

75

CONSULTA SOBRE CONTRATO DE AVÍO

México, diciembre 22 de 1870

**Señores Careaga
y Compañía.
Mazatlán.**

Señores de mi aprecio:

Acabo de recibir su estimable de 28 del próximo pasado y según en ella me recomiendan, me apresuro a darle contestación manifestándoles mi sentir sobre los puntos que en ella me consultan.

Antes de entrar en materia debo indicar que a pesar de haberme impuesto detenidamente de la correspondencia seguida entre ustedes y el señor Larreaga y de la relación que del negocio me hacen en la suya a que me refiero, todavía habría deseado tener más datos sobre algunos pormenores de ese negocio, que precisaran con toda exactitud algunos hechos para así poder con seguridad emitir mi opinión sobre ellos. En la necesidad que tengo de pasarme sin nuevas instrucciones que pediría, si la distancia que nos separa no fuera tan grande, me ocuparé de cada uno de los puntos consultados diciendo mi juicio decisivamente en aquellas materias que no necesitan de más explicación de parte de ustedes con las reservas convenientes sobre aquellas otras en que apeteciera más instrucciones.

Para llegar a conclusiones prácticas en el dictamen que me piden es preciso ante todo fijar la naturaleza del contrato que ustedes celebraron con el señor Rubio. Sobre este punto no tengo más dato que el que me ministran estas palabras de la carta que estoy contestando: "Hace precisamente un año en que estábamos facilitando al señor don Manuel Rubio, según lo necesitaba efectos de comercio y dinero en efectivo con cargo del uno por ciento mensual de interés. *El convenio fue verbal*: nosotros nos obligamos al anticipo de lo que fuera necesitando *para el avío de la mina* y él por su parte se obligó a pagarnos con la parte de plata pasta, que le corresponde de la que salga de ella, reponiéndonos además todas sus propiedades e intereses". Aunque de tales palabras debía yo deducir que el contrato en cuestión fuera un *avío de mina*, que tuviera los privilegios que la ley concede a esa clase de contratos, no puedo así clasificarlo porque la misma ley es terminante sobre este punto. El artículo 1o. del título 15 de la Ordenanza de Minería dice así "... es mi soberana voluntad que ningún minero celebre pacto de avío de minas *sin que sea por contrato* firmado, quedando a su arbitrio celebrarlo o no ante escribano o testigos, bajo pena *de que siendo de otra manera*, no se atenderá en juicio a las estipulaciones particulares que alegaren, sino que se determinará por sólo las reglas generales". Habiendo sido verbal el convenio celebrado con el señor Rubio él cae por completo bajo la disposición citada.

Ella sin embargo no lo condena como nulo, sólo le quita los privilegios que como avío de minas le correspondiera: él queda reducido a la condición de préstamo que produce las obligaciones y derechos que determinan las *reglas generales*, las leyes comunes. Más de un texto se encuentra en la ordenanza que consagra la licitud de ese préstamo: citaré como el más adecuado al caso que me ocupa este que forma la parte final del artículo 6 título 15 de ese Código "... Y además declaro que si el caudal con que se avió la tal mina... se ministró... por su préstamo y el minero obligó sus bienes, porque lo quiso hacer o porque el aviador lo pidió para mayor caución, en tales circunstancias *ha de tener efecto dicha obligación en todas sus partes*, y no obstante la general disposición de este artículo".

Creo, pues, que sin ser avío el convenio celebrado con el señor Rubio, avío que tenga los privilegios señalados en el artículo 6o. Título 15, es un préstamo, cuya obligación *HA DE TENER EFECTO EN TODAS SUS PARTES*; un contrato cuyas estipulaciones deben cumplir religiosamente por el deudor o sus sucesores, un contrato al que la ley consagra en toda su extensión. La circunstancia de que haya sido verbal en nada amengua esa obligación lo mismo que los 202 ms. 2 onzas plata de que esa misma carta habla, lo mismo que la otra cantidad que dice iba a remitir en 10 de noviembre entraron definitivamente en poder de ustedes como acreedores, por el pago que con dichas cantidades se les hizo y nadie, ningún albacea, ni acreedor, ni juez puede anular los efectos legales de ese pago. La orden del señor Rubio de 26 de septiembre, la aceptación y fiel cumplimiento de ella por parte del señor Larreaga, el haberse este señor constituido en *depositario* de esa plata, conservándola *a disposición de ustedes*, no ya como acreedores, sino como dueños de ella, todo esto prueba con evidencia que el pago verificado con esa plata quedó definitivamente consumado, sin que los albaceas puedan revocar los efectos de la orden de 26 de septiembre por lo que a ese pago toca.

Pero puede bien suceder que esa orden tenga que seguir produciendo otros efectos, esto es, que según ella, deban seguirse verificando nuevos pagos, pagos que los albaceas hayan querido suspender, revocando así esos efectos de aquella orden. Aunque ustedes no me hablan especialmente de esa cuestión, creo debo encargarme de ella.

Por la muerte de una persona, su testamentaría tiene que entrar en liquidación, no sólo para pagar en el orden que las leyes determinan a los acreedores del difunto, sino para repartir sus bienes sobrantes entre sus herederos. Las leyes mandan por esto que se formen dentro de los plazos que señalar el *inventario* que no es más que la liquidación del activo y pasivo de la testamentaría. Autores respetables enseñan la doctrina que "durante el tiempo de la fracción de inventarios, no puede el acreedor hereditario reconvenir al representante de la testamentaría por el pago de su crédito". Mas a pesar de esa doctrina, yo he sostenido con éxito ante los tribunales que ella no está fundada en ley, y he yo sostenido esa opinión, apoyándome, entre otras razones, en la Ley 15, Título 13, Partida 1a. en estas palabras: No deben los acreedores emplazar a sus herederos (del difunto)... hasta nueve días después que fuere soterrado; mas pasados nueve días, puédelos llamar a derecho sobre las deudas del muerto". Punto difícil es éste en nuestra jurisprudencia: apenas lo indico, sin exponerlo, porque ignoro si las pretensiones de los albaceas para no seguir haciendo los pagos de que habla la orden de 26 de septiembre tienen por origen el derecho que creen tener para no pagar durante el tiempo de los inventarios. Diré sólo que si tal es el motivo de la cuestión, la creo sostenible por parte de ustedes, esto es, creo que ustedes tienen derecho a ser pagados desde luego, pero también debo advertir que aunque ésta sea mi opinión, costará trabajo hacerla prevalecer en los tribunales que siguen mejor las doctrinas de los autores, aunque la ley no las funde. Me indican ustedes que "se han presentado otros acreedores sin justificante alguno, fuera de recibos sencillos, reclamando su derecho a cobrar del producto de las platas", esto me hace sospechar, y digo sospechar porque no sé de cierto lo que pasa sobre este punto, que hay un conflicto de derechos entre diversos acreedores, conflicto que ha causado la suspensión de los efectos de la orden de septiembre. Por si esto así fuere, les manifestaré mi opinión en esa hipótesis.

He dicho antes que creo que el convenio que ustedes celebraron con el señor Rubio no fue el contrato de avío, que la Ordenanza reconoce y a quien ella da señalados privilegios; entre otras, el de que los acreedores se consideran como acreedores refaccionarios. Si el contrato de ustedes, fuera un avío legalmente hablado, con seguridad diría que ningún otro acreedor podía disputarles su derecho de ser pagados con las utilidades y frutos de la mina; pero no siendo ustedes en mi concepto acreedores refaccionarios, otras reglas deben seguirse para resolver la preferencia en el pago que cada uno alegue y para determinar el conflicto de derechos que sus diversas pretensiones producen.

Esas reglas son las que el Derecho común establece para fijar el carácter de cada crédito y su respectiva prelación. Sobre este particular nada más que esa indicación general puedo hacerles, porque ignorando por completo qué títulos alegan esos otros acreedores que quieren ser pagados con las platas, no puedo formar

juicio alguno sobre la legitimidad de tales títulos, ni puedo tampoco resolver si ellos o ustedes tienen preferencia en el pago con platas. Si éste es el origen de la cuestión, y no el otro que he inclinado sobre el llamado privilegio de no pagar durante la fracción de inventarios, necesito absolutamente más datos sobre ese particular para emitir opinión alguna.

Sea de esto lo que fuere, es indispensable en todo caso, que ustedes tienen derecho a ser pagados con las otras propiedades e intereses del señor Rubio, en el contrato afectadas.

La ley común y la minera (artículo 6, título 15) son sobre esto terminantes.

El segundo punto de la consulta es este: "suponiendo que los albaceas tengan el derecho de anular (la orden de septiembre) ¿pueden haberlo ejercido antes de entrar en el desempeño de su encargo?".

No y a la ley, sino la simple razón persuade de que antes de entrar a desempeñar un cargo, nadie puede ejercer actos propios sólo de este encargo. Y los albaceas antes de todo esto deben manifestar si aceptan o no un encargo de confianza, respecto del que la ley concede la más plena libertad de aceptar o de renunciar. Cierro es que muchas veces la aceptación es tácita y que en tal caso ella se confunde con el ejercicio del cargo mismo; pero los hechos que esa tácita aceptación suponen, son sólo aquellos que no dejan duda alguna sobre la admisión del cargo, no se podría nunca sostener que un albacea que confiesa que no ha entrado al ejercicio de su encargo, pueda pretender estar ejerciendo tal encargo, cuando todavía puede renunciarlo.

La necesidad de la aceptación es indeclinable, porque como lo dice un libro muy autorizado en nuestro foro, "a la condición de la irrevocabilidad (del albaceazgo) necesario es que vaya unida la imposibilidad de abandonar la comisión una vez aceptada". Y tanto es exigente ese libro sobre este punto, que por más que reconozca que el albacea puede aceptar fácilmente, enseña que "sería muy conveniente que se exigiese por las leyes una aceptación expresa y formal dentro de un término dado". Enciclopedia de Derecho, verb. "Albacea".

Ustedes me indican que los albaceas han tratado de nulificar la orden en cuestión, antes de ejercer su cargo; más aún, antes de funcionar, porque aún no se les discernía ese cargo. Si ellos en tales circunstancias aún no son albaceas, puesto que para ello no basta el nombramiento hecho por el testador, sino que se necesita indispensablemente la aceptación del nombrado para que así quede consumada la condición de irrevocabilidad de ese cargo; ¿cómo pretenden ejercer válidamente actos que sólo son propios de un encargo que confiesan que aún no desempeñan?

Creo por estas razones que los actos ejercidos por los albaceas antes de entrar al desempeño de su encargo, no pueden ser válidos.

Al llegar a esta última conclusión, tengo que repetir que todo lo que acabo de decir tiene aplicación al caso presente, si está ya debidamente acreditada la muerte del señor Rubio: si así no fuere, los que se llaman albaceas, ni siquiera ese nombre merecen, porque no puede tener albacea una persona viva, más aún, una persona respecto de la que hay siquiera duda sobre su muerte. En tal hipótesis los actos de los albaceas son nulos enteramente.

El último punto de la consulta está concebido en estos términos: "Según el espíritu de la carta de 26 de septiembre y nuestra correspondencia con el administrador de Fomil y albacea, señor Larreaga, ¿debe entregársenos toda la plata que haya sido beneficiada hasta el día en que concluyen los efectos de ella?".

Considero yo esa carta como la expresión de la voluntad del señor Rubio, para cumplir el convenio verbal que con ustedes había celebrado: si este convenio hoy por alguien se niega, cosa que ignoro, una vez probado él, debe surtir todos sus efectos, siendo uno de ellos que se entreguen las platas beneficiadas hasta quedar cumplido sobre esto el compromiso del deudor. Nunca, en ninguna circunstancia, los sucesores de un difunto pueden dispensarse del cumplimiento de las obligaciones que este contrajo, porque, si bien es cierto

que a esos sucesores pasan los derechos del difunto, también lo es que se les transmiten igualmente sus obligaciones. Tienen ustedes, pues, pleno derecho para exigir el cumplimiento del contrato en los términos pactados y como lo revela la carta de 26 de septiembre. Esta opinión sobre este punto naturalmente queda subordinada a las que en otras hipótesis acabo de exponer.

Los diversos casos que en este dictamen he considerado, las diversas hipótesis en que he discurrido por faltarme datos precisos sobre algunos hechos interesantes, por no saber de fijo cuál es la dificultad que en este negocio ha surgido para herirla de lleno, me obligan, como por vía de resumen de lo que he dicho en esta carta a responder a las preguntas de ustedes colocando estas cuestiones en esos diversos casos que he considerado. Si no consta de cierto que el señor Rubio esté muerto, ustedes pueden desconocer hasta el carácter de los albaceas; exigir del curador, que se debe nombrar, el cumplimiento exacto y fiel de las obligaciones del señor Rubio.

Si la muerte de este señor fuere ya un hecho probado, ustedes tienen derecho para pedir que las cantidades de plata que se les habían puesto a su disposición y de que habla la carta del señor Larreaga de 27 de octubre se les entreguen sin que nadie pueda disputárselas. De esas platas ya no son ustedes acreedores sino dueños.

En el mismo caso de que esté comprobada aquella muerte y que los albaceas se resistan a seguir pagando, porque aleguen que durante los inventarios de los acreedores no pueden cobrar, tienen ustedes según mi opinión fundada en ley, derecho de cobrar, por más que otra cosa enseñen algunos autores.

Si la oposición de otros acreedores y su pretensión de ser ellos pagados con platas, como ustedes, es el origen de la dificultad ocurrida en este negocio, aunque no tengo datos para juzgar de la legitimidad de esas pretensiones, creo poder asegurar que si la testamentaría del señor Rubio no está con sus albaceas nombrada y hecha aceptación del cargo y ningún acreedor tiene especialmente consignadas en pago las platas, no hay derecho para privar a ustedes de esa consignación hecha por el mismo deudor.

Los albaceas no pueden encargarse de la administración de la testamentaría, sino después de haber aceptado y entrado al ejercicio de su encargo; pero si hay duda sobre la muerte del testador, no puede ni existir el albaceazgo, sino después que pase el tiempo que la ley fija para que la ausencia produzca la presunción legal de la muerte.

Ni el deudor, ni su heredero o albaceas, ni sus otros acreedores teniendo él bienes, pueden impedir que se cumplan las obligaciones que el mismo deudor contrajo y en la forma que las contrajo. Si hoy, pues, no se quiere cumplir el compromiso del señor Rubio expresado en su carta de 26 de septiembre, ustedes no sólo tienen derecho para exigirle, sino para demandar los perjuicios que la inejecución del contrato les haya podido causar. Esta opinión sobre el tercer punto de su consulta está por supuesto subordinada a las distintas hipótesis de que antes he hablado.

Demasiado me he extendido ya en mi deseo de que mi dictamen pueda serles útil, y en medio de la carencia de datos de que me quejo, he querido tener en cuenta los diversos casos en que la presente cuestión puede haberse encargado, para tener así más probabilidad de tocar la dificultad del negocio. Esta me expone a que la mayor parte de mi carta no tenga aplicación o la dificultad del momento; pero si alguna de las teorías que he aplicado a las diversas hipótesis en que me he colocado les sirve para aclarar esa dificultad, quedará contento, sirviendo hasta la extensión de mi carta para acreditarles mi deseo de servirles con la buena voluntad y eficacia, con que me repito de ustedes afectísimo, etc.

P.D. Excuso decirles, que si creen conveniente que me concrete y amplíe alguno de los puntos que he tratado, con las más instrucciones que se sirvan darme, obsequiaré luego sus deseos.

