadas por las comisiones informantes, transcritas supra.

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 8623 y 8634

¹⁶² *Ibid.*, p. 8623.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 8624.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 8709.

Como consecuencia de modificaciones acordadas a otras partes del proyecto, las disposiciones señaladas pasaron a ser los arts. 89; 90; 99 inc. 1°; 113 inc. 1°; 117 1.-; 117 2.- y 117 3.-, respectivamente, en el segundo informe de la Comisión de Agricultura y Colonización, siendo de esta manera aprobadas en particular por la Cámara de Diputados¹⁶⁵.

El primer informe de las Comisiones Unidas de Hacienda y de Agricultura y Colonización del Senado propuso la aprobación en general de las normas relativas al régimen de aguas del proyecto y se limitó a transcribir las palabras del "Mensaje". No obstante, el informe dejó constancia de la premura con que se realizó este estudio preliminar del proyecto por parte de las Comisiones señaladas, por lo que hizo presente: "*Las Comisiones Unidas, después de oír una exposición del señor Francisco Cumplido, similar a los conceptos que hemos transcrito, acogió una indicación de su Presidente, don Salomón Corbalán, para aprobar, sin discusión y en forma global, todas las modificaciones que se introducen en este Título V al Código de Aguas, en atención al escaso tiempo de que se dispuso para la discusión del articulado del proyecto./ Sólo se aceptó una enmienda que sustituye el nombre de la Dirección de Aguas por Dirección General de Aguas, todas las veces que figura en los artículos 89 a 123, que conforman este Título V*"¹⁶⁶.

Las Comisiones Unidas sólo recomendaron aprobar modificaciones y adecuaciones formales –no de fondo– a los preceptos analizados. Los arts. arts. 89; 90; 99 inc. 1°; 113 inc. 1°; 117 1.- (que derogaba el art. 25 CACH. 1951, entre otros); 117 2.- y 117 3.-, aprobados por la Cámara Baja, pasaron a ser los arts. 91; 92; 101 inc. 1°; 115 inc. 1°; 119 1.-; 119 2.- y 119 3.-, en dicho primer informe. El Senado aprobó en general el proyecto de ley, al momento de conocer de él en Sala¹⁶⁷.

El segundo informe de las Comisiones Unidas de Hacienda y de Agricultura y Colonización del Senado dio cuenta de nuevos cambios de numeración de las disposiciones analizadas, originados en otras modificaciones introducidas al proyecto. En este informe los arts. 91; 92; 101 inc. 1°; 115 inc. 1°; 119 1.-; 119 2.- y 119 3.-, pasaron a ser los arts. 92; 93; 102 inc. 1°; 116 inc. 1°; 120 1.-; 120 2.- y 120 3.-, respectivamente. En la discusión y votación en particular del proyecto, el Senado aprobó un nuevo cambio de numeración de las disposiciones referidas, las que despachó como los arts. 94; 95; 104 inc. 1°; 118 inc. 1°; 122 1.-; 122 2.- y 122 3.-, lo que fue aprobado en cuarto trámite constitucional por la

¹⁶⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 156), p. 8916; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 13.^a ordinaria, martes 5 de julio de 1966, pp. 1570 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 16.^a ordinaria, miércoles 6 de julio de 1966, pp. 2035 s.; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 33.^a ordinaria, martes 26 de julio de 1966, pp. 2212 ss.

¹⁶⁶ SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 1.^a extraordinaria, lunes 3 de octubre de 1966, p. 199.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 238 ss.; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 10.^a extraordinaria, martes 18 de octubre de 1966, pp. 731 ss.; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 11.^a extraordinaria, miércoles 19 de octubre de 1966, p. 909; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 12.^a extraordinaria, jueves 20 de octubre de 1966, p. 973; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 13.^a extraordinaria, viernes 21 de octubre de 1966, p. 1105.

Cámara de Diputados (pese a un cambio transitorio de numeración del art. 122, que fue aprobado como art. 121 por el Congreso Nacional, a consecuencia de otras enmiendas al proyecto) y más adelante por el ejecutivo, figurando los preceptos con esta numeración en la L. N° 16.640, sobre reforma agraria¹⁶⁸.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130 L. N° 16.640, el Presidente de la República dictó el DS. N° 162, del Ministerio de Justicia, publicado en el DO. de 12 de marzo de 1969, el que fijó el texto sistematizado y coordinado del CACH., dando lugar al segundo código del ramo, el que ha sido conocido como el CACH. 1967-1969. En este cuerpo legal las disposiciones de los arts. 94; 95; 104 inc. 1°; 118 inc. 1° y 122 3.- L. N° 16.640, pasaron a ser los arts. 9°; 10°; 12 inc. 1°; 238 inc. 1° y 11 CACH. 1967-1969, respectivamente; por su parte, la disposición del art. 122 2.- no fue consultada en este último cuerpo legal por ser reiterativa de lo prescrito en el art. 9° CACH. 1967-1969¹⁶⁹.

d) De acuerdo a lo antecedentes analizados, en el período en estudio el derecho de aguas experimentó un cambio –a ratos aparente– de algunas de sus instituciones jurídicas.

El dominio público de las aguas no experimentó cambio significativo, excepto que se amplió a las escasas aguas privadas que provenían del tiempo de la emisión del CCCh.

El derecho de aprovechamiento pasó a ser un derecho real excluido del comercio jurídico. Este se obtenía en virtud de una concesión administrativa del Estado, lo que no marcaba una diferencia respecto del período anterior. Con todo, sus facultades fueron reducidas drásticamente, para limitarlas al uso de las aguas, pese a la confusión que es dable advertir en los documentos de la época entre el derecho de aprovechamiento y su objeto material, el agua.

e) El AC. N° 3, de 1976, intitulada *De los derechos y deberes constitucionales*, dictada por la H. Junta de Gobierno en el ejercicio de la potestad constituyente, contempló la emisión de un estatuto especial para regular todo lo concerniente al dominio de las aguas, según su art. 1° N° 16 inc. fine.

Casi tres años más tarde, la H. Junta de Gobierno dictó el DL. N° 2.603, publicado en el DO. de 23 de abril de 1979, el que modificó el AC. N° 3 y estableció normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas.

Respecto de lo primero, su art. 1° suprimió la referencia al estatuto especial sobre dominio de las aguas, referido anteriormente y agregó un inciso penúltimo nuevo al art. 1° N° 16 del siguiente tenor: “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la Ley [sic], otorgarán a*

¹⁶⁸ SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 52.^a extraordinaria, martes 10 de enero de 1967, pp. 3365 ss.; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 69.^a extraordinaria, miércoles 18 de enero de 1967, pp. 3758 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 43.^a extraordinaria, martes 31 de enero de 1967, pp. 4100 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 45.^a extraordinaria, martes 7 de febrero de 1967, p. 4411; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 80.^a extraordinaria, miércoles 15 de febrero de 1967, pp. 4051 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 3.^a extraordinaria, martes 11 de abril de 1967, pp. 166 s. y 198.

¹⁶⁹ El art. 122 1.- derogó, entre otras disposiciones legales, el art. 25 CACH. 1951. En consecuencia, el CACH. 1967-1969 no contempló una norma del tenor de este último.

sus titulares la propiedad sobre ellos". Respecto de lo segundo, su art. 2° facultó al Presidente de la República para que en el plazo de un año dictara las normas necesarias para establecer un Régimen General de las Aguas, que modificara o reemplazara, total o parcialmente, el CACH. 1967-1969, el que se mantuvo vigente en el ínterin en lo que no fuere contrario a las normas constitucionales vigentes, según su art. 4° transitorio; su art. 6° otorgó la titularidad de los derechos de aprovechamiento a quienes realizaran obras, en conformidad a ley, para incorporar nuevas aguas; su art. 7° estableció una presunción simplemente legal de titularidad del derecho de aprovechamiento, según la cual "[s]e *presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos./ En caso de no ser aplicable la norma precedente se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua*"; su art. 8° dispuso que en todo acto y contrato que importare la enajenación de un predio agrícola, o de un establecimiento industrial, minero u otro de aquellos que para su funcionamiento o explotación requiriese utilizar derechos de aprovechamiento de aguas, debía hacerse mención expresa de la circunstancia de incluir o no derechos de aprovechamiento, so pena de nulidad absoluta del acto o contrato respectivo; finalmente, su art. 1° inc. 2° transitorio prescribió el carácter solemne de cualquier acto que implicara enajenación de derechos de aprovechamiento, para lo cual dispuso: "*Hasta la fecha en que entre en vigencia el Régimen General de Aguas, cualquier acto que implique enajenación del derecho de aprovechamiento de agua deberá ser otorgado por escritura pública y anotado en el Registro de Aguas que corresponda*".

Algunos meses más tarde el Presidente de la República dictó el DFL. N° 1-2.603, de Agricultura, publicado en el DO. de 23 de agosto de 1979 e intitulado "*Dicta normas sobre enajenación y regularización de los derechos de aprovechamiento*". Este cuerpo legal fue dictado, entre otros, en virtud de lo prescrito en el art. 2° DL. N° 2.603 y uno de sus fundamentos fue la necesidad de dictar normas objetivas para la enajenación de los derechos de aprovechamiento, en tanto se dictara el texto definitivo del CACH, de acuerdo a su texto.

Este DFL. reconfiguró patrimonialmente los derechos de aprovechamiento de aguas, dotándolos de un contenido comerciable, siendo susceptibles de ser enajenados por actos entre vivos, lo que implicó un retorno a las instituciones jurídicas –si no al texto– del CACH. 1951. Consecuentemente, su art. 1° definió el derecho de aprovechamiento como "[...] *un derecho real, que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular, con los requisitos y en conformidad a las disposiciones de esta ley*". Como corolario de lo anterior, el art. 2° prescribió: "*La compra de derechos de agua importa la adquisición de la cuota, proporcional del canal y obras civiles respectivas*".

En cuanto a la celebración de actos jurídicos a su respecto, su art. 3° señaló que éstos debían ser solemnes, pues dispuso que "[l]os *actos y contratos traslativos de dominio de derechos de aprovechamiento y la constitución de derechos reales, como también los actos y contratos traslativos de los mismos, deberán otorgarse por escritura pública*".

En materia de tradición del derecho de aprovechamiento y tratándose de derechos que debían inscribirse por disposición de este cuerpo legal, ella debía

efectuarse mediante la inscripción del título en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, los que quedaban así sujetos a las disposiciones de la propiedad raíz inscrita, conforme a sus arts. 4°, 5°, 6°, 7° inc. 1° y 8° inc. 1°. En cambio, tratándose de los derechos de aprovechamiento que no estaban sujetos al régimen de la propiedad inscrita, su art. 9° disponía que “[...]se transferirán y se transmitirán conjuntamente con el predio de que forman parte, y la tradición de esos mismos derechos, cuando se haga separadamente del predio se efectuará por escritura pública”.

1. Supresión de la prenda de derechos de aguas

a) El “Mensaje” del proyecto de ley sobre reforma agraria no contuvo referencias directas al contrato de prenda de derechos de aguas. Las únicas referencias fueron indirectas y se tradujeron en la proposición de nuevos preceptos legales para la debida congruencia del CACH. 1951 con los nuevos derechos reales administrativos de uso sobre las aguas propuestos¹⁷⁰.

Por esta razón, el art. 111 del proyecto preceptuó: “*Decláranse extinguidos desde la publicación de la presente ley todas las hipotecas, embargos y demás gravámenes que afecten a las aguas, sin perjuicio de los derechos que los acreedores puedan ejercer sobre las indemnizaciones respectivas, cuando procedan*”; mientras que el art. 114 1) propuso derogar los arts. 108, 246 y 247 CACH. 1951, entre otros¹⁷¹.

b) El primer informe de la Comisión de Agricultura y Colonización de la Cámara de Diputados justificó las normas precedentes basándose en el dominio público de las aguas, para lo cual, explicitando las palabras del “Mensaje”, sostuvo: “*La extinción de estos gravámenes y prohibiciones es una consecuencia lógica del nuevo concepto que determina que las aguas son bienes nacionales de uso público, y no podrían éstos subsistir de no existir asimismo el dominio[...] El artículo 114 de este proyecto de ley introduce diversas enmiendas al Código de Aguas vigente, con el objeto de incorporar a dicho texto legal los nuevos conceptos enunciados sobre régimen de aguas*”¹⁷².

Esta idea fue reiterada en el primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara y por el diputado informante, el Sr. Silva, en la discusión general del proyecto de ley, el que fue aprobado por la Cámara Baja sin que se formularan indicaciones respecto de los arts. 111 y 114 1), en lo atinente a los arts. 108, 246 y 247 CACH. 1951, los que quedaron también aprobados en particular. Los únicos cambios experimentados fueron de numeración, por razones de referencia, pasando los arts. 111 y 114 1) a ser los arts. 114 y 117 1.- en el segundo informe de la Comisión de Agricultura y Colonización antedicha¹⁷³.

¹⁷⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 152), p. 2171.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 2204 s.

¹⁷² CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 156), pp. 8526 y 8588.

¹⁷³ El informe dice: “*El artículo 114 del proyecto contiene numerosas modificaciones en el articulado del Código de Aguas, que resultan algunas de ellas como consecuencia de la disposiciones generales del proyecto y, principalmente, de los fundamentales cambios introducidos en el régimen de dominio, uso y aprovechamiento de las aguas, a los cuales se ha hecho ya referencia y que se encuentran extensamente analizados en el informe de la Comisión técnica*”. *Ibid.*, pp. 8624 y

El primer informe de las Comisiones Unidas de Hacienda y de Agricultura y Colonización del Senado propuso la aprobación en general del proyecto. Las disposiciones en comento no fueron objeto de modificación sustancial. Las únicas modificaciones fueron adjetivas y de referencia numérica, consistiendo en que el art. 114 pasó a ser el art. 116 y el art. 117 1.-, que contemplaba la derogación de los arts. 108, 246 y 247 CACH. 1951, pasó a ser el art. 119 1.- El Senado, funcionando en Sala, aprobó en general el proyecto, sin que se presentaran indicaciones respecto del art. 116, antiguo art. 111, el que quedó aprobado en particular¹⁷⁴.

El segundo informe de las Comisiones Unidas de Hacienda y de Agricultura y Colonización del Senado dejó constancia de haberse presentado indicaciones respecto del art. 119 1.-, antiguo art. 114 1), mas ellas no dijeron relación con la derogación de los tres artículos del CACH. 1951 referidos más arriba. Debido a las modificaciones introducidas al proyecto por las Comisiones citadas, en este segundo informe los arts. 116 y 119 1.- experimentaron cambios de numeración y pasaron a ser los arts. 117 y 120 1.-, respectivamente. El Senado aprobó posteriormente un nuevo cambio de numeración de los preceptos indicados, al discutir y votar en particular el proyecto de ley, los que despachó como los arts. 119 y 122 1.-, lo que fue aprobado en cuarto trámite constitucional por la Cámara de Diputados (pese al cambio transitorio de numeración del art. 122, como se ha indicado más arriba) y más adelante por el ejecutivo, figurando ellos de esta manera en la L. N° 16.640, sobre reforma agraria¹⁷⁵.

En razón de lo dispuesto en el art. 122 1.- L. N° 16.640, todo vestigio de la prenda e hipoteca sobre derechos de aguas desapareció del segundo código del ramo, dictado en 1969, y su art. 239 simplemente prescribió: "*Decláranse extinguidos desde la publicación de la ley 16.640 todas las hipotecas, prohibiciones, embargos y demás gravámenes que afecten a las aguas, sin perjuicio de los derechos que los acreedores puedan ejercer sobre las indemnizaciones respectivas, cuando procedan*".

c) La historia fidedigna del establecimiento de la L. N° 16.640 señala reiteradamente que la extinción de todos los gravámenes que afectaban a las aguas, lo que incluía la prenda, era consecuencia del cambio de régimen jurídico experimentado por aquéllas y por los derechos de los particulares. Esta conclusión, sin

8674; CÁMARA DE DIPUTADOS, cit. (n. 156), p. 8916; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 13.^a ordinaria, martes 5 de julio de 1966, pp. 1570 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 16.^a ordinaria, miércoles 6 de julio de 1966, p. 2036; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 33.^a ordinaria, martes 26 de julio de 1966, p. 2218 s.

¹⁷⁴ SENADO, cit. (n. 166), pp. 194 ss., 241 y 315; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 10.^a extraordinaria, martes 18 de octubre de 1966, p. 731; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 13.^a extraordinaria, viernes 21 de octubre de 1966, p. 1105.

¹⁷⁵ SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 50.^a extraordinaria, martes 10 de enero de 1967, pp. 3077 ss., y 3212 s.; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 69.^a extraordinaria, miércoles 18 de enero de 1967, p. 3762; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 43.^a extraordinaria, martes 31 de enero de 1967, p. 4103; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 45.^a extraordinaria, martes 7 de febrero de 1967, p. 4411; SENADO, *Diario de Sesiones*, Sesión 80.^a extraordinaria, miércoles 15 de febrero de 1967, pp. 4051 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 3.^a extraordinaria, martes 11 de abril de 1967, pp. 166 s. y 198.

embargo, debe ser matizada.

Ella no parece fluir naturalmente de la publicación de todas las aguas efectuada por la citada ley, pues la mayor parte de las aguas terrestres eran de dominio público con mucha antelación, pero sí de la intransferibilidad del derecho real administrativo de uso otorgado en este período a los particulares. Estas características estaban íntimamente ligadas a la decisión del poder público de llevar adelante el proceso de reforma agraria, por lo que la mantención de los citados gravámenes podía afectar el curso de dicho proceso¹⁷⁶. Por esta misma razón la L. N° 16.640 derogó los preceptos relativos a la hipoteca, prenda y otros gravámenes sobre los derechos de aguas.

d) La extinción de los gravámenes referidos planteaba la interrogante sobre la juridicidad de aquellos constituidos bajo el imperio de leyes anteriores, atendido lo dispuesto en el art. 12 LERL, según el cual: “*Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenare por leyes especiales*”.

Esta situación fue salvada en el mismo texto del art. 119 L. N° 16.640, el que declaró la extinción de los gravámenes citados “[...] *sin perjuicio de los derechos que los acreedores puedan ejercer sobre las indemnizaciones respectivas, cuando procedan*”, precepto que se ajustaba al art. 12 LERL.

e) El tenor del precepto agregado como inciso penúltimo al art. 1° N° 16 AC N° 3 por el DL. N° 2.603, que reconoció a los particulares el derecho de propiedad sobre los derechos reconocidos o constituidos sobre las aguas, planteó la necesidad de regular el contenido patrimonial y comerciable de estos últimos.

El DFL. N° 1-2.603, de Agricultura, de 1979, comentado antes, vino a llenar este vacío al reconocer como uno de sus fundamentos la necesidad de dictar normas objetivas para dar en garantía los derechos de aprovechamiento, mientras se dictaba el texto definitivo del CACH. Este cuerpo legal dictó normas para la constitución y tradición de derechos reales sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, en especial la hipoteca, reiterando los preceptos del CACH. 1951, al tiempo que su art. 15 derogó los arts. 119 L. N° 16.640 y 239 CACH. 1967-1969, que habían declarado anteriormente extinguidos todas las hipotecas, prohibiciones embargos y demás gravámenes que afectaban a las aguas.

Para dar forma a un sistema que permitiera dar en garantía los derechos de aprovechamiento, su art. 3° prescribió que la constitución de los citados derechos reales, al igual que los actos y contratos traslativos de los mismos, debían otorgarse por escritura pública, mientras que su art. 4° preceptuó que la constitución y la tradición de los derechos reales debía efectuarse mediante la inscripción del título respectivo en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. Respecto de esto último, debe señalarse que el art. 5° N° 7, reiteró la redacción defectuosa del art. 239 N° 7 part. 1ª CACH. 1951 (el art. 275 N° 7 CACH. introducido por el art. 3° L. N° 9.896), al disponer que debían

¹⁷⁶ Sobre este tópico, véase VERGARA BLANCO, Alejandro, cit. (n. 2), pp. 183 s.

inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: “*La constitución y tradición de los derechos reales indicados en los números anteriores. No obstante, la constitución y tradición de las servidumbres sobre aguas se registrarán por las disposiciones del derecho común, en cuanto no aparezcan modificadas expresamente*”.

El sistema prefigurado por el legislador pretendía gravar los derechos de aprovechamiento en forma conjunta con el inmueble al cual estuvieren destinados, haciendo posible la hipoteca de derechos de aprovechamiento de aguas, constituida sobre bases tradicionales, pero no la prenda de los citados derechos.

En este orden de ideas, los arts. 10 a 12 DFL. N° 1-2.603 regularon la hipoteca del derecho de aprovechamiento de aguas, reiterando y complementando las normas de los arts. 246 y 247 CACH. 1951. El art. 10 concibió la hipoteca en la siguiente forma: “*Hay hipoteca de derechos de aprovechamiento cuando se hipoteca el predio con el agua que le pertenece./ A falta de estipulación expresa, se presume que la hipoteca constituida sobre un inmueble afecta también a las aguas destinadas al uso, cultivo o beneficio del mismo inmueble./ La hipoteca de derechos de aprovechamiento que deben ser inscritos en conformidad a la ley deberá otorgarse por escritura pública y, además, ser inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo*”. El art. 11 aludió a la hipoteca de derechos de aprovechamiento no inscritos y preceptuó: “*La hipoteca de los derechos de aprovechamiento no sujetos al régimen de inscripción en el Registro de Aguas se entiende constituida desde la inscripción de la hipoteca del inmueble para el cual están destinados*”. El art. 12 se refirió a la extensión objetiva de la hipoteca, complementando el art. 11 en el sentido siguiente: “*Si en la escritura de hipoteca de un predio no se especifican sus derechos de agua, se entenderán hipotecados los que pertenezcan a la dotación del inmueble gravado, que aparezcan como tales en las inscripciones o escrituras correspondientes a la fecha de constitución de la hipoteca*”.

En cuanto a la prenda de derechos de aprovechamiento de aguas, su art. 13 la descartó al disponer, como lo había hecho el art. 247 part. 1ª CACH. 1951, lo siguiente: “*Los derechos de aprovechamiento no podrán darse en garantía de obligaciones independientemente del inmueble para el cual están destinados*”.

Desconocemos la razón subyacente a este precepto, el que importaba una limitación a regla general de la transferibilidad de los derechos de aprovechamiento que inspiraba al DFL. N° 1-2.603¹⁷⁷. Sólo podemos hipotetizar que él pudo haber obedecido, por una parte, a la transitoriedad del régimen establecido por el DL. N° 2.603 y el DFL. N° 1-2.603, y por la otra, a la inconveniencia del citado gravamen para el regadío, especialmente de predios pequeños o derivados del proceso de reforma agraria, en los que la transferibilidad del derecho de aprovechamiento reconocía limitaciones conforme a los arts. 14 y 2 inc. 1° transitorio DFL. N° 1-2.603.

¹⁷⁷ La excepción la constituían los derechos de aprovechamiento correspondientes a predios de superficie pequeña, destinados al uso, cultivo o beneficio de inmuebles expropiados totalmente por la ex Corporación de la Reforma Agraria, previstos en los arts. 14 y 2° transitorio DFL. N° 1-2.603.

VI. CONCLUSIONES

a) Este artículo ha presentado y analizado los materiales histórico-jurídicos relativos al origen, desarrollo, modificación y supresión de la primera prenda especial sin desplazamiento del derecho chileno: la prenda de regadores de agua, denominada más tarde prenda de derechos de aprovechamiento de aguas, la que fue creada inicialmente por la L. N° 2.139, de 1908 y reformulada posteriormente por el CACH. 1951.

Los hallazgos expuestos en este artículo han sido explicados en el contexto de instituciones jurídicas del derecho de aguas en materia de dominio de las aguas, derechos de los particulares sobre ellas y los contratos de garantía que podían celebrar a su respecto, sobre lo cual este trabajo se exploya latamente.

b) A partir de dicho contexto es posible apreciar que nuestro ordenamiento jurídico concibió tempranamente el agua de los cauces naturales como un bien de dominio público, lo que el CCCh. denominó un bien nacional de uso público. Los particulares podían usar y gozar del agua en virtud de un acto de la autoridad, el que era denominado merced y que otorgaba los derechos correspondientes sobre el agua, pero no su propiedad.

El derecho que emanaba de la merced constituía un bien incorporal. Concretamente, era un derecho real a la luz del art. 577 inc. 1° CCCCh y, como tal, participaba de la naturaleza jurídica del agua, esto es, según su naturaleza constituía un bien incorporal mueble, pero podía ser inmueble si el agua estaba destinada permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. Así también lo entendió la doctrina y la jurisprudencia.

Estas ideas fueron recogidas por la L. N° 2.139, de 1908, sobre Asociaciones de Canalistas, y consagradas en el CACH. 1951. En este último cuerpo legal el derecho de los particulares sobre las aguas se denominó derecho de aprovechamiento de aguas, el que otorgaba a sus titulares el uso, goce y disposición del agua. Este derecho se encontraba dentro del comercio jurídico.

El CACH. 1967-1969, dictado a consecuencia del proceso de reforma agraria, no innovó respecto del sistema tradicional de dominio público de las aguas terrestres, pero modificó sustancialmente el contenido del derecho de aprovechamiento de aguas que la autoridad podía otorgar a los particulares. Este derecho comprendió ahora sólo el uso del agua y fue excluido del comercio jurídico.

El AC. N° 3, de 1976, modificada por el DL. N° 2.603, de 1979, mantuvo el dominio público sobre las aguas y restableció el derecho de propiedad de los particulares sobre sus derechos de aprovechamiento, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, sobre las aguas. Esto último fue reiterado por el DFL. N° 1-2.603, de Agricultura, de 1979, el que reconfiguró patrimonialmente los citados derechos, retornándolos al comercio jurídico y dotándolos de las facultades tradicionales contempladas en el CACH. 1951.

c) La prenda especial sin desplazamiento de regadores de agua tuvo su origen en la L. N° 2.139, de 1908, sobre Asociaciones de Canalistas, que la concibió como uno de los medios jurídicos para facilitar el acceso al crédito a los propietarios de regadores de agua que eran miembros de tales asociaciones.

El contrato mantenía la fisonomía jurídica general de su similar del derecho

común, con algunas importantes modificaciones. Desde luego, el contrato tenía un carácter solemne, consistiendo la solemnidad en su otorgamiento por medio de escritura pública y la tradición del derecho real respectivo se efectuaba mediante la inscripción del título en el Registro de Regadores abierto en cada oficina departamental del Conservador de Bienes Raíces y, en todo caso, en el que tuviere competencia sobre el departamento en que se encontrare ubicada la bocatoma del canal matriz.

Este contrato suponía que los regadores de agua eran gravados separadamente del predio a cuyo riego o fin industrial estaban destinados, supuesto que aquéllos no hubieren sido previamente hipotecados conforme al art. 6° inc. 4° de la ley. Por lo anterior, el deudor debía ser un asociado a una Asociación de Canalistas, que fuera dueño de los regadores de agua correspondientes.

Debido a su carácter especial, el bien prendado quedaba en poder del deudor prendario, por lo que el acreedor prendario carecía de los derechos de retención y a ser indemnizado por los gastos de conservación de aquél y los perjuicios que la tenencia del mismo le hubiere ocasionado.

d) El contrato en comento fue modificado substancialmente por la L. N° 8.944, de 1948, modificada por la L. N° 9.909, de 1951, las que en su conjunto dieron origen CACH. 1951, el que limitó la celebración del mentado contrato debido a su inconveniencia para un adecuado régimen de regadío, pasando aquél a ceder en beneficio de las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia.

En general, la prenda especial de derechos de aprovechamiento de aguas mantuvo la fisonomía jurídica del período 1908-1951, con una importante modificación, a saber: se trataba de una hipótesis de prenda a favor de terceras personas, como eran las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia.

En la literatura pertinente de la época es dable advertir dos controversias sobre el citado contrato, a saber: i) Su supervivencia como contrato en el CACH. 1951; y ii) La determinación del deudor prendario. Por nuestra parte, estimamos que el contrato de prenda de derechos de aprovechamiento de aguas mantuvo su existencia jurídica en el CACH. 1951 y que el deudor prendario era el dueño del derecho de aprovechamiento de aguas, quien, a su vez, era miembro de la Asociación de Canalistas o la Junta de Vigilancia respectiva. Los elementos histórico y lógico de interpretación judicial de la ley nos llevan a esta conclusión.

e) La prenda en análisis fue suprimida por la L. N° 16.640, de 1967, sobre reforma agraria, la que dio lugar al CACH. 1967-1969, debido a su disfuncionalidad respecto del proceso de la reforma agraria.

Finalmente, el DFL. N° 1-2.603, de Agricultura, de 1979, descartó la posibilidad de que los derechos de aprovechamiento de aguas pudieran darse en garantía de obligaciones independientemente del predio al cual estuvieren destinados, lo que reafirmó la supresión de la prenda de derechos de aguas efectuada por el legislador en el CACH. 1967-1969.

f) Esta prenda especial sin desplazamiento encuentra antecedentes en el período histórico previo a 1908, de acuerdo a la evidencia presentada relativa a la Asociación del Canal de Maipo. Este hallazgo constituye una novedad para el derecho de las cauciones a la sazón vigente, pues permite vislumbrar una verdadera prenda sin desplazamiento existente de hecho en la época y creada por la

voluntad de las partes.

Los antecedentes citados permiten hipotetizar que los propietarios de regadores de agua solían entregar éstos en prenda a terceros, en garantía de sus obligaciones y amparándose en el derecho común a la sazón vigente, en el cual la prenda era concebida como un contrato real.

La celebración de semejante contrato plantea hoy en día interesantes objeciones o interrogantes acerca del cumplimiento de la obligación de entregar el bien prendado por parte del deudor prendario y de la forma adoptada por el derecho de retención del bien prendado de que gozaba el acreedor prendario, sobre las cuales este trabajo presenta un par de hipótesis interpretativas. La respuesta a estas interrogantes entrega elementos para dilucidar el sentido de preceptos de nuestro actual derecho de aguas que aluden a la prenda.

[Recibido el 15 de abril y aceptado el 27 de mayo de 2005].