

DEL AVIO

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE
LA UNIVERSIDAD DE CHILE.

YOLANDA MONTALDO BUSTOS



Santiago de Chile
IMPRENTA "EL ESFUERZO"
Eyzaguirre 1116

1937

4-417000

Tuct. Doc
M7622
1937

DEL AVIO

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE
LA UNIVERSIDAD DE CHILE.

YOLANDA MONTALDO BUSTOS



Santiago de Chile
IMPRENTA "EL ESFUERZO"
Eyzaguirre 1116

1937

A MI MADRE

SEÑOR DECANO:

Informando la Memoria presentada por doña Yolanda Montaldo Bustos, titulada "Del Avío", puedo manifestar lo siguiente:

El avío, institución peculiar del Derecho Minero, es uno de los medios más adecuados y eficaces ideados por la ley para favorecer la explotación de las minas. Destinado a dotar de elementos al minero necesitado, mediante el concurso de quienes tengan confianza en el éxito del laboreo de la mina, el avío contempla por igual los intereses del minero y de su acreedor. Hacer de él un estudio de conjunto fué el objetivo que se propuso, al elegir su tema, la autora de la presente Memoria.

Dividido en seis Capítulos, el trabajo comienza por un resumen histórico en que se examina el avío a través de la antigua legislación española y de los cuatro Códigos de Minería que han regido en Chile después de la independencia.

En el Capítulo II se estudia el concepto del avío, criticando la definición del Código, se analizan los requisitos de formación de ese contrato en cuanto ofrezcan modalidades especiales, como sucede con respecto a las formalidades, se le compara con otros contratos y se exponen las diversas clases de avíos.

El Capítulo III y el IV están dedicados al examen de las obligaciones del aviador y del minero, respectivamente. Al estudiar el pago al aviador, la autora se pronuncia en el sentido de atribuir el carácter de real al derecho de éste, solución que no se desprende claramente de los textos legales.

En el Capítulo V se estudia la extinción del avío, ocupándose de la terminación por voluntad unilateral y de la que proviene de causas legales.

Por último, en el Capítulo VI, se critica el sistema de crédito aplicado por la Caja de Crédito Minero y se aboga por el empleo del avío.

Para apreciar la Memoria en examen, es necesario tener presente que sobre el mismo tema se habían presentado con anterioridad otras tesis, una de las cuales, aprobada en 1930, contiene un estudio más o menos importante, circunstancia que aminora el mérito y el interés del trabajo de la señorita Montaldo. Esto no quiere decir, sin embargo, que su obra esté destituída de valor y utilidad. En efecto, no sólo en ella aparece tratado el avío de acuerdo con el Código vigente de 1932, sino que también se han contemplado algunos aspectos nuevos no abordados en trabajos anteriores.

Sin desconocer que el trabajo adolece de algunos defectos y que, en general, es poco profundo, podemos, pues, afirmar que cumple con las exigencias de una Memoria de Prueba.

En consecuencia, el infrascrito presta su aprobación a esta Memoria.

Luis Barriga Errázriz,

Director del Seminario de Derecho Privado.

SEÑOR DECANO:

Tengo el agrado de informar a Ud. la Memoria de doña Yolanda Montaldo Bustos, titulada "Del Avío".

Versa este trabajo sobre uno de los contratos más importantes del Derecho de Minería y el que más directamente tiende a proporcionar al minero los elementos que le son necesarios para la explotación de su pertenencia. Propende pues, directamente el Código de Minería, por medio del contrato de avío, al incremento de la industria minera, pues no otra cosa importa, arbitrar la forma de estipulación mediante la cual, los mineros que no tienen suficientes recursos, se procuren el dinero o los elementos adecuados para la explotación de los yacimientos minerales.

La Memoria que informo, divide la materia en seis capítulos, el primero de los cuales analiza los antecedentes históricos de este contrato, desde sus orígenes más remotos hasta el Código vigente, haciéndose en él un estudio detenido de las diversas disposiciones que en las Ordenanzas de Nueva España, se refieren al avío.

En el capítulo segundo, se estudia la definición que de este contrato da el artículo 178 del Código de Minería, definición que es observada por defectuosa e incompleta, como en realidad lo es, dándose una más adecuada y comprensiva.

Estudiadas en este capítulo las características del avío, se analiza también, la situación que contempla el artículo 107 del Código de Minería, situación que la autora, clasifica como cuasi-contrato de avío, dándole así novedad al tema en esta parte y demostrándose meditación y estudio al respecto.

En el capítulo tercero se trata someramente de las obligaciones del aviador, dedicándose el capítulo cuarto al estudio de las obligaciones del minero.

En este capítulo se insinúa acertadamente, a juicio del suscrito, la manera de suplir el silencio de la ley, para dar solución a la situación creada en el caso en que, administrada la pertenencia por el aviador, por haber sido legalmente privado de dicha administración el minero, incurra a su vez en igual sanción el aviador.

El capítulo quinto, se refiere a los modos de extinción del avío y al igual que en los capítulos anteriores, se ve en él, una reproducción sistemática de las disposiciones legales relacionadas con la materia, como asimismo transcripción de algunos principios fundamentales de derecho.

El capítulo sexto, es dedicado a comentar la ley que creó la Caja de Crédito Minero y las ventajas que esta institución aportaría si fuese un Banco de Avíos de Minas.

Se observa, en general, en el desarrollo de la tesis que se ha dado demasiada extensión a puntos que en realidad no la merecen y sobre todo se advierte en más de una ocasión, que los comentarios que la autora hace de cuestiones jurídicas y disposiciones legales, se reducen con pequeñas variantes, a simples reproducciones de las mismas disposiciones comentadas, siendo de lamentar además, lo defectuosa de la redacción, que en más de un pasaje es confusa.

Con todo, la Memoria en informe demuestra método y trabajo, en atención a lo cual el profesor informante estima debe ser aprobada.

Valparaíso, Junio 7 de 1937.

Rodolfo Castro C.

BIBLIOGRAFIA

Balmaceda, Alfredo.—“Apuntes de Derecho de Minería”. 1934.

Cordero, Luis.—“Comentarios al Código de Minería”. 1936.

Delaveau, Jorge.—“El pacto de avío”. 1930.

Ruiz Bourgeois, Julio.—“Apuntes de Derecho de Minería”, 1933.

Sepúlveda Munita.—“El pacto de avío”. 1923.

Tagle Rodríguez.—“Comentarios al Código de Minería”. 1918.

Valderrama, Hilda.—“La hipoteca minera”. 1934.

Ordenanzas de Nueva España.

Códigos de Minas, 1874, 1888, 1930, 1932.

Proyecto del Código de Minería de la Sociedad Nacional de Minería. 1902.

Ley 4112, del 12 de Enero de 1927 que crea la Caja de Crédito Minero, y modificada por la ley 4503, del 20 de Diciembre de 1928.

Código de Minas Argentino, redactado por Enrique Rodríguez.

Revista de Derecho y Jurisprudencia.

Gaceta de los Tribunales.

Escriche, Joaquín. — Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.) Los pueblos antiguos ignorantes de la fuente de riqueza que representaban las minas, no contemplaron en sus legislaciones, disposiciones tendientes a dar impulso a esta industria. Los mineros, gentes de escasos recursos, trabajaban las minas a medida de sus fuerzas, debiendo pagar al Estado fuertes derechos que disminuían considerablemente sus entradas; de ahí que nadie se atreviera a exponer sus capitales en favor de las minas.

Con el trascurso del tiempo, nuevos descubrimientos mineros y mayor cultura en los pueblos, trajo como consecuencia el verdadero aprecio de estas fuentes de riqueza, y se sintió, vivamente, la necesidad de dar algún aliciente a los mineros e interesar a los capitalistas en la explotación de los yacimientos.

2.) *Influencia de los créditos refaccionarios.*—Se empezó, de este modo, a aplicar a las minas, los créditos llamados de refacción, establecidos en las Leyes de Partidas. (Leyes 26 y 28, Tít. 13, Partida 15).

Los créditos refaccionarios gozaban de privilegio sobre los demás créditos, siempre que reunieran tres requisitos: 1.º) Que el crédito se hubiese contraído para la refacción; 2.º) Que ésta hubiese sido necesaria; y 3.º) Que el dinero se hubiese invertido efectivamente en la refacción.

Constituye ésta, la primera manifestación del contrato de avío. (1).

Más tarde, las Ordenanzas del Marqués de Montes Cla-

(1) Ordenanza 82 de las del Gobierno.

ros, fueron dando más auge al contrato de avío, adquiriendo, así, paulatinamente, un carácter más definido.

En esta Ordenanza se establecía que, si requeridos los acreedores anteriores de un minero, se resistían a aviar la mina, adquiriría este derecho el acreedor más moderno, otorgándole preferencia para ser pagada de su crédito antes que los antiguos acreedores. Este derecho se extendía no sólo a su crédito primitivo, sino a todos los gastos ocasionados en el avío, y mientras no se hubiere satisfecho, los demás acreedores no podían ejecutar al minero por sus créditos.

Como podemos apreciar, constituye éste un verdadero avance, los mineros obtenían capitales con qué explotar sus minas, o sea, sus riquezas inertes e ilusorias, muchas veces, se convirtieron en realidad, al mismo tiempo que se otorgaba garantías al aviador en el reembolso de su dinero.

3.) *Ordenanzas de Nueva España.*—En las Ordenanzas de Nueva España es donde el avío aparece como institución jurídica, con caracteres propios y bien determinados.

El Título XV de estas Ordenanzas, titulado "De los aviadores de minas y de los mercaderes de plata", reglamenta prolijamente este contrato. Consta este Título de 17 artículos; en el 1.º distingue dos clases de avíos: a premios de plata y por especie de compañía.

Aviar a premios de plata, consistía en dar a los aviadores la plata y oro que sacaren por algo menos de su precio legal y justo, dejándoles la utilidad de esta diferencia. El avío por especie de compañía era aquel, en virtud del cual el aviador se quedaba interesado en la mina, haciéndose para siempre dueño de ella o de los metales por algún tiempo.

El contrato debía constar por escrito, quedando al arbitrio de las partes celebrarlo o no ante notario y testigos, bajo pena de que siendo de otra manera no se atendería en juicio a las estipulaciones particulares que se alegaren, sino a las reglas generales que regían estos pactos.

Los aviadores debían suministrar el avío en reales, al contado, o en letras sin permiso ni descuento, o bien, en géneros o efectos, si el minero lo solicitare; pero de la propia calidad, condición y precio en que los pudiese comprar el aviador en el lugar de su residencia.

Sin perjuicio del derecho de los aviadores de comprometer su responsabilidad personal, el contrato de avío sólo afectaba a las utilidades de la mina, o sea, a sus productos y los aviadores debían ir prefiriendo en el pago de sus créditos en la forma de comenzar por el último o menos antiguo. El cré-

dito del aviador gozaba de preferencia aún sobre las hipotecas de la mina, constituídas con anterioridad al avío.

El crédito del avío se extinguía en caso de desamparo de la mina y de pasar ésta a otro dueño. Los aviadores gozaban del derecho de poner interventor en la mina aviada, para el sólo efecto de llevar buena cuenta y razón, de tener en su poder los reales y efectos, pero sin tomar parte en la administración y laboreo.

Si el aviador dejaba de suministrar los avíos, el minero tenía derecho de pagar a los empleados con lo "más bien parado de la mina", aunque fueren aperos o herramientas, o demandar ejecutivamente al aviador, o buscar dinero de otro, o tratar con un nuevo aviador, cuyo crédito, por ser menos antiguo era preferido según las reglas generales.

Termina el Título con las falsedades o estafas en las solicitudes de avíos, y las penas consiguientes.

4.) *Banco de Avíos de Minas*.—El Título XVI de las Ordenanzas de Nueva España, trata del "Fondo de banco de avíos de minas" (21 artículos).

Disponía el art. 1.º que el Banco de avío tenía por objeto producir "un fondo dotal para el avío de las minas, sujeta la inconstante y mal segura constitución en que se hallaba el sistema general de la dicha minería por escasez, en su mayor parte, de los caudales para ello". (Art. 1.º, Tít. XVI).

Se ordenaba en la misma disposición que "todas las platas que entraren en la Real Casa de Moneda de México y cualesquiera otra que en el Reino de España se estableciera, o que se remitieran en pasta a los de España por cuenta de los particulares, sus dueños contribuirán con dos tercios de real para el fin de formar, conservar y aumentar el Fondo dotal de la propia minería y que de esta contribución no se puede eximir ningún minero". Establece, luego, que de este caudal se destinará una gran parte a invertirse en avíos y gastos de laboreo de minas de los Reinos y Provincias de la Nueva España, estableciendo un Banco de Platas.

Para la administración y despacho de dicho Banco había un factor, hombre inteligente y práctico en la negociación de avíos de minas (art. 4.º).

Se reglamentaba en las mismas Ordenanzas las atribuciones del factor y la organización del Banco.

Este Banco de avíos de minas, estaba a cargo del Cuerpo de Minería del Real Tribunal. Para calificar las peticiones de avíos, el Real Tribunal podía exigir los títulos de propiedad de las minas y solicitar informaciones sobre su esta-

do y circunstancias. Estos documentos eran remitidos al Asesor para que estudiara e informara si la proposición ofrecía buenas apariencias. Si el informe era favorable el Real Tribunal debía informarse de oficio y secretamente con la mayor prudencia, sagacidad y justicia para proceder con acierto en la resolución de los avíos (art. 14).

Una vez calificada la petición de buena y admisible, se entraba a tratar con el minero las condiciones del contrato de avío (art. 16). En las minas aviadas por el Banco se ponían interventores que debían ser personas de confianza y buena reputación (art. 17).

Por último, se establecía que en caso de competencia para aviar una mina entre un particular y el Banco debía ser preferido el aviador particular en igualdad de circunstancias para que entrara desde luego aviando la mina (art. 21).

Declaraba también la misma Ordenanza que quedaba subsistente esta clase de comercio, sin que el Banco tuviera otro fin que suplir su falta o escasez y hacer constante y perpetuo el fomento de la minería (art. 21).

Actualmente existe en Méjico, un Banco Refaccionario que tiene por objeto fomentar el desarrollo de la minería en la forma siguiente:

1.º) Haciendo préstamos en dinero, por plazo que no exceda de dos años a los mineros, así como a las demás industrias y a la agricultura.

2.º) Dar su garantía para facilitar los descuentos o negociación de billetes u otras obligaciones en un plazo máximo de seis meses.

3.º) Emitir bonos de Caja con interés y amortización, en plazos que no pueden ser menores de tres meses, ni superiores a dos años.

En nuestro país se han creado instituciones con el objeto de fomentar la industria minera, tales como la Superintendencia de Salitre y Yodo, el Consejo de Fomento Carbonero, y la Caja de Crédito Minero. Esta última, creada por ley 4112, de 12 de Enero de 1927, está destinada a fomentar la explotación y el beneficio de toda clase de minerales existentes en el país, mediante la concesión de préstamos en dinero y en las demás formas que la ley establece. Esta Caja que, en un principio tenía sólo por objeto contribuir al desarrollo de la industria minera nacional, fomentando la instalación de establecimientos de beneficio, ahora, con las modificaciones introducidas en la ley 4503, del 20 de Diciembre de 1928, fomenta también la explotación misma de las minas.

Dedicamos al fin de este trabajo un capítulo especial a la Caja de Crédito Minero, sus fines y la necesidad de una reforma.

Códigos de 1874 y 1888. — Las Ordenanzas de Nueva España exigían que el contrato de avío constara en "contrata firmada", sin perjuicio que si se celebraba verbalmente valía como un contrato de avío en cuanto sus cláusulas estuvieran conforme con los principios legales. En consecuencia, el contrato de avío debía constar por escrito sólo para los efectos de la prueba, o sea, para excluir la prueba testimonial. Se estimó que no era eficaz dejar al simple testimonio de los contratantes, ni de terceros la validez de sus cláusulas particulares fuera del peligro que entrañaba a otros acreedores del minero en razón del privilegio concedido al aviador.

Al decir las Ordenanzas que debía constar por contrata firmada, significaba que debía constar por escrito, pero no era forzoso que se celebrase por escritura pública, pues se dejaba al arbitrio de las partes el hacerlo o no ante escribano y testigos. También se consideraba como solemnidad bastante "el acta firmada ante el juez, en que uno o más acreedores de un deudor fallido toman de su cuenta la habilitación de la mina o establecimiento de beneficio concursado, estipulando los premios, plazos y condiciones del avío".

Esta era la legislación que regía en nuestro país, en virtud de la real orden del 8 de Diciembre de 1785, la que dispuso su adopción en Chile.

Sin embargo, se presentaron dudas y las consiguientes dificultades acerca de su vigencia, haciéndose necesario dictar un decreto especial que dispusiera que dichas Ordenanzas formaban parte de nuestra legislación, decreto dictado el 11 de Junio de 1833.

Pues bien, la emancipación política de Chile, extendióse más tarde a la emancipación de cuerpos jurídicos, y así fue como nuestro país se otorgó leyes nacionales de acuerdo a sus legítimas necesidades. Mas, los años trascurrían y el campo jurídico minero había sido olvidado, sus leyes eran anticuadas, pues no habían sufrido variaciones, ni reforma alguna en el movimiento evolucionista del Derecho Nacional, haciéndose sentir cada día la necesidad imperiosa de una legislación minera propia.

Varios proyectos se presentaron, los cuales no prosperaron, y sólo en Mayo de 1871, don José María Cabezon presentó al Gobierno el Proyecto de Código de Minería que, exa-

minado y revisado por una comisión, fué promulgado como ley de la República el 18 de Noviembre de 1874.

Omitiendo las materias que reglamentó este Código, que no son de nuestra incumbencia, nos remitiremos a la parte que nos interesa, al avío.

Y antes que avancemos en esta materia, cabe advertir que este Código, fruto de tantas vacilaciones y trabajo, tuvo una vida efímera; pocos años más tarde fué sustituido por otro (20 de Diciembre de 1888), que vino a llenar deficiencias no previstas en el anterior.

El Código de 1874 dió al avío la interpretación que le daban las Ordenanzas, en su art. 189 (2). Decía: "Los contratos de avíos deberán constar por escrito; y no surtirán efectos respecto de terceros o de otros acreedores si son extendidos en escritura pública e inscritos en el Registro de constitución de derechos reales sobre minas".

La solemnidad de este contrato consiste en que si consta por escrito, sea por escritura pública o privada, se perfecciona y produce todos sus efectos respecto de las partes contratantes. Sin embargo, para que produzca efectos respecto de terceros o de otros acreedores, es decir, para obtener los privilegios de aviador, es necesario que se haga por escritura pública y que ésta se inscriba en el Registro de constitución de derechos reales sobre minas. De aquí que tenga gran importancia la forma en que se ha celebrado el contrato de avío, por el peligro que significa al aviador, si el minero es declarado en concurso o se le embargan los bienes, habiendo celebrado el contrato de avío por escritura privada, carecería de derecho para hacer valer su preferencia de aviador ante los acreedores comunes.

Este criterio han seguido nuestros Tribunales, al no dar lugar a una tercería interpuesta por el aviador, sobre unos minerales embargados, porque el contrato de avío que se invocaba en su apoyo no se había extendido por escritura pública inscrita en el correspondiente registro de constitución de derechos reales sobre minas, sin cuyos requisitos no puede surtir efecto legal alguno en contra del ejecutante (3).

Otro caso de importancia que fué objeto de debate, fué aquél en que se aceptó la tercería deducida por el aviador en calidad de dueño pro-indiviso de los metales explotados en la mina común, contra el minero, sobre unos metales prove-

(2) Art. 189 C. M. 1874.

(3) Gaceta de los Tribunales, 1890 s. 4693 fs. 1374, y Gaceta 1893, Tomo II, s. 3990, fs. 1370.

nientes de la mina aviada, por constar de escritura pública y cuya falta de inscripción sólo podría ser alegada por terceros y no por el minero que fué el contratante que hizo la cesión (4).

Para evitar estas dificultades, se pensó establecer como única solemnidad para celebrar este contrato, la escritura pública inscrita (5). Se decía que esta reforma miraba a la garantía de los contratantes, pues el avío "no debe servir sino para constituir un derecho real a favor del aviador". Tales insinuaciones de reforma no prosperaron; el Código de 1888 no modificó el carácter del contrato de avío.

6.) *Códigos de 1930 y 1932.*—El contrato de avío en los Códigos posteriores—1930 y 1932—no ha sufrido variaciones de carácter fundamental; más bien las reformas son de detalle, se han precisado conceptos y se han adoptado acepciones jurídicas más adecuadas.

La comisión Redactora del Código de 1930, dejó constancia en las actas de sus sesiones que, la exigencia de que constara por escrito el contrato de avío, implicaba solemnidad, con lo que puso fin a las interpretaciones variadas que se hacían, considerando la escritura, sea como medio de prueba según las Ordenanzas, sea como solemnidad.

El Código vigente da una definición más comprensiva del contrato de avío, como tendremos oportunidad de ver. A medida que entremos a conocer el contrato, objeto de nuestro estudio, en detalle, apreciaremos las acertadas reformas introducidas.

(4) Gaceta 1896, Tomo II, N.º 2595, fs. 1627.

(5) Art. 136, Proyecto de la Sociedad Nac. de Minería Art. 238 Proyecto de José Antonio Lira.

CAPITULO II

CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE AVIO

7.) *Definición.*—Nos preguntamos, ahora, ¿qué es el avío? ¿en qué consiste este contrato que hemos visto nacer y desarrollarse en la vida del derecho?

Es de hacer notar que las Ordenanzas de Nueva España no lo definieron, se limitaron a establecer las formas de avío y a reglamentarlo detenidamente. Nosotros nos concretaremos a examinar la definición actual para precisar en debida forma el concepto del avío.

El art. 178 C. M. lo define: "El avío es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a dar o hacer algo en beneficio del laboreo de una pertenencia para pagarse sólo con los productos de ella" (6). Definición defectuosa, porque se refiere sólo a la obligación principal de una de las partes y no a las de ambas, además contempla sólo una clase de avíos, el simple, sin hacer mención del avío por especie de compañía. Podríamos definirlo de la siguiente manera: "El avío es un contrato solemne, por medio del cual una de las partes se obliga a dar o hacer algo en beneficio del laboreo de una pertenencia y la otra parte se obliga a su vez a pagar esa obligación únicamente con los productos de la mina o con alguna parte de ella".

La definición califica el avío de contrato, y no de pacto como lo consideraban los Códigos de 1874 y 1888, con lo cual se le da su verdadera acepción jurídica. Se le llama a este contrato "avío", porque con este nombre se conocía en Méjico el dinero o efectos que se daban de antemano a alguno, para consumirlo en el fomento de las minas o de otras haciendas de labor o ganado (7).

De la definición legal se deduce: a) La obligación del aviador de dar o hacer algo en beneficio del laboreo de una pertenencia; y b) El derecho de él mismo para pagarse sólo con los productos de la mina.

(6) Concordancias: Cód. 1888. Art. 137. C. Civ. arts. 1438 a 1440, 1461, 1545, 2206, 2423, 2465, 2475. C. de M., arts. 178, 179, 183, 185, 198; 200.

(7) Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo I, pág. 948.

Los Códigos anteriores imponían al aviador la obligación de satisfacer un costo (8), lo que hacía creer que sólo podía consistir en una obligación de dar. La definición actual aclara toda duda, la obligación del aviador puede ser de dar o hacer algo en beneficio del laboreo de la pertenencia.

Por "costos" entendía todo aquello que se obligaba a suministrar el aviador en el contrato de avío, ya fuera en dinero o efectos, y a falta de estipulación de las partes sobre su especie, tenía derecho el minero para obligar al aviador a suministrarle por costos, todo aquello que fuera necesario para el racional laboreo de la mina. Interpretación emanada del art. 4.º de las O. N. E., la cual exigía a los aviadores suministrar los avíos en reales de contado o en letras pagables sin premio ni pérdida, sin perjuicio que si el minero les pedía géneros y efectos se les debía remitir.

En el Código vigente, la obligación del aviador, de dar o hacer, debe ser en beneficio directo de la pertenencia, y no consistir en actos que indirectamente beneficien el laboreo de ella. Aclararemos con un ejemplo: la persona que hace construir socavones para la ventilación o desagüe de una pertenencia, puede ser aviador porque ejecuta una obra que beneficia directamente el laboreo de la pertenencia, en cambio, no puede ser, el abogado que defiende judicialmente la pertenencia, aunque obtenga una decisión a su favor que asegure al minero la propiedad de la pertenencia, porque ha ejecutado un acto que no beneficia directamente ni indirectamente el laboreo.

Es de hacer notar que la definición actual ha sustituido la palabra "mina" por "pertenencia". Mina es según la definición que da el señor Cordero: "toda acumulación de sustancias minerales que se encuentran ya sea en la superficie de la tierra o en el interior de la misma, y que son susceptibles de apropiación". (9). En cuanto a pertenencia, el Código de Minas en el art. 2.º dispone: "La propiedad minera que la ley concede se llama pertenencia". (10). La diferencia está a la vista, la pertenencia es creación de la legislación minera, mientras que la mina es un producto de la naturaleza.

La pertenencia tiene la forma de un sólido, cuya base es un rectángulo y cuya profundidad es indefinida dentro de los

(8) Art. 137 del Cód. de 1888 correspondiente al 189 del Cód. 1874.

(9) Cordero, Luis. "Comentarios al Código de Minas", pág. 258.

(10) Definición tomada del Proyecto de Cód. de Soc. Nac de Minería, 1902.

planos verticales que lo limitan (art. 2.^o C. M.). En cambio, la mina no tiene límites determinados, sus dimensiones y formas son variados.

El legislador, al emplear, o mejor dicho, sustituir la palabra mina por pertenencia, ha querido que se le dé a esta última su verdadera acepción legal, para evitar cualquiera duda al celebrar un contrato de avío. Desde luego, podría presentarse la siguiente situación: un minero desea celebrar un contrato de avío, para realizar trabajos de investigación y cateo o en otros términos, cuando aún no tiene pertenencia minera, ¿podría hacerlo? Aplicando el texto legal en su verdadero alcance, no podría realizar el contrato de avío, porque se deduce que es requisito esencial para celebrar tal contrato, la existencia previa de la propiedad minera debidamente constituida, o sea, la pertenencia.

La situación que analizamos y que es irrealizable, sería jurídicamente legal en los Códigos anteriores; pudo haberse celebrado contratos de avío para trabajos de investigación y cateo, de acuerdo con la acepción usada, "mina" y con el art. 1561 C. Civil, no solamente las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

Siguiendo el estudio de la definición, establece ésta que las obligaciones del aviador sean en beneficio del laboreo de la pertenencia, y no en favor de establecimientos de beneficio de minerales, porque estos establecimientos no tienen por objeto el laboreo de la pertenencia.

Por último, la ley expresamente dispone, que la obligación del minero es pagar al aviador con los productos de la mina. De aquí que el aviador no podría perseguir los bienes personales del aviado por una deuda proveniente de un contrato de avío, porque éste se obliga a responder sólo con los productos de la pertenencia. Constituye un requisito esencial del contrato de avío.

Nuestros Tribunales uniformemente han establecido, que el avío es un contrato especial que impide al acreedor ejecutar su derecho en la forma que los demás acreedores, o sea, sobre todos los bienes del deudor, de acuerdo con las reglas generales. Y es, por lo tanto, de su esencia, que el aviador sólo puede pagarse con los productos de la mina. No podría, por tanto, calificarse de contrato de avío, un contrato en que no se especifique la mencionada peculiaridad esencial.

Las Ordenanzas de Nueva España empleaban un sistema mixto. Era de la esencia del contrato de avío que el avia-

dor se pagara sólo con los productos de la mina, pero bien podía pactarse en el avío a premios de plata que el minero obligara también sus bienes para responder a la deuda. Al respecto, en el art. 6.º, disponía que el minero estaba obligado a satisfacer los avíos, únicamente con las utilidades de la mina y con la hacienda de beneficio si con aquel caudal se hubiere construído. Y en la parte final, decía: "Y además declaro que si el caudal con que se avió la tal mina y de que procede el enunciado descubierto, no se ministró por compañía celebrada entre el aviador y el minero, en cuyo caso debe ser común la ganancia o la pérdida, sino por préstamo, y el minero obligó sus bienes porque quiso hacer, o porque el aviador 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".

El Código de Minas argentino, reglamenta minuciosamente el contrato de avío, el cual difiere del nuestro, entre otros aspectos, en cuanto a este requisito esencial que lo caracteriza en nuestro derecho: "pagar con los productos del aviador". El Código argentino excluyó esta frase, y lo define así: "un contrato por el cual una persona se obliga a suministrar lo necesario para la explotación de una mina". (art. 295 C. M.). Con ello, consagró, un vínculo personal amplio entre el aviador y el minero, por tanto, el aviador puede hacerse pago con todos los bienes del deudor, incluso los productos de la mina. Como consecuencia de esta característica que presenta el contrato de avío argentino, esta legislación autoriza garantías para seguridad del pago de los avíos, tales como hipotecà, fianza, etc., garantías que nuestro Código no admite por el carácter aleatorio y especial que observamos (11).

8.) *Características de este contrato.*— El contrato de avío presenta las siguientes características, es: nominado, bilateral, aleatorio, oneroso, principal y solemne. Analizaremos cada una de las peculiaridades de este contrato.

Es un contrato nominado, porque tiene nombre y está reglamentado por la ley.

Es bilateral, porque ambos contratantes se obligan recíprocamente; el aviador contrae la obligación de dar o hacer algo en beneficio del laboreo de la pertenencia; y el minero, la de reembolsar esos gastos e inversiones con los productos de la mina, salvo el caso del avío por especie de compañía.

(11) Código de Minas Argentino, 1887, redactado por Enrique Rodríguez.

Es aleatorio, porque no pueden los contratantes apreciar desde el principio el beneficio que les puede reportar, y tal es así, que, si la mina no da para pagar al aviador nada debe abonar el minero. Del carácter aleatorio de este contrato, se desprende que no se puede caucionar el cumplimiento de las obligaciones del minero; iría contra la naturaleza del contrato.

La jurisprudencia ha establecido que el contrato de avío es enteramente aleatorio, porque está sujeto a la contingencia de que las minas produzcan o no los metales que de ellas se esperan y por eso tiene el privilegio especial, contrario a lo que dispone al respecto la legislación civil, de que se puedan pactar intereses sin limitación alguna, cuando se celebra por escritura pública inscrita (12).

Es un contrato oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. No desvirtúa este carácter por el hecho de no recibir el aviador lo que le correspondía por su desembolso, pues se atiende al momento de la celebración del contrato en que ambas partes persiguen utilidades.

Es un contrato principal, porque tiene existencia propia sin necesidad de otra convención.

Por último, es un contrato solemne, porque para que exista debe llenar ciertas formalidades: debe constar por escrito, y no produce efecto respecto de terceros, si no se otorga por escritura pública inscrita en el Conservador de Minas.

Por el hecho de contratar un avío, el aviador no adquiere la tenencia, ni la posesión de la pertenencia, salvo que se estipule expresamente lo contrario, de aquí que no puede el aviador, por su sola calidad de tal, entablar acciones posesorias con relación a ella (13).

9.) *Requisitos de existencia.* — Solemnidad: Las condiciones de existencia en el avío son las mismas que se requieren para los contratos en general. Por consiguiente no nos ocuparemos de ellas, salvo en lo relativo a la formalidad.

La solemnidad a que está sujeto este contrato según el art. 179 de nuestro Código (14), consiste en la escritura, sea

(12) Gaceta 1920, T. I, s. 22, pág. 167.

(13) Gaceta 1897, T. II, s. 3770.

(14) Art. 179 C. M.: "Los contratos de avío deberán otorgarse por escrito y no surtirán efecto respecto de terceros, si no son extendidos en escritura pública, inscrito en el Registro de Gravámenes del Conservador de Minas".

Concordancias: C. M. 1888, art. 138. — C. Civ. arts. 18, 1690, 1701, 1703, 1709, 2175, 2237, 2409, 2410, 2411.—C. de M. arts. 3, 52, 78, 79, 155, 173. Reglamento 144; 148; 153, 154, 56, 158.

privada o pública. De tal manera que para que el contrato de avío se perfeccione entre los contratantes, no basta con el simple acuerdo de voluntades, preciso es, que el consentimiento quede expresado materialmente, consignado en forma explícita y concreta, de modo que a nada estén obligadas las partes, si no se cumple con este requisito.

La ley ha dejado en libertad a los contratantes, en cuanto al cumplimiento de este requisito, en el sentido que, sea la escritura, pública o privada; el valor de existencia entre los contratantes es idéntico en ambos casos.

Al estudiar el avío en las Ordenanzas de Nueva España, vimos que esta ley exigía que el contrato constara por escrito, bajo la sanción que, siendo de otra manera, no se atendería en juicio a las estipulaciones particulares que se alegaren, sino en conformidad a las reglas generales (art. 1.^o).

La omisión de la escritura, sea pública o privada, no producía la nulidad del contrato, ya que éste podía también celebrarse verbalmente; el requisito de la escritura era con el fin de evitar los litigios y dificultades que se suscitaban de continuo entre los contratantes. La ley sólo pretendió excluir la prueba testimonial.

Como es sabido las Ordenanzas de Nueva España regían en nuestro país, durante y después de la promulgación del Código Civil. La dictación de este cuerpo jurídico trajo ciertas dificultades en esta materia. Por de pronto, al disponer en sus arts. 1708 y 1709 que no se admite la prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito, debiendo constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega de una cosa que valga más de \$ 200.

Ahora bien, se presentaba la duda de si se podría probar con testigos un contrato verbal de avío superior a \$ 200.

En realidad, las dificultades que se creyeron ver, fueron más bien sin fundamento, puesto que las Ordenanzas de Nueva España siguieron rigiendo en materia de minas y éstas nada disponían acerca de las obligaciones que debían constar por escrito y siendo leyes especiales, prevalecían sobre las generales.

10.) *Cuasi-contrato de avío.*—Nuestro Código de Minas contempla en una de sus disposiciones un caso de cuasi-contrato de avío. El art. 107 del Código de Minas es el que ha dado lugar a este caso excepcional. La citada disposición establece lo siguiente: "El socavonero que desagüe pertenencia ajena con utilidad para ésta, tendrá derecho a pedir que

se le abone por su dueño, a justa tasación pericial, el valor del beneficio que reciba, o el costo que le demandaría obtenerlo por otros medios.

Si un socavón desagüa dos o más pertenencias, o una pertenencia fuere desaguada por dos o más socavones, el monto de lo que deba pagarse al socavonero se distribuirá entre las varias pertenencias o socavones, a prorrata del beneficio que reciban o reporten, respectivamente.

El pago sólo podrá exigirse sobre los productos de la pertenencia desaguada”.

Se trata de la ejecución de un socavón, o sea, de una obra minera que tiene por objeto satisfacer los servicios de desagüe de una pertenencia. El socavonero ha debido emprender esta obra a fin de facilitar la explotación y laboreo de su pertenencia, mas, esta utilidad se ha extendido a otra pertenencia ajena, por requerirlo así la obra.

Ante tal evento, no sería justo que el propietario de la pertenencia beneficiada por las obras de un tercero, goce y se enriquezca sin costo alguno; se impone una retribución equitativa al socavonero. La misma disposición legal indica la forma en que debe evaluarse esa retribución, la cual será equivalente al costo que le demandaría al beneficiado con el socavón, obtener estos beneficios con otros medios. La tasación es pericial.

Puede suceder que el socavón desagüe dos o más pertenencias, o una pertenencia fuera desaguada por dos o más socavones; se distribuirá en tales casos, entre las varias pertenencias o socavones, a prorrata del beneficio que reciban o reporten.

El dueño del socavón sólo podrá hacer efectivo el pago de lo que le corresponda por las utilidades que presta su labor, sobre los productos de la pertenencia desaguada.

Como podemos apreciar, concurren en el caso que analizamos todos los requisitos necesarios para que tenga lugar el cuasi-contrato de avío. El socavonero que reporta beneficios con su labor minera a una pertenencia ajena para su mejor explotación y laboreo, sería el aviador. El dueño de la pertenencia beneficiada, es el minero que no ha intervenido con su consentimiento a la realización de este trabajo, y el pago al socavonero (aviador) debe hacerse con los productos de la pertenencia beneficiada.

11.) *Condiciones del avío para que tenga valor respecto de terceros.*—a) Escritura pública. Sabemos ya, que el contrato de avío, otorgado por escritura pública o privada, es válido

entre los contratantes. Pero, los terceros, ¿deben respetar el contrato de avío celebrado en estas solas condiciones? La negación legal es explícita. De acuerdo con el art. 179, ese contrato no surte efecto alguno ante terceros, si no consta por escritura pública inscrita en el Registro de Gravámenes del Conservador de Minas.

No basta, pues, que el contrato se otorgue por escritura pública si ésta no se inscribe; los efectos serán los mismos que si se otorgara por escritura privada. En otros términos, el aviador contraería todas las obligaciones de tal, sin sus garantías de preferencia a pagarse con los productos de la mina y se vería desarmado ante las pretensiones preferentes que aleguen otros acreedores.

El legislador siempre sujeta a esta exigencia, (escritura pública inscrita), cuando se produce alguna mutación o variación en la propiedad, a fin de dar estabilidad a estos actos, darles su debida publicidad, en forma que no se preste a dudas, dificultades o fraudes.

El aviador y el minero deben concurrir al otorgamiento de la escritura pública.

b) Inscripción de la escritura pública: Decíamos que la escritura pública debe inscribirse en el Registro de Gravámenes para que el aviador goce de su privilegio frente a terceros, extraños al acto. Y así como la simple escritura es requisito de existencia del avío entre los contratantes, la escritura pública y la inscripción correspondiente, constituyen los requisitos de existencia ante terceros. Vemos la importancia vital de celebrar un contrato de avío por escritura pública inscrita.

Sabemos que antes de celebrar el contrato de avío, debe existir la propiedad completa y perfecta, y ello ocurre una vez inscrita el acta de mensura en el Registro de Propiedades del Conservador de Minas. Todo esto de acuerdo con el art. 72 del C. M., a fin de que se individualice el bien gravado con el avío.

El Código argentino exige solemnidades distintas para que el contrato de avío surta efecto respecto de terceros. Puede celebrarse por escritura privada inscrita en el Registro destinado a los contratos de minas, para que produzcan efectos respecto de terceros. Además se publicará por tres veces diferentes de 15 días en el periódico que designe la autoridad, y se fijará en las puertas del oficio del escribano, durante el mismo plazo (15).

(15) Código Argentino, art. 301.

12.) *Analogía y diferencias del avío con otros contratos.*—El avío presenta semejanzas y diferencias con otros contratos, tales como la hipoteca, anticresis, mutuo, etc.

a) *Hipoteca:* La hipoteca minera la define el señor Ruiz Bourgeois como un "contrato solemne y accesorio en el que se asegura el cumplimiento de una obligación principal, otorgando al acreedor un derecho real sobre la pertenencia hipotecada y no por eso sale de manos de su dueño: derecho que consiste en exigir que se entregue la pertenencia en anticresis o avíos judiciales en cualquier mano en que se encuentre, con el fin de que se pague al aviador hipotecario con preferencia a otros acreedores". (16).

De la definición de la hipoteca y de los conocimientos que tenemos del avío, deducimos que ambos contratos presentan las siguientes semejanzas:

1.º) La hipoteca y el avío otorgado por escritura pública inscrita, son gravámenes de la mina, el dueño pierde el goce pleno y absoluto que le autoriza el dominio de su pertenencia.

2.º) La hipoteca y el avío son contratos solemnes.

3.º) El hecho de celebrar cualquiera de estos contratos no priva al dueño de la posesión de la pertenencia.

4.º) La hipoteca y el avío son créditos preferentes de tercera clase.

La hipoteca y el avío se diferencian:

1.º) La hipoteca tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal. El avío tiene por objeto explotar una pertenencia.

2.º) De esta diferencia se deduce que el contrato de hipoteca es accesorio, el avío es un contrato principal.

3.º) La hipoteca debe otorgarse siempre por escritura pública, en cambio para el avío no se exige más que conste por escrito, sea por escritura pública o privada.

4.º) En la hipoteca, la ley autoriza al acreedor hipotecario ejercer ciertos derechos sobre la cosa dada en garantía, cuando no se cumple oportunamente la obligación principal. Estos derechos se hacen valer en la pertenencia como también en sus accesorios, de acuerdo con el art. 193 del C. M.

En cambio el aviador no tiene derecho alguno sobre la pertenencia, sino sobre los productos desde el momento que celebró el contrato.

(16) Ruiz Bourgeois. "Apuntes de Derecho de Minería", pág. 333.

5.º) El deudor hipotecario es dueño de invertir como le plazca la suma prestada; mientras que el minero debe invertir los efectos del avío en la explotación o laboreo de la pertenencia.

6.º) Las hipotecas se gradúan entre ellas, atendiendo al orden de sus fechas. Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras, según el orden de su inscripción.

Los avíos prefieren en orden inverso a las hipotecas, el más nuevo prefiere al más antiguo.

En el Código de 1888 surgía un problema que felizmente el actual dió solución, sin tener que recurrir a la equidad, recurso poco eficaz. Sucedió que una pertenencia tenía en primer lugar un avío inscrito; en segundo lugar, una hipoteca inscrita; y en tercer lugar, otro avío inscrito. El primer avío prefería a la hipoteca; pero el segundo avío, prefería al primero. Hoy, el art. 192 del Código vigente, soluciona expresamente este conflicto, al establecer que: "no producirá efecto la hipoteca sobre pertenencias que estén afectas a un avío inscrito, mientras el aviador no se posponga en sus derechos al acreedor hipotecario y se tome nota de la posposición en el registro correspondiente". La posposición es el acto por el cual un acreedor que goza de preferencia (el aviador en nuestro caso), acepta que sobre su crédito se constituya otro, que sea de grado preferente al suyo, y que se tome nota en el registro correspondiente. Este acto debe celebrarse por escritura pública, ya que no puede hacerse inscripción alguna, sin que se exhiba previamente copia auténtica del título respectivo, sentencia o decreto judicial. (art. 57 del Reglamento).

En consecuencia, para hipotecar una pertenencia que tiene un avío inscrito, es necesario contar con la voluntad del aviador para la posposición, en caso contrario la hipoteca no producirá efecto alguno.

b) *Anticresis*: Examinaremos ahora, el avío judicial y la anticresis judicial y, una vez instruídos en esta materia, haremos notar las semejanzas y diferencias entre ambas instituciones.

a) *Anticresis judicial*: El inc. 2.º del art. 199 C. M., estatuye que la anticresis judicial o prenda pretoria tiene lugar "cuando el producto de los minerales no alcanzare para cubrir la deuda, podrá el acreedor pedir al juez que le entregue la pertenencia en anticresis judicial, hasta hacerse pago con los productos que rindiere".

Los acreedores hipotecarios y luego los aviadores, gozan de preferencia para tomar la pertenencia en anticresis judicial (17).

De la disposición legal citada que establece la prenda pretoria, se desprende que es necesario concurren ciertos requisitos para que proceda la anticresis judicial. Tales condiciones serían:

a) Que la realización de los minerales extraídos no haya bastado para satisfacer el crédito del acreedor que solicita la anticresis.

b) Pedir al juez de mayor cuantía la entrega de la pertenencia objeto de la anticresis.

c) Inventario solemne de la pertenencia y sus accesorios (art. 525 C. P. C.).

El C. Civil (art. 2445) dispone que la anticresis judicial o prenda pretoria se regla por las disposiciones del C. Pr. C., las cuales examinaremos con alguna detención.

El acreedor a quien se entrega la pertenencia en prenda pretoria, deberá cumplir obligaciones en forma estricta; la violación de ellas importaría responsabilidades criminales al acreedor infractor. Veamos sus principales obligaciones:

a) Ante todo, debe llevar cuenta exacta, y en cuanto fuere posible, documentada, de los productos de la pertenencia. Las utilidades líquidas que se obtengan se aplicarán al pago del crédito, a medida que se perciban.

Para calcular las utilidades se tomarán en cuenta, a más de los otros gastos de legítimo abono, el interés corriente de los capitales propios que el acreedor invierta y la cantidad que el Tribunal fije como remuneración de los servicios que preste como administrador. Quedará privado del derecho de esta remuneración el acreedor que no rindiere cuenta fiel de su administración o que se hiciere responsable de dolo o culpa grave (526 C. Pr. C.).

b) Deberá el acreedor rendir cuenta de su administración cada año, bajo la pena de perder el derecho a la administración que le corresponde.

c) Debe administrar la pertenencia como buen padre de familia; responde de la culpa leve. Si contraviene a esta obligación se le priva de la administración, la cual pasa a manos del minero.

Se someterán al procedimiento sumario las cuestiones relativas al ejercicio de la administración de la mina por el

(17) Art. 202 C. M.

acreedor ejecutante a quien se hubiere entregado en prenda pretoria (art. 920, inc. 3.º C. P. C.).

Cualquiera de las partes, sea acreedor o minero, que carezca de la administración de la pertenencia goza del derecho de poner interventor, inspeccionar los trabajos, libros de contabilidad, etc (188 y 201 C. M.).

Salvo estipulación en contrario, podrá pedir el deudor en cualquier tiempo la pertenencia dada en prenda pretoria pagando la deuda y las costas, incluso todo lo que el acreedor tuviere derecho a percibir (art. 527 inc. 1.º C. P. C.).

El acreedor, por su parte, podrá en cualquier tiempo poner fin a la prenda pretoria y solicitar el embargo de otros bienes del deudor (527 C. P. C. inc. final).

Tales son los principios principales que informan la anticresis judicial.

b) *Avío judicial*: El avío judicial aparece establecido en el art. 200 del C. M., dice así: "No rindiendo la pertenencia productos bastantes para atender a su laboreo y a la cancelación del crédito, podrá el acreedor pedir al juez autorización para aviarla bajo su administración, y tendrá derecho preferente para pagarse, no sólo de las cantidades que invirtiere en este avío, con sus intereses corrientes, sino también de su crédito primitivo".

Luego, deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Que la pertenencia no rinda productos bastantes para atender a su laboreo y a la cancelación del crédito.

b) Que se solicite el avío judicial al juez de mayor cuantía competente.

c) Que se proceda a la inscripción del avío otorgado, en el Registro de Gravámenes del Conservador de Minas respectivo.

Los acreedores hipotecarios en primer término y los aviadores, después, tienen preferencia para pedir se le entregue la pertenencia en avío judicial (art. 202 C. M.).

El aviador, a quien se entrega la pertenencia en avío judicial, debe administrar cuidadosamente la pertenencia. Responde hasta de la culpa leve. La administración descuidada o fraudulenta le priva de la administración, la cual pasa a manos del minero, pudiendo aquél nombrar interventor o inspeccionar los trabajos, libros de contabilidad, hacer reparos, etcétera.

Ahora bien, conocida la estructura jurídica de las instituciones estudiadas—la anticresis y el avío judiciales—cabe señalar sus semejanzas y diferencias.

Entre las primeras, tenemos, entre otras:

a) En el avío judicial y anticresis judicial, el pago al acreedor se efectúa con los productos de la pertenencia.

b) Tanto en el avío judicial como en la anticresis judicial, el dueño de la pertenencia pierde el goce pleno que le autoriza su dominio, ya que la facultad de percibir los productos pasa al acreedor.

c) En ambos casos, la administración corresponde por derecho propio al acreedor, excepcionalmente al deudor. Cualquiera de las partes que carezca del derecho de administración tiene facultad para colocar interventor o ejercer los derechos de inspección que le concede la ley.

Más notables son las diferencias que la anticresis y el avío judiciales presentan, podemos anotar las siguientes:

a) En el avío judicial el acreedor debe efectuar desembolsos, invertir dineros o efectos para explotar la pertenencia y atender a su laboreo, en forma de producir un rendimiento eficiente para el pago de los créditos e intereses respectivos.

En cambio esta situación es incompatible en la anticresis judicial, porque la pertenencia debe rendir productos suficientes para atender por lo menos a su propio laboreo, sin que el acreedor invierta nada con este objeto.

b) En la anticresis judicial para cautelar los intereses del deudor, se exige inventario solemne de la pertenencia y sus accesorios, llevar cuenta en lo posible documentada de los productos de los bienes dados en prenda pretoria y rendir cuenta de la administración cada cierto tiempo. En el avío judicial no existen estas exigencias, sólo autoriza a la parte que carece de la administración el derecho de colocar interventor y ejercer derechos de inspección.

c) *Mutuo*: Por último, el avío se diferencia del mutuo, en que en este contrato una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad (art. 2196 C. Civ.), o sea, el mutuuario es dueño de invertir, como mejor crea, lo que recibe del mutuante; situación completamente diversa se presenta en el avío, en el cual los dineros o efectos recibidos por el minero debe obligadamente invertirlos en la explotación o laboreo de la mina, la violación de este principio acarrea responsabilidades criminales para el minero infractor. Además,

en el mutuo, la ley limita el interés máximo que se permite estipular, en el avío la ley no sienta limitación alguna a los intereses que se estipulan.

13.) *Diferentes formas de avío.*—Atendiendo a diversos aspectos, los avíos admiten clasificaciones. Según se considere el origen, las obligaciones del aviador o la forma de pago, emanan las diversas formas que puede presentar el avío:

I.) Según su origen, el avío es convencional, legal o judicial.

a) Avío convencional es el que resulta del acuerdo de las partes manifestada en la forma legal (18).

b) Avío legal es el que tiene lugar, cuando terminados los avíos y quedando la mina en descubierto, el aviador hace valer el derecho conferido por la ley de tomar la mina bajo su administración y derecho de seguir aviándola hasta pagarse preferentemente a todo otro aviador, tanto de su crédito primitivo, como del nuevo avío con los premios correspondientes (19).

c) Avío judicial es el derecho que el acreedor puede hacer valer ante el juez contra el minero, para aviar la mina bajo su administración, cuando ésta no ha dado lo suficiente para cancelar su crédito (20).

II.) Según el límite de las obligaciones del aviador, se divide en: determinado e indeterminado (21). Esta es una de las clasificaciones más importantes, porque a ella se atiene la ley para fijar las obligaciones y derechos de los contratantes cuando se quiere poner término al avío.

a) En el avío determinado, las obligaciones del aviador están precisadas de alguna manera, sea que se haya pactado en cantidades totales o parciales, por tiempo o plazo preciso, o bien, en una o más obras de la pertenencia.

b) El avío es indeterminado, cuando las obligaciones del aviador no están precisadas, ni por cantidades, plazos u obras en la pertenencia (22).

III.) Finalmente, según la forma de pago de las obligaciones del minero, el avío se divide en: simple y por especie de compañía.

(18) Art. 179 C. M.

(19) Art. 187 C. M.

(20) Art. 200 C. M.

(21) Art. 180 C. M., concordancias: C. M. 1888, art. 139. C. C. arts. 48, 1438, 1494, 1545, 1546, 1553.— C. P. C. 557 y ss.—C. M. 88, 178, 179.

(22) Art. 181 C. M.

a) Avío simple es aquel en que se paga al aviador con los productos de la mina, sea que se estipule con los minerales en bruto, pastas o en dinero (23).

Este avío admite la estipulación de intereses sin límite alguno, los cuales reciben el nombre de "premios".

b) Avío por especie de compañía es aquel en que se estipula que el aviador, una vez cumplidas sus obligaciones se hace pago de sus servicios con una cuota de la pertenencia, cuota que no puede exceder de un 50% de la pertenencia. La ley, al limitar la cuota lo ha hecho con el fin de evitar abusos que pudieran cometerse en contra del minero necesitado.

Esta especie de avío importa una verdadera promesa de transferencia, de aquí que sus efectos sean los mismos que la promesa de venta, establecida por el art. 76 (24).

Este pago importa una transferencia de una parte de la pertenencia, en forma que al efectuarse la inscripción de la transferencia, nace una sociedad de hecho, una vez que el avío se ha extinguido por el cumplimiento de las obligaciones de las partes y hecha la transferencia correspondiente (arts. 184 y 136 C. M.).

El minero socio, o sea, el ex aviador, pasa a tener las mismas obligaciones y derechos que el minero, porque perdió la calidad de aviador, al hacerse la transferencia a su favor.

El art. 184 del C. M., que reglamenta la clase de avío de que nos ocupamos, introdujo una modificación de importancia al Código de 1888, que en la forma que estatúa este punto, se prestaba a dificultades y dudas perjudiciales al minero (art. 143 C. M. 1888). Al no fijar un máximum en la cuota, podía ser ésta exigua o considerable, con las siguientes desventajas. En el primer caso, la duración de la sociedad era incierta, porque teniendo el aviador poco interés en la cuota en que se había hecho dueño, en cualquier momento podía renunciar su crédito de avíos, poniendo término a la sociedad.

Por el contrario, si la cuota era de importancia, digamos más del 50% de la pertenencia, se hacía necesario su acuerdo para toda resolución dentro de la sociedad; siendo el mayor accionista, su palabra era decisiva, lo que inducía a abusos de su parte por las obligaciones a que estaba obligado.

(23) Art. 183 C. M. Concordancias: C. M. 1888, arts. 142.—C. C. arts. 1545, 1546, 2206.—C. M. 178, 180, 184, 187.

(24) Art. 184 C. M. Concordancias: C. M. 1888, arts. 143.—C. C. 1438, 1553, 1554, 1559, 1801, 1808, 1809, 2206, 2210.—C. M. 76, 183, 185. Reglamento arts. 144, 149, 154, 156, 158.

El aviador podía poner término al avío, renunciando a su crédito, la cuota tomada en la pertenencia volvía al dominio del minero, sin gravamen alguno para éste.

La reforma actual, dió acertadamente a esta situación el carácter de promesa de venta.

Antes de terminar con las clasificaciones de los avíos, nos referiremos al error en que incurren muchos, al creer que el avío simple y el avío por especie de compañía, equivalen a los avíos a premios de plata y el de especie de sociedad de las Ordenanzas de Nueva España.

Las Ordenanzas de Nueva España disponían que en el avío por especie de compañía, se interesaba el aviador en la mina, haciéndose para siempre dueño de una parte de ella o de los metales por algún tiempo.

Pues bien, de esta clase de avío, nació lo que hoy conocemos con el nombre de avío por especie de compañía y avío simple. El avío por especie de compañía de las Ordenanzas, fué, como si dijéramos la inspiración de estas clase de avíos que creó el legislador chileno, pero que nada tiene de semejanza con los avíos de las Ordenanzas de Nueva España.

De este modo, las Ordenanzas de Nueva España establecían que el avío por especie de compañía, tenía lugar: a) cuando el aviador se hacía para siempre dueño de una parte de la mina, lo que dió origen al avío por especie de la compañía actual, en el cual el aviador, una vez cumplidas sus obligaciones se hace pago de sus servicios con una cuota de la pertenencia, la cual no puede exceder a un 50% de ella. Estipulación que importa una promesa de transferencia, la cual no puede exigirse hasta que el aviador no hubiere dado cumplimiento a las obligaciones convenidas.

En las Ordenanzas de Nueva España el aviador se hacía dueño para siempre de la cuota estipulada (que no tenía limitación legal alguna).

Ahora bien, el avío por especie de compañía de las Ordenanzas también existía, cuando se estipulaba que: b) el aviador se hiciera dueño de los metales por algún tiempo; de aquí nace el avío simple actual, que nada tiene que ver con el avío a premios de plata, estatuido por las Ordenanzas y el cual muchos erróneamente asemejan.

Repetimos que el avío por especie de compañía de las Ordenanzas de Nueva España inspira al legislador la creación de dos clases de avíos fundamentalmente distintos a su tronco común: los avíos por especie de sociedad y el avío simple que reglamentó el Código de 1874 y que se mantienen en los Códigos posteriores con ligeras modificaciones, en la forma ya estudiada.

CAPITULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL AVIADOR

14.) *Obligación de dar o hacer algo en favor de la pertenencia.*—El aviador contrae la obligación de dar o hacer algo en beneficio del laboreo de la pertenencia.

Al estudiar la definición del avío, hicimos notar que esta obligación del aviador, sea de dar o hacer, debe tender al beneficio directo de la pertenencia, objeto del avío.

En cuanto a la forma de dar cumplimiento a su obligación se atenderá a los términos estipulados en el contrato, v. gr.: se estipula que el aviador debe dar cierta cantidad de dinero mensualmente. Si nada se hubiere dicho al respecto, los avíos se suministrarán a medida que lo vaya exigiendo el laboreo de la mina (25).

El Código argentino tiene una disposición muy similar a la nuestra, al disponer también que se estará a la estipulación de las partes en el contrato, y a falta de estipulación, cuando el dueño de la mina lo solicitare para acudir a las necesidades de la explotación (26).

Las Ordenanzas de Nueva España disponían que los avíos debían suministrarse en reales de contado, o en letras sin premio ni descuento, o bien en géneros o efectos, si el minero lo solicitaba (27). De modo que también el aviador debía entregar al minero a título de avíos, las cosas que éste le solicitase, siempre que fueran concurrentes al laboreo de la mina.

15.) *Derechos recíprocos del minero, cuando el aviador no da cumplimiento a su obligación.*—Puede ocurrir el caso que el aviador se niegue a dar cumplimiento a su obligación, no suministre los avíos en los términos estipulados, o no lo haga, a medida que el laboreo de la mina lo requiera.

El legislador previó esta situación, no pudo dejar a una de las partes desamparada, ante la informalidad o negligencia de la otra, y le otorgó derechos al minero para remediar los perjuicios que puede acarrear esta situación imprevista a su pertenencia.

(25) Art. 185 C. M. Concordancias: C. M. 1888, art. 144.—C. C. arts. 1545, 1546, 1551, 1553.—C. P. C. arts. 456, 459.—C. M. 178, 183, 184, 197, 203, 221.

(26) C. Argentino art. 303.

(27) Ordenanzas de Nueva España, arts. 4 y 5.

Los derechos que la ley confiere al minero son tres, los cuales puede ejercitar a su libre arbitrio: a) Tomar dinero de otra persona por cuenta del aviador; b) Contratar un nuevo avío que goce de preferencia sobre el primero; o bien, c) Demandar el pago por la vía correspondiente (28). No obstante, el minero aviado, debe cumplir ciertas condiciones para hacer valer cualquiera de estos tres derechos que hemos nombrado.

1.º) Notificar judicialmente al aviador, requiriéndolo para el cumplimiento de su obligación.

2.º) Dejar trascurrir un plazo de 15 días, después de la notificación sin que el aviador cumpla su obligación. Pero, en caso de negativa del aviador a ejecutar la prestación debida, no es necesario el transcurso del plazo anterior.

El plazo de 15 días que establece la ley, no es de los fatales, o sea, no extingue el derecho por el sólo ministerio de la ley, luego, es necesario acudir a los Tribunales una vez expirado el término, pidiendo al juez declare incurso en apercibimiento al aviador, a fin de poder ejercitar el minero cualquiera de los derechos que se le confiere, eficazmente.

Si opta por demandar judicialmente el pago, el minero aviado podrá ejercer la acción ordinaria o ejecutiva, según el título en que conste el contrato.

Los otros derechos que puede ejercer el minero en contra el aviador remiso en cumplimiento de sus obligaciones, y que no requieren intervención judicial, consisten en tomar dinero en préstamo de otra persona por cuenta del aviador, o bien, contratar un nuevo avío que goce de preferencia sobre el primero.

Decíamos que no es necesario acudir a los Tribunales para poner en práctica estos derechos, dado que la ley otorga el plazo de 15 días, y que sería inoficioso, si tuviera que acudir a la vía judicial.

Este era el espíritu del Código de 1888, inspirado en las Ordenanzas, pero que se prestaba a dudas por carecer la ley de una disposición que expresamente consignara el plazo de 15 días, innovación de los Códigos posteriores (1930-1932). Siempre se ha pensado que la naturaleza de los asuntos mineros requiere decisiones rápidas, y no era justo solicitar la intervención judicial, en este caso, cual significaría la paralización de los trabajos, y el remedio sería mucho más grave que el mal. Ante tales dificultades la ley deja entregada a la

(28) Art. 185 C. M.

propia iniciativa del minero la ejecución de estos derechos siempre que cumpla previamente las condiciones anotadas.

Las Ordenanzas de Nueva España otorgaban las facultades al minero sin más trámite que haber interpelado y reconvenido al aviador y dado parte a la diputación, en atención a que "el corriente laboreo de las minas no puede suspenderse sin grave perjuicio". (29).

El Código de 1930, en el art. 185, usaba el término "pago", al referirse a la negativa por parte del aviador; el Código de 1932 sustituyó esta palabra por "prestación", que si bien son sinónimos, dado que pago es la prestación de lo que se debe (30), trátase de una obligación de dar, hacer o no hacer, se prestaba a dudas, respecto a las personas poco versadas en los vocablos jurídicos; situación que se remedió al emplear "prestación", término más corriente y adecuado.

(29) Art. 15 O. N. E.

(30) Art. 1568 C. C.

CAPITULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DEL MINERO

El minero aviado debe cumplir las obligaciones inherentes al contrato de avío. Dichas obligaciones se refieren: a) A la inversión de los efectos del avío en la explotación o laboreo de la pertenencia; b) A la administración de la mina; y c) El pago al aviador.

PARRAFO I

El minero debe invertir los efectos del avío en la explotación o laboreo de la mina

La primera de estas obligaciones es, tal vez, la más importante, las otras son derivaciones, o mejor dicho, son subordinadas a la primera, porque, ¿de qué serviría que el minero administrase la mina y asegurase el pago de los avíos con los productos de la pertenencia, si no destina los efectos del avío en la explotación? El contrato de avío se degeneraría, habría violación de uno de los elementos esenciales, luego, no existiría contrato de avío. Si el minero celebra un avío, es porque carece de capital para explotar su pertenencia, al contratar persigue el trabajo activo de la pertenencia para obtener sus frutos; por otra parte, el aviador, al contratar, tiene como mira pagarse con los productos que su capital hará producir, y ¿qué garantías obtendría, si el minero da una destinación diferente a los efectos del avío? Esta es la razón por la cual decimos que la primera obligación es básica, fundamental. Sin embargo; parece que el legislador no le dió la importancia que nosotros le atribuimos, desde el momento que permite estipular la inversión de los avíos en otro destino que la explotación de la pertenencia (31); esta estipulación que por consignarla la ley es lícita en el avío, está reñida con la naturaleza misma del contrato. Tal estipulación nos sugiere la idea de un contrato sui generis, con caracteres de mutuo y de avío.

Esta primera obligación que contrae el minero existió en las Ordenanzas de Nueva España, y los Códigos de Minería posteriores no hicieron sino mantenerla (32).

Es una obligación de carácter económico que asegura al aviador el pago de sus inversiones.

(31) Art. 186, inc. 2.º C. M.

(32) O. N. E. art. 16.—C. M. 1888, art. 145.

La ley, dada la trascendencia de esta obligación, no ha podido dejarla sujeta al capricho del minero, bien puede éste urgido con otras obligaciones de carácter civil o de cualquier índole, violar su obligación, mermar el capital destinado a la explotación de la pertenencia, burlando así las cláusulas esenciales del contrato, en perjuicio del aviador. El legislador sanciona la infracción de la obligación del minero en forma severa, como lo veremos.

16.) *Sanciones por infracción de la obligación del minero.*—La ley, como decíamos, sanciona al minero de mala fe, protege al aviador diligente, en la misma forma que protege al minero aviado, cuando aquél se resiste a cumplir su obligación de dar o hacer algo en favor de la pertenencia.

La infracción de la obligación del minero que comentamos, autoriza al aviador para tomar la administración de la mina, sin perjuicio de perseguir criminal y civilmente al minero por el delito cometido (33).

La legislación española antigua, estableció que los que de cualquier manera invirtiesen los avíos en otra cosa que el trabajo de la mina, serían castigados con las penas correspondientes a la gravedad del caso, sin que les valiera para este efecto el privilegio de ser minero, ni ningún otro, y los debían devolver con sus respectivos intereses, a más de pagar al aviador los daños que la incorrección le pudiera originar (34).

Los Códigos chilenos—1874 y 1888—mantuvieron este criterio, al disponer que el minero que invirtiere en otro destino el dinero o efectos de los avíos sin consentimiento del aviador, será responsable de abuso de confianza, y el aviador tiene el derecho de tomar la mina bajo su administración (35).

Nuestro Código vigente da derecho al aviador para quitar la administración de la mina al minero y perseguirlo por el delito de estafa cometido. Demás está decir que dichos derechos puede ejercitarlos el aviador, siempre que no haya estipulado con el minero que los efectos de los avíos los destine éste a su antojo, en tal caso, las acciones destinadas a castigar la inversión serían improcedentes, bastaría demostrar la es-

(33) Art. 186 C. M. Concordancias: C. M. 1888, arts. 144, 145, 148.—C. C. arts. 44, 45, 1438, 1547, 2129, 2131, 2132, 2435. ss. C. P. Arts. 467, 470, 473.—C. M. 154, 157; 173 n. 2, 187, 188, 189, 197, 200, 201; 202.

(34) O. N. E. art. 16.

(35) Cód. M. 1888 art. 145 inc. 1.º.

tipulación convenida. Pero no debemos considerar esta situación que como ya habíamos hecho notar es excepcional.

Sigamos con la regla general. El minero que invierte los avíos en otro destino, comete el delito de estafa. Este delito es de acción pública, por tanto, cualquiera persona puede presentarse a la justicia a hacer el denuncia, a fin de que se instruya el proceso correspondiente, aunque no tenga ningún interés directo en el asunto. Por supuesto que la acción penal la ejercerá el aviador directamente perjudicado con la incorrección del minero. El delito existe desde el momento de la inversión torcida que el minero efectúa. Y es así, como el minero no podría alegar que hubo consentimiento tácito, si el aviador a sabiendas del hecho, no ejerció la acción criminal inmediatamente de ser conocida; no sería éste un argumento a favor del minero, porque el delito ya existía, y cada uno es dueño de ejercer o no en el tiempo que le plazca dentro de sus conveniencias, los derechos que le corresponden y que no han prescrito.

El aviador deberá demostrar que ha hecho la entrega de los efectos del avío, en virtud del contrato estipulado, y que el minero, habiéndose recibido de ellos, no ha dado cumplimiento a la obligación correlativa.

PARRAFO II

Administración de la mina

17.) *De la administración que ejerce el minero y su responsabilidad.*—La otra de las obligaciones que está llamado a desempeñar el minero, es la administración de la mina.

La situación normal en un contrato de avío, es que la administración de la pertenencia la ejerza el minero (36); se ha considerado que ésta es la persona más interesada en el contrato; él es quien ha sentido la necesidad de contratar; por regla general, el minero será quien busque al aviador y una vez proveído de los útiles para trabajar, tratará con celo que su pertenencia rinda una producción abundante con qué pagar a su acreedor y obtener, por su parte, una remuneración a sus esfuerzos. Por estas razones, la ley ha otorgado la administración al minero.

Sin embargo, las partes podrían estipular lo contrario, si lo estiman conveniente; una estipulación en este sentido no

(36) Art. 186 C. M.

desnaturalizaría el contrato, porque bien puede ser el aviador una persona más experta en asuntos mineros que el minero dueño de la pertenencia, en tal caso se estipula que para obtener una explotación más acertada, administre el aviador. La ley suple por consiguiente la falta de este acuerdo, al disponer que la administración la ejerza el minero.

Conforme al art. 1547 C. Civil, el deudor es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, y en el avío que es un contrato en que ambas partes se gravan y benefician recíprocamente, el minero es responsable hasta de la culpa leve y debe administrar como un buen padre de familia (37).

Por el hecho de celebrar el contrato del avío, el minero no ha perdido la posesión, ni la tenencia de la mina, en consecuencia su administración no tiene traba alguna que la dificulte.

La ley no otorga el derecho de administrar al minero, como un derecho inmutable o perpetuo mientras dure el contrato. Un privilegio de esa naturaleza habría dado lugar a abusos y dificultades irreparables; la administración del minero está siempre sujeta a la norma del derecho: administrar como buen padre de familia, administrar correctamente; violada esta condición, se pierde el derecho. O sea, una administración descuidada, dispendiosa o fraudulenta, en forma que peligran los derechos del aviador, hace caducar el derecho de administración del minero, pasando a tenerlo el aviador (38).

No es ello una novedad, la ley siempre protege a la parte diligente, al contratante llano a cumplir su obligación y castiga al culpable o doloso. Raros serán aquellos contratos en que las partes, persiguiendo utilidad pecuniaria, dejen los derechos y las obligaciones que les corresponden entregados a la sola conciencia de los contratantes. No podía el avío escapar a la regla general, no quedar sometido únicamente a la buena fe de las partes contratantes. Y así como se pensó que el minero, siendo el principal interesado le correspondía la administración por derecho propio, al defraudar las expectativas más provechosas que se creían alcanzar, por su procedimiento incorrecto, se le quita la administración, se le despoja del derecho que se le asignó.

La administración la puede desempeñar el minero por sí o por representante, de acuerdo con el art. 1448 C. Civil, "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facul-

(37) Arts. 44 y 1547 C. C.

(38) Art. 186 inc. 3.º C. M.

tada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". Pero bien podrían los contratantes estipular lo contrario, cuando las facultades administrativas personales del minero son esenciales para la acertada y provechosa explotación de la mina, sea por su competencia u honorabilidad. De acuerdo con el art. 12 C. Civil, "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y no esté prohibida su renuncia".

18.) *Casos en que la administración la ejerce el aviador.* — Sabido es que la administración ordinaria y corrientemente la ejerce el minero, pero al aviador no está vedado este derecho, el cual puede desempeñar en algunos casos.

a) *Por convención.* — Conocemos ya uno de ellos, cuando el minero y el aviador acuerdan que la administración del avío las ejerza el aviador. Es el caso de una convención expresa entre las partes contratantes.

b) *Como sanción impuesta al minero por faltar a su obligación de invertir los efectos del avío en la explotación y laboreo de la pertenencia.* — Si no dá cumplimiento a esta obligación, la ley lo sanciona, privándolo de la administración de la pertenencia, sin perjuicio de ejercer la acción criminal por el delito de estafa (39).

Si no se hubiera amparado al aviador en esta forma, se habría visto obligado a dar término al avío, perdiendo lo que ya ha invertido, o bien, soportar las consecuencias desastrosas que se prevén por la falta de cumplimiento del minero.

El aviador ejercerá su acción conforme al procedimiento sumario. Sabemos que este procedimiento procede en los casos en que la acción deducida requiera por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz, siempre que no estén sometidos por la ley a otra clase de procedimiento (40).

La jurisprudencia está acorde con la ley, al disponer al respecto, que debe tramitarse en conformidad al procedimiento sumario, la acción deducida por el dueño de la mina contra el aviador, pidiendo la terminación de la administración de este último por abuso de confianza (41).

c) *Cuando la administración sea descuidada o dispendiosa.* — En tercer lugar el aviador tiene derecho a pedir la

(39) Art. 186 inc. 2.º C. M.

(40) Arts. 383 C. Pr. C. y 197 inc. 2.º y 3.º C. M.

(41) Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1918, Sec. 2.º, pág. 13, T. XVI.

administración de la pertenencia aviada, cuando la administración del minero sea descuidada o dispendiosa, en forma que peligren los derechos del aviador (42).

El Código actual innova en esta parte sobre los Códigos anteriores. Para que tenga lugar la administración por parte del aviador, en la situación que nos ocupa, basta que la administración descuidada o dispendiosa del minero ponga en peligro los derechos de aquél.

Administración dispendiosa es aquella que se ejerce con gastos considerables, con costos subidos que exceden a lo ordinario y corriente.

En el Código de 1888, el aviador adquiría el derecho de administración de la mina cuando la administración siendo descuidada o dispendiosa, quedaba la mina en descubierto, o sea, cuando no producía para cancelar a los aviadores, y además se le hubiere reclamado al minero del abuso que significaba esta mala administración (43).

d) Cuando el avío es judicial. — Por último el aviador tiene la administración de la pertenencia aviada, en el avío judicial y legal.

En el avío judicial, la administración la toma el acreedor, autorizado por el juez con el objeto de aviar la mina, cuando ésta no ha rendido productos bastantes para atender el laboreo y cancelación del crédito. Este derecho que ejerce el acreedor solicitándolo a la justicia, le otorga facultad para pagarse preferentemente, no solamente de las cantidades que ha de invertir nuevamente en la explotación de la pertenencia con el nuevo avío y los intereses corrientes, sino también de su crédito primitivo (44).

La ley ha reglamentado esta clase de avío, en el Título que trata "De los juicios sobre minas y de la competencia".

Los preceptos legales autorizan a los acreedores del minero para ejercer los siguientes derechos: a) Embargar los productos arrancados de la pertenencia, b) solicitar se les entregue la pertenencia en anticresis judicial, c) pedir se le entregue la pertenencia en avío judicial (45).

Ahora bien, para ejercer este último derecho es preciso que se cumplan los siguientes requisitos: a) que se solicite el avío judicial al juez competente, b) inscripción del avío concedido en el Registro de Gravámenes, a fin de que produz-

(42) Art. 186 inc. 3.º C. M.

(43) Art. 145 C. M. 1888.

(44) Art. 200 C. M.

(45) Arts. 199 y 200 C. M.

ca efectos con respecto a terceros, c) que la pertenencia no dé los productos necesarios para atender a su propio laboreo y cancelación del crédito.

Hacemos hincapié en este último requisito; es preciso que la pertenencia no dé productos bastantes para atender al laboreo y cancelación del crédito, porque si diera productos para atender por lo menos a su propio laboreo, tendría lugar la anticresis judicial.

El avío judicial significa inversión de efectos destinados al beneficio del laboreo de la mina para pagar el crédito con sus intereses más el crédito primitivo si alcanzare.

El Código de 1888 en el Título "De la ejecución sobre minas" (46), disponía que, si la mina no producía lo bastante para atender a su legal y prudente laboreo, el acreedor podía solicitar autorización del juez para aviarla y gozar del derecho de retención concedido a los aviadores, no sólo respecto de las cantidades invertidas en los avíos y de los intereses corrientes a estilo de comercio, sino también de su crédito primitivo. Todo esto de acuerdo con el art. 146 del mismo Código que autorizaba al aviador para retener y aviar la mina, cuando terminados los avíos, hubiere quedado en descubierto, a fin de pagarse con preferencia a todo otro acreedor.

e) **Cuando el avío es legal.** — Por fin, el aviador puede tomar la administración de la pertenencia, en el caso del avío legal

Esta clase de avío, tiene lugar cuando la mina ha quedado en descubierto y el aviador pide, se le entregue la mina en administración, con el objeto de aviarla nuevamente y de pagarse preferentemente a todo otro aviador, tanto de su crédito primitivo, como de los gastos que invierta el nuevo avío más los premios correspondientes a estos avíos (47).

Para que tenga lugar el avío legal, es preciso, pues, que se cumplan dos requisitos, o mejor dicho, que se produzcan las siguientes circunstancias: 1.º) Que estén terminados los avíos acordados en el contrato y 2.º) Que la pertenencia hubiere quedado en descubierto cualquiera que haya sido la causa que origine esta situación.

Es una oportunidad que se le da al aviador para contratar un nuevo avío y cautelar sus intereses, porque bien podría el minero, ante la negativa del aviador para contratar

(46) Arts. 157 inc. 2.º C. M. 1888.

(47) Art. 187 C. M. Concordancias: C. M. 1888, art. 143.— C. Civ. arts. 2435 ss. 2475.—C. Pr. C. 679 y ss. C. M. arts. 178, 180, 186, 188, 189, 202.

un nuevo avío. terminado el primero, contratar otros y quedar así, el aviador primitivo en grado posterior al nuevo aviador.

Se produce aquí el caso curioso de un avío que nace para hacer revivir uno anterior, condenado a extinguirse. El procedimiento que se adopta será el sumario.

Puede suceder el caso que la administración la estuviere ejerciendo el aviador, sea por convención u otra causa, bastaría entonces que contratara un nuevo avío el minero con el aviador que administra para salvar éste su crédito primitivo. Pero, en el caso de nuestro estudio, es preciso que el aviador carezca de la administración, la cual va a entrar a ejercer como consecuencia del nuevo avío.

En cualquiera de los casos dichos, el aviador puede administrar por sí o por representantes con las mismas facultades y restricciones que el minero. Deberá, por lo tanto, administrar la pertenencia cuidando de mantenerla en buen estado, como buen padre de familia. Si se hiciera culpable de fraude en la administración, o si su administración es descuidada o dispendiosa, perderá su derecho de administrar sin perjuicio de su responsabilidad criminal, pasando la administración a manos del minero. En tal evento el aviador sólo estaría autorizado para colocar un interventor (48).

La ley que tan bien ha reglamentado este contrato, supliendo los vacíos de que Códigos anteriores adolecían, presenta, sin embargo, en esta parte una deficiencia que puede dar margen a situaciones poco provechosas, cuando las partes contratantes no van guiadas por el espíritu de trabajo, la diligencia y buena fe que deben guardar todos los que se obligan. Analicemos la situación a que aludimos y sus consecuencias.

Cuando la administración la ejerce el aviador por mutuo consentimiento y más tarde se hace desmerecedor de ella, sea por fraude, o porque es descuidada o dispendiosa, como dice la ley, se le priva de ella y pasa al minero. El hecho es lógico y razonable; presumimos que el minero aviado, supliendo los perjuicios que le han acarreado los actos administrativos incorrectos del aviador, ponga celo y cuidado esmerado en la administración que va a entrar a desempeñar. Nadie puede inspirar más confianza que el minero dueño de la pertenencia, a quien de ordinario le corresponde la facul-

(48) Art. 188 inc. 2.º C. M. Concordancias: C. M. 1888, art. 148.—C. Civ. arts. 2116, 2475.—C. Pr. C. arts. 8, 9, 283, 284.—C. M. arts. 103, 111, 112, 186, 187, 189, 201.

tad de administrar y que quizás por generosidad de su parte o apreciando los conocimientos técnicos del aviador, le ha cedido este derecho de administrar la mina.

Pues bien, puede suceder que esta administración la ejerza el minero desde el principio y que más tarde haya sido despojado de ella por cualquier causa que la autorice, pasando a manos del aviador. En esta situación, el aviador tampoco da cumplimiento fiel a la facultad que se le ha otorgado, incurre en un fraude o hechos que consulta la ley para removerlo de su cargo, ¿a quién pasará la administración, cuando el minero y aviador han demostrado las malas condiciones de administración? Nos parece que volver a entregar la administración al minero es un círculo vicioso, es dar por fracasado el contrato irremediamente. Creemos que fácilmente podría suplirse esta omisión de la ley, designando las partes, ante tal situación, a un tercero que cuente con su confianza para administrar la mina, o bien, en desacuerdo de los interesados los nombraría el juez.

El procedimiento a que se sujetará el minero aviado para quitar la administración al aviador, por cualquiera de las causales que autoriza la ley, se someterán al procedimiento sumario (49).

El Código argentino dedica un párrafo especial a reglamentar la administración de la mina aviada. Sienta como regla general que la administración corresponde a los dueños de las minas. Sin embargo, esta regla no es inmutable, el minero pierde la administración, la cual pasará al aviador, cuando aquél se hiciere responsable de alguno de los siguientes hechos: cuando hicieren gastos exorbitantes; cuando dieren una mala dirección a los trabajos; o cuando estuvieren mal servidos o desatendidos el gobierno y la economía de la mina.

Se requerirá previamente a los dueños para que hagan las reparaciones y reformas reclamadas; y no verificándolas en el plazo de 20 días o en el que la autoridad designe se entregará la administración al aviador.

¡ No habría lugar a esta determinación, cuando los avíos suministrados estuvieren cubiertos en el todo o en las tres cuartas partes de su valor, ni cuando se hubiere prestado garantía.

También el aviador tiene derecho a pedir la administración de la mina, cuando el dueño no emplea en su explotación los dineros o efectos suministrados por el avío, dándo-

(49) Art. 197 C. M. inc. 2.º.

les una inversión diferente. En tal caso, el aviador, tiene un derecho facultativo, se desiste del contrato, cobrando los valores distraídos con sus intereses, o bien, opta por tomar la administración (50).

19.) *Facultades que otorga la ley cuando una de las partes no tiene la administración.*—La ley, que siempre vela por los intereses de cada parte en el contrato, concede en el art. 188, facultades al aviador o minero, que carece de la administración de la pertenencia.

Tales facultades consisten, en el derecho de pedir al juez se coloque un interventor o de inspeccionar los trabajos, libros de contabilidad, etc.

a) **Del interventor.** — En las Ordenanzas de Nueva España no se concedía al aviador el derecho de exigir la entrega de la administración, cualquiera que fuese el proceder del minero, a menos que se hubiera estipulado en el contrato; de ahí que se introdujera como única manera de cautelar los intereses del aviador, la ingerencia de un interventor. Este derecho podía ejercitarlo en cualquier tiempo, aun cuando no se hubiere concertado en el contrato respectivo.

Las facultades del interventor eran cuidar de la buena cuenta y razón y tener en su poder los reales y efectos que remite el aviador para que oportunamente se entreguen al aviador. Le estaba prohibido inmiscuirse en la dirección de la mina, y no podía prohibir las obras acordadas por el minero, teniendo sólo facultad de paralizar su ejecución, si la demora no era perjudicial, mientras daba cuenta a la diputación, pidiendo nombramiento de peritos (51).

En esta forma, en las Ordenanzas se otorgaba al aviador un medio de fiscalizar al minero en la perfecta inversión de los caudales que él había entregado para los avíos, por medio del interventor a quien se le reglamentaba con minuciosidad sus facultades.

El Código de 1874 no contempló en sus disposiciones ingerencia del interventor, dejando así al aviador privado de un derecho utilísimo para fiscalizar al minero.

Esta omisión se dejó sentir, sin duda, y el Código de 1888 hizo revivir esta facultad que se había omitido. El art. 148 concedía el derecho de intervención al dueño de la mina, cuando ésta se hallare en manos del aviador. Adolecía esta disposición de oscuridad, lo que dió lugar a muchos conflictos en su interpretación. Este derecho correspondía únicamen

(50) Código Argentino, arts. 305, 306 y 307.

(51) O. N. E. art. 14.

te al minero, cuando la administración la ejercía el aviador, lo que fué confirmado por la jurisprudencia (52).

El Código actual precisó bien esta situación, disponiendo que tanto el aviador como el minero, gozarían del derecho de poner interventor, cuando no tengan la administración de la pertenencia, señalando sus atribuciones (53).

Esta medida facilita la contratación de avíos, porque no será necesario que el aviador sea minero, teniendo por medio del interventor la seguridad en la inversión efectiva de sus efectos. Y no sólo ofrece esta ventaja, sino que también es una valla que encontrará el minero que quiere administrar fraudulentamente o en forma descuidada, dificultad que redundará en su provecho, al obligarlo a una correcta administración.

La persona que pide al juez nombramiento de interventor, deberá hacerlo en juicio sumario. Repetidas veces hemos dicho que es la tramitación eficaz para estos asuntos; él propondrá la persona de su confianza y a su cargo corre la remuneración

De acuerdo con el art. 284 C. Pr. C., las facultades del interventor judicial se limitarán a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado. Además, el interventor estará obligado a dar al interesado o al Tribunal noticia de toda malversación o abuso que notare en la administración de dichos bienes, pudiendo en este caso decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el Tribunal designe.

En nuestro caso, las facultades del interventor se reducen a llevar cuenta de lo que la mina produce, de lo que se gasta en ella, dar cuenta al interesado de los abusos que se cometieron en la administración y percibir los productos líquidos.

El interventor carece de incumbencia en la dirección de las labores mineras y ni puede impedir las obras que ordene el que administre.

Antes de terminar el estudio del interventor, es de interés conocer lo que al respecto dispone la legislación argentina.

El aviador tiene derecho de poner interventor en cualquier tiempo, aunque nada se hubiese estipulado en el con-

(52) Gaceta 1908, T. II, N.º 213, fs. 373.

(53) C. M. art. 188.

trato. El interventor tiene facultades para inspeccionar la mina, cuidar de la buena cuenta y razón, tiene en su poder los dineros y efectos destinados al avío para entregarlos oportunamente.

Les está prohibido inmiscuirse en la dirección de los trabajos, oponerse a los que se ejecuten o hacer observación alguna contraria a la administración (54).

El dueño de la mina también podrá nombrar interventor, cuando la administración haya sido entregada al aviador. En este caso las atribuciones del interventor se remiten a la facultad de oponerse a toda operación y a todo trabajo que pueda causar perjuicio al propietario o comprometer el porvenir de la mina o que importe infracción de las obligaciones ordenadas por la ley.

En dicho caso, el juez del mineral, a solicitud del interesado mandará suspender los trabajos (55).

Como podemos apreciar, se adopta un sistema muy similar al nuestro, facultando nombramiento de interventor, cuando algunas de las partes no administra.

b) **Derechos de inspección.** — La ley no sólo ha otorgado al aviador o minero que carece de la administración, el derecho de nombrar interventor para la cautela de sus intereses, sino aún les ha otorgado facultades más amplias, pudiendo el aviador o minero visitar la pertenencia, inspeccionar los trabajos, revisar los libros de contabilidad y los documentos justificativos y hacer las observaciones y reparos que la contabilidad y sistema de trabajo le sugieran, pudiendo ejercitar estas facultades por sí o por representante (56).

Fácil es darse cuenta de que la no administración de parte de una de estas personas interesadas (aviador o minero) no le significan jamás abstención en la marcha y desarrollo de la explotación y laboreo de la pertenencia minera. Muy por el contrario, su no administración le otorga privilegios que puede ejercitar a su libre arbitrio.

En muchos casos, las visitas personales, revisión de libros, etc. bastarán para darse cuenta de la buena marcha de los asuntos, haciendo inútil la necesidad de un interventor con los consiguientes recargos pecuniarios. Esto sucederá con frecuencia, cuando el aviador tiene competencia suficiente en asuntos mineros, por el contrario, si es lego en dichos asuntos, nombrará un interventor competente y así se verá libre

(54) Código Argentino, art. 308.

(55) Código Argentino, art. 309.

(56) Art. 188 inc. 1.º C. M.

de cualquier duda, pudiendo invertir su capital sin incertidumbre.

PARRAFO III

PAGO AL AVIADOR

20.) *El minero debe pagar al aviador.*—La última de las obligaciones esenciales que debe cumplir el minero, es el pago al aviador.

El minero debe pagar con los productos de la pertenencia los servicios prestados por el aviador en beneficio de la explotación o laboreo de la pertenencia, por suministrar dinero, efectos u obras (57).

En el contrato debe haberse expresado que el pago debe efectuarse con los productos de la pertenencia; una estipulación contraria degeneraría la naturaleza del contrato.

Pueden los contratantes estipular que el pago se haga con minerales en bruto, en pastas o en dinero. A falta de estipulación expresa en este sentido el pago se hará en dinero, en conformidad al art. 160 C. M., por la analogía que presenta con este caso. Esa disposición ubicada en el título que trata de las sociedades mineras y en el párrafo "De la distribución de los productos", dispone que la distribución se hará en minerales, en pastas o en dinero, según el acuerdo de los socios, y a falta de acuerdo, la distribución se hará en dinero.

El pago comprende los premios estipulados que presentan la particularidad en este contrato, de no tener limitación legal, con el objeto de atraer a los capitalistas, interesar a personas extrañas en estos contratos esencialmente aleatorios y darle impulso a la minería.

Siendo esencial en este contrato el pago al aviador con los productos de la pertenencia, no podría éste hacer responsable al minero con sus bienes personales, cuando la mina no da lo suficiente para cancelar el crédito; los productos de la mina son los únicos bienes sujetos a esta deuda, el aviador contratará un nuevo avío si lo estima eficaz o tendrá que soportar las resultas del contrato.

En otra ocasión hicimos notar la disparidad de nuestro Código en esta parte con el argentino, éste consagra un vínculo personal entre el aviador y el minero, por tanto el último responde con todos sus bienes, incluso los productos de la pertenencia.

(57). Art. 183 C. M.

El pago que estudiamos, es propio del avío simple, o sea, el avío típico, porque bien sabemos que la ley contempla otra clase de avío que constituye, por decirlo así, la excepción en este contrato; el avío por especie de sociedad. El pago en esta clase de avío y que difiere completamente al del avío simple, será objeto de un estudio separado.

De tal manera que, volviendo al punto en estudio, el minero no queda desligado del contrato, mientras no pague al aviador su crédito con los productos de la pertenencia, como se ha estipulado. No podría el minero ofrecer otros efectos, a pretexto de ser de mayor conveniencia o valor para el aviador. Todo contrato es una ley para las partes contratantes y no podría una de ellas otorgarle efectos diversos a su naturaleza.

21.) *Caso en que la mina queda en descubierto.* — Antes de estudiar la situación que se produce, cuando la mina queda en descubierto, es necesario dejar bien establecido ¿qué entendemos cuando se habla de una mina en descubierto?, ¿cuándo se produce esa situación que la ley prevé y reglamenta?

Se dice que una mina está en descubierto, cuando ésta no da lo suficiente para cubrir los gastos que se han invertido en ella, tales como administración, trabajos técnicos, herramientas, maquinarias, etc., en una palabra, todo lo invertido para un rendimiento que se espera superar con creces a los esfuerzos y gastos que ha demandado la mina, y que en definitiva no cubre estas expectativas.

También se dice que la mina ha quedado en descubierto, cuando ésta, habiendo sido objeto de un avío, no rinde productos suficientes para satisfacer los avíos, o sea, los efectos o dineros invertidos en ella; cuando el resultado obtenido por el contrato de avío, produce pérdidas para las partes.

Ahora bien, a esta última interpretación se remite la ley, cuando prevé esta situación en el avío, y a ella nos remitiremos nosotros.

Si una vez terminados los avíos estipulados en la convención, queda la mina en descubierto, ésto es, no haya alcanzado la producción para pagar el crédito del aviador, otorga la ley derecho a este último para tomar la mina bajo su administración, y seguir aviándola para pagarse con preferencia a todo otro aviador, no tan sólo de su crédito primitivo, sino del nuevo con los premios correspondientes. Es el caso que conocemos en la clasificación de los avíos estudiada, con el nombre de avío legal (58).

(58) Art. 187 C. M.

La ley no desampara al aviador que sufre un menoscabo en su patrimonio, le extiende un lazo de ayuda, que si bien importa un nuevo recargo para el aviador, ya que ha de aportar nuevamente dineros o efectos, puede ser el resultado de una producción provechosísima que alcance a cubrir gastos y producir las ganancias deseadas. Podría ocurrir, cuando el primer avío es exiguo para la explotación en gran escala que la mina requiere para un rendimiento efectivo y provechoso. En fin, el aviador optará por ejercer o no este derecho, según lo crea conveniente.

Pues bien, puede suceder que el aviador no quiera seguir aviando la pertenencia por cualquier razón que estime conveniente, sea que no tenga más capital para nuevos avíos, o porque ve que todo esfuerzo sería estéril, o, en fin, no es de importancia averiguar las razones que tenga el aviador para no preocuparse más de la pertenencia en descubierto. Seguramente el minero, ante tales circunstancias, no se quedará tranquilo, si estima que la mina promete lo que aún no se ha alcanzado con los sacrificios desplegados, y buscará otra persona, un tercero con quien contratar un nuevo avío.

El minero goza de libertad para contratar con quien quiera, pues ningún lazo lo une ya con el primitivo aviador, luego éste no podría oponerse a ello. Sin duda, difícil será encontrar una persona que quiera contratar un nuevo avío, si no se le ofrece alguna garantía, existiendo ya un aviador impago, y la pertenencia quedará condenada a perecer por el gravamen que la cubre, sin seguridad de vida alguna para el porvenir.

La ley previó esta situación, y no pudo dejar desamparado al minero. Y para coartar las consecuencias funestas que podría acarrearle esa situación desventajosa, dispuso que el minero podía estipular otro avío que gozara de preferencia sobre el anterior. Con este recurso el minero se haya en la posibilidad de contratar avíos fácilmente, ya que siempre el último avío gozará de preferencia sobre los anteriores, privilegio exclusivo de este contrato.

Aquel tercero, con quien contrata el minero verá una posibilidad más de éxito en la explotación de la mina, puesto que ya otros arriesgaron capitales que se han invertido, y si bien la mina, ha quedado en descubierto, estará en situación mejor que cuando contrató el aviador primitivo. Aquellos vendrían a ser, por decirlo así, cooperadores.

El Código de 1888 contiene una disposición idéntica al respecto (59).

(59) Art. 147 C. M. 1888.

Al estudiar la hipoteca vimos cómo se apartaba ésta del avío, tratándose de la prelación. Las hipotecas preferían en orden a su inscripción, en forma que la primera goza de preferencia sobre las demás. Las consideraciones que se tienen en cada caso son completamente diversas, de aquí sus efectos.

Al aviador se le presentan dos caminos: a) o bien, ejerce el derecho que le otorga la ley de seguir aviando la mina bajo su administración para pagarse del crédito primitivo y del nuevo, o bien, b) la vía menos socorrida, no hace nada.

En cambio el minero, ante la primera determinación del aviador a) queda su pertenencia sujeta a un avío legal, o bien b) ante la pasividad o negativa de aquél, busca un nuevo aviador.

Cuando el aviador no hizo nada, porque no cuenta con capital u otra razón, su crédito tiene una posibilidad remota de ser cancelado, porque ante él, habrá otro aviador con preferencia a ser pagado. En cambio, al minero, nunca le faltarán interesados en la explotación de la pertenencia.

En el Código argentino nunca se presentará esta situación desfavorable para el aviador, que comentamos, porque si terminado el contrato, y resultando que no ha sido pagado el valor de los avíos, puede éste ejercitar los derechos del acreedor no pagado, si no renueva el contrato (60). Su acción recaerá sobre cualquier bien del minero, para responder de esta deuda.

22.) *El pago de los avíos, especie de sociedad.*—Hemos dicho repetidas veces, que el pago en el contrato de avío es esencial que consista en productos de la pertenencia aviada. Avío que llamamos por esta razón "simple".

Pero la ley ha reglamentado otra forma de pago que puede ser objeto lícito de estipulación en este contrato sin desnaturalizarlo. Esta nueva forma de pago que origina otra clase de contrato de avío, tiene lugar cuando las partes estipulan que en pago de los avíos el aviador se haga dueño de una cuota que puede llegar hasta el 50% de la pertenencia.

Esta clase de avío toma el nombre de avío por especie de sociedad.

Ya en otra ocasión estudiamos esta clase de estipulación que no corresponde al avío por especie de sociedad de las Ordenanzas de Nueva España, en las cuales el aviador se hacía dueño de una parte de la pertenencia o de los metales por algún tiempo (61).

(60) Art. 302 C. M. Argentino.

(61) Art. 184 C. M.

Actualmente el aviador se hace dueño de una parte de la pertenencia, una vez que ha dado cumplimiento a sus obligaciones, es decir, cuando ha suministrado la cantidad de avíos, ha terminado la obra, o en fin, cumple totalmente la prestación a que se ha obligado. Llegado el momento de pago, el aviador se hace dueño de la parte de pertenencia estipulada, cuota que no puede exceder de un 50% de la pertenencia.

La ley dice que ésta estipulación equivale a una promesa de venta, y el aviador puede exigir su cumplimiento, de acuerdo con el art. 76 C. M. De tal manera que, satisfechas las obligaciones del aviador, es necesario operar la transferencia del minero a favor del aviador, para lo cual será necesario que se inscriba el título que es la escritura pública en que se ha estipulado esta forma de pago, en el Registro de Propiedades del Conservador de Minas.

23.) *Intereses que la ley permite estipular.*—El contrato de avío presenta en los intereses —que aquí reciben el nombre de “premios”— una particularidad, que lo separa de los artículos del Código Civil que reglamentan esta materia.

Esta peculiaridad consiste en la absoluta libertad de que gozan los contratantes en el avío para estipular premios sin limitación alguna (62).

Seguramente el legislador otorgó esta libertad amplia a los contratantes del avío, considerando el carácter aleatorio de este contrato, en el cual se confían al azar sumas importantes, y a las cuales era preciso otorgarles alguna garantía.

En las Ordenanzas de Nueva España, se permitía garantizar los avíos por medio de hipotecas o fianzas, pudiendo además estipularse premios que no excedieren del 5% del capital invertido.

Fácil es explicarse esta limitación, dado que el contrato del avío es asegurado con las garantías reales a satisfacción del aviador, perdiendo el carácter aleatorio y no tenía razón de ser la estipulación de un interés ilimitado.

Posteriormente, el 14 de Septiembre de 1832, se dictó en Chile, una ley que prescribía en su art. 2.º que los contratantes podían estipular cualquier interés sin limitación de ninguna especie, lo que vino a derogar la disposición de las Ordenanzas.

Esta libertad duró hasta la promulgación del Código Civil. Este Código dispuso: “El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial;

(62) Art. 183 C. M.

salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente". Como la ley dispone, regía a toda clase de contratos, desde que no existiera ley especial que limitara la tasa del interés (63)

El Código de Minería de 1874 permitió la estipulación de intereses sin limitación de ninguna especie en los contratos de avío a premios de plata, y en el contrato por especie de compañía no fijó la cuota de que podía hacerse dueño el aviador en pago o compensación de los dineros o efectos del avío. (64).

Como vemos, el Código de 1874 volvió a los principios estatuidos en la ley de 1832, principios que fueron mantenidos por el Código de 1888 (65).

24.) *Preferencia del avío.*—Haremos una relación histórica de la preferencia de los avíos, como acostumbramos en cada punto de nuestro estudio, antes de analizar la situación vigente al respecto.

Las Ordenanzas de Nueva España, punto obligado del desarrollo del avío disponía que, si se consumía el caudal del avío o quedaba en descubierto, la mina quedaba obligada con sus utilidades y frutos para que, deducidos los costos, se fueran pagando los aviadores unos en pos de otros, comenzando por el último o menos antiguo.

Ahora bien, malamente se ha interpretado esta disposición legal, interpretación que ha servido de base a los Códigos posteriores. Se decía que la mina otorgaba preferencia a los acreedores a pagarse con los productos de la mina sobre todos los demás acreedores, incluso los hipotecarios anteriores y los privilegiados, debido a que el crédito del aviador era refaccionario, pues reunía los tres requisitos: a) se había contraído para el trabajo de la mina. b) la aviación era necesaria para explotarla y c) el dinero se había invertido efectivamente en el laboreo.

Pues bien, esta preferencia que creyeron ver los legisladores en las Ordenanzas de Nueva España, no existía en el avío por especie de compañía. Y la razón es bien clara. El aviador que celebraba un contrato de avío de esta clase con un minero, no adquiría un crédito a su favor, no pasaba a

(63) Art. 194 C. M. 1874.

(64) Código de 1874, art. 194.

(65) Código de 1888, art. 142.

tener calidad de acreedor, sino que de dueño. Adquiría el dominio de una parte de la pertenencia.

Producida la quiebra del minero, el aviador no alegaba preferencia a ser pagado de su crédito, por que éste no existía, sino que ejercía la acción de dominio, para reivindicar el bien de que era dueño.

Al dictarse el Código Civil, dispuso éste en el Título de "La prelación de créditos", que "sobre los créditos de aviadores de minas y de los mayordomos y trabajadores de ellas se observaran las disposiciones del Código de Minería" (Código Civil, art. 2475 inc. 2^o)

Como sabemos, el Código de Minería que regía en nuestro país, eran las Ordenanzas de Nueva España, interpretadas en la forma expuesta en la materia de preferencia.

Los Códigos de Minas posteriores,—1874 y 1888— innovaron a lo prescrito en la legislación española, pero siempre teniendo como base la preferencia que se creyó originaria en las Ordenanzas de Nueva España.

Se estableció que si una vez "terminados los avíos, hubiere quedado la mina en descubierto, el aviador tendrá derecho de retenerla y seguirla aviando bajo su administración, hasta pagarse preferentemente a todo otro acreedor, excepto los hipotecarios anteriores no sólo de lo debido, sino de los nuevos avíos, con los premios y en la forma estipulada en el contrato" y agrega más adelante que si, el aviador "no quiere continuar aviando la mina, el minero puede estipular con otros nuevos avíos, que goce de preferencia a los anteriores". Esto último también tiene lugar cuando requerido el aviador se niega a pagar los avíos o retarda sus pagos en perjuicio de los trabajos, y el minero trata con un nuevo aviador. (66).

De estas disposiciones se deducía una consecuencia que era poco acertada, los avíos frente a las hipotecas, preferían según el orden de antigüedad; y el avío frente a otros avíos prefería el más nuevo a los otros.

En el primer caso avíos e hipotecas se tuvo en vista que el avío confiere un derecho real y que los derechos reales prefieren entre sí por la prioridad del tiempo, principio que se infringió, al reglamentar la orden de preferencia entre avíos, atendiendo a otras consideraciones.

Sucedía entonces que, si se constituía un avío, luego una hipoteca y después un nuevo avío por haberse terminado los

(66) Código de 1874, arts. 198 y 199.—Código de 1888, arts. 146 y 147.

estipulados en el primer contrato cuando la mina quedaba en descubierta, no queriendo seguir aviando el primitivo aviador, ocurría que el primer aviador tenía preferencia sobre el acreedor hipotecario y el segundo aviador la tenía a su vez sobre el primer aviador. Igualmente debería el segundo aviador tener preferencia sobre el acreedor hipotecario lo que iba en contra del texto legal expreso, pues los avíos y las hipotecas prefieren por la prioridad del tiempo.

Debía haberse considerado también en la prioridad de los avíos, el principio que los informó frente a las hipotecas, esto es, el orden de prelación que rige los derechos reales. Sin embargo, consideraciones en favor de la industria minera, hicieron descartar este principio; se juzgó que su adopción implicaría el fracaso de las minas, el desinterés en la explotación, en una palabra, un agotamiento de las fuentes de crédito donde recurrir el minero, pues la ausencia de garantía en un contrato esencialmente aleatorio como es el avío, aportaría directamente tan funestos resultados. Tales fueron las razones que hicieron quebrantar el principio de derecho común de los derechos reales entre los avíos.

Entremos ahora a considerar la situación actual que nos rige. Para aclarar el estudio, analizaremos la preferencia del aviador desde dos puntos de vista: considerando el aviador frente a otros aviadores del minero y considerando al aviador frente a otros acreedores que no sean aviadores del minero.

PRIMER CASO: Sabido es que el objeto del contrato de avío es proporcionarse capitales o efectos destinados a explotar la pertenencia, solicitar recursos para el laboreo de la mina y pagar al aviador con los productos de ella. Siendo incierta la utilidad que las partes persiguen, lógico es que la ley haya otorgado preferencia entre los avíos, atendiendo al orden inverso a su antigüedad, en otros términos, el más nuevo adquiera un derecho preferente a ser satisfecho en su crédito al de los aviadores anteriores. Es un privilegio otorgado al aviador para que siempre la pertenencia cuente con cooperadores, con créditos que la favorezcan. (67).

Demás está decir, que para que el aviador goce de esta preferencia, es necesario que previamente se haya otorgado el contrato correspondiente por escritura pública inscrita en el Registro de Gravámenes, única manera que el contrato surta efecto respecto del interés. (68).

(67) Arts. 185 y 202 inc. 3.º C. M.

(68) Art. 179 C. M.

Sabemos también que esta regla es diversa de la que rige a la hipoteca, en ella la preferencia se hace valer según el orden de las inscripciones, o sea por su antigüedad:

En el contrato de avío del Código de Minería de 1932, se sigue el mismo espíritu que informó los Códigos anteriores adoptar esta preferencia, tendiente a favorecer la industria minera.

SEGUNDO CASO: El aviador frente a otros acreedores la situación es diferente a la anterior. No goza el aviador de ninguna preferencia con respecto a los acreedores anteriores que no sean aviadores del minero. Sin embargo su situación nunca es desamparada, cuenta con ciertas preferencias que podemos hacer notar, a saber:

a) En caso que la mina hubiere quedado en descubierto, tiene preferencia para hacer valer su derecho al avío legal. (69).

En líneas anteriores estudiamos la situación que se producía cuando la mina quedaba en descubierto, esto es, no haya alcanzado la producción para pagar el crédito del aviador. El aviador adquiriría el derecho de seguir aviando la mina bajo su administración hasta pagarse con preferencia a todo otro aviador, tanto su crédito primitivo, como del nuevo con los intereses correspondientes. Era entonces necesario: a) que se hubiese terminado los avíos estipulados y b) que la mina hubiese quedado en descubierto.

b) El caso de preferencia propiamente tal, aquel que se produce durante la quiebra del minero, los aviadores tienen derecho para tomar pertenencia en anticresis judicial o avío judicial, con preferencia a otros acreedores, a excepción de los hipotecarios. (art. 202 inc. 2º C. M.)

Respecto a la anticresis judicial y avío judicial, nos remitimos al párrafo II, letra b), en el cual nos extendimos con detención en esta materia.

c) En caso de remate de la pertenencia hipotecada, se consideran productos de la mina lo que sobre del precio de licitación de la pertenencia, una vez cubiertos los acreedores hipotecarios con el objeto de que se paguen los aviadores, y después de ellos se pagaran los acreedores privilegiados y por último, los valistas.

El Sr. Ruiz expone claramente en sus Apuntes, las razones por las cuales se debe pagar a los aviadores inmediatamente después de los hipotecarios, a saber: (70).

(69) Art. 187 C. M.

(70) Ruiz B. Obra citada, pág. 355.

“1.º) En las Ordenanzas de Nueva España y aún en el Código de 1888, se consideraba a los aviadores con la misma preferencia que a los hipotecarios.

2.º) En las actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Proyecto del Código de 1930, se dejó constancia a propósito del art. 189 del Proyecto que equivale al art. 187 actual, que si se remataba la pertenencia hipotecada, lo que sobra una vez pagados los hipotecarios, serviría para pagar a los aviadores para lo cual se estimará ese sobrante como producto de la mina.

3.º) Porque se suprimió del actual art. 202, inc. 3.º, la parte aquella que contenía el de 1930 y que decía que los aviadores preferían a los acreedores comunes.

4.º) Porque esa supresión no puede revelar que se haya querido dejar a los aviadores en las mismas condiciones que los valistas, toda vez que en tal caso sería de imposible aplicación la parte final del art. del inc. 3.º del art. 202, que dice que entre los aviadores preferirá al más nuevo.

Si el más nuevo de los aviadores concurre en iguales condiciones que los valistas, ¿en qué condiciones están los aviadores más antiguos?

5.º) Porque la historia del nacimiento del avío y su propio fin se oponen a que el aviador esté en condiciones de igualdad a los acreedores comunes”.

Todos estos derechos que la ley otorga a los aviadores pueden hacerlos valer, aun cuando la mina aviada haya salido de manos del minero.

Una innovación importante del Código vigente, que cabe recordar aquí, pues ya es conocida por nosotros al estudiar el avío y la hipoteca, es aquella que consiste en haber establecido que habiendo una pertenencia con avío inscrito y que se le quisiera hipotecar, tal gravamen no produciría efecto alguno, si no cuenta con la aquiescencia del aviador para que se le posponga en sus derechos al acreedor hipotecario, tomándose nota de la posposición en el Registro correspondiente (71). Disposición legal que vino a suplir un vacío que contenía el Código de 1888, causa de múltiples dificultades.

Y para terminar, diremos que la preferencia de que goza el aviador para pagarse de los avíos no podría extenderse a otras deudas extrañas que tenga con el minero, la preferencia es solamente para su “avío” más los premios correspondientes.

(71) Art. 192 C. M.

25.) *¿Importa el avío un derecho real para el aviador?*

—a) *Nociones del Derecho real:* Hasta este momento hemos estudiado el avío en diversos aspectos, en forma que al hacernos la pregunta con que encabezamos este párrafo, contestamos afirmativamente por haber encontrado en él los caracteres que le investirían de tal naturaleza. Mas, para analizar esta teoría, preciso es, recordar lo que entendemos por derecho real.

Al estudiar el Derecho Civil, vimos que se presentaban dos grupos o categorías de derechos civiles bien diferentes: los derechos de familia y los derechos de patrimonio. Estos últimos que son aquellos que tienen por objeto las cosas del mundo exterior, o los actos del hombre, se dividen en derechos reales y personales o créditos.

La ley civil, clara y concisamente dispuso: "Derechos reales son aquellos que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona". Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso, habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. También es real el derecho de censo en cuanto persigue la finca acensuada (arts. 577 y 579 C. Civil; Art. 26 Cód. Minería).

Los derechos reales denominanse también derechos "in re" (designación que proviene de los romanos), o sea, un derecho sobre la cosa misma, procurándonos todo o parte de las utilidades que la cosa puede producir sin tomar en cuenta a persona alguna determinada.

En el derecho real hay dos elementos: el sujeto, que es el que tiene la facultad y la cosa sobre que esa facultad recae. Hay un vínculo jurídico, una relación directa, entre sujeto titular del derecho y la cosa. Es un derecho directo que se ejerce sin respecto a determinada persona, porque puede hacerse valer contra cualquier individuo.

En el derecho real el sujeto activo es el propietario, el titular del derecho, el sujeto pasivo son todas las demás personas, un número ilimitado de seres, obligados de abstenerse de ejecutar actos que vayan en desmedro del derecho del propietario.

El derecho real por excelencia, es el derecho de dominio o propiedad, el cual autoriza para gozar y disponer de la cosa arbitrariamente, no siendo, contra ley o contra derecho ajeno.

Los romanos expresaban la extensión del derecho de propiedad con la fórmula: "potestas utendi, fruendi et abutendi". o sea, un derecho que comprende tres facultades: derecho de

servirse de una cosa para todos los usos a que pueda prestarse, según su naturaleza; derecho de gozar de la cosa, percibiendo todos los frutos que la cosa pueda producir y el derecho de disponer de la cosa, hacer con ella lo que uno desee.

Los demás derechos reales tienen un efecto más restringido que el dominio, (usufructo, uso, etc.). No deja la cosa de pertenecer a una persona, pero su derecho de propiedad está desmembrado, privado de alguna de sus facultades o prerrogativas en favor de un tercero, que tiene ciertos derechos reales sobre una cosa, sea usufructo, uso, hipoteca, etc.

b) *Atributos y caracteres comunes de los derechos reales:*

1.º) El derecho real no puede existir sino respecto de una cosa individualmente determinada. No podría admitirse el derecho de propiedad, hipoteca, etc., sobre cosas que no estuvieran designadas en su individualidad.

2.º) El derecho real es absoluto, en el sentido de poder hacerse valer contra cualquiera persona que perturbe su ejercicio, sin limitación alguna, todas están obligadas a respetar este derecho.

3.º) El derecho real sigue a la cosa dondequiera que vaya y en cualquier poder en que se encuentre. Esa cualidad del derecho real, toma el nombre de seguimiento.

4.º) En caso de concurso de un deudor, el que tiene un derecho real lo hace valer preferentemente sobre la cosa objeto del derecho, y no queda sometido a la ley del concurso, como los simples acreedores personales. En el caso de la hipoteca, el acreedor hace valer su derecho real de hipoteca sobre la finca gravada hasta pagarse de su crédito íntegro. Además, los derechos reales prefieren entre sí unos a otros por el orden de sus fechas.

5.º) El titular del derecho real tiene acción real para exigir la cosa o para recobrarla de manos de quien la tenga o para pagarse con ella si es derecho de garantía; derecho que se llama de persecución.

6.º) El derecho real impone al sujeto pasivo, a todas las demás personas, fuera del titular, una simple abstención, no perturbar el goce pleno y pacífico del titular.

7.º) Su valor económico reside en la cosa.

8.º) Para originarlo tiene que haber un modo de adquirir.

c) *Los caracteres del derecho real concurren en el avío:* De acuerdo con el estudio que hemos hecho de los derechos reales, el avío importa un derecho real para el aviador. En efec-

to, el derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a persona determinada. El avío derecho real consistiría, "en un derecho que tiene el aviador sobre los productos de la pertenencia limitados al monto de su crédito".

Es un derecho que tiene sobre los productos de la pertenencia sin respecto a la persona del minero o cualquiera determinada.

Sujeto pasivo, todas las demás personas deben respetar el derecho del aviador, amparado por la ley; sería un derecho real clasificado entre las limitaciones del dominio; pues, el minero pierde la facultad de percibir los frutos de su pertenencia. Por esta razón presentaría cierta semejanza con el usufructo.

Encuadremos sus caracteres con los que señalábamos a todo derecho real:

1.º) El derecho de avío no puede existir, sino respecto de una pertenencia individualmente determinada.

2.º) Es absoluto, puede hacerse valer contra cualquiera persona que perturbe su derecho.

3.º) Sigue a la pertenencia en cualquier poder en que se encuentre, derecho de seguimiento.

4.º) Por tanto, goza del derecho de persecución, o sea, el aviador tiene acción para exigir la pertenencia o para recobrarla de manos de quien la tenga, para pagarse con sus productos.

5.º) En caso de concurso del minero, goza de preferencia a los demás acreedores, excluyendo los hipotecarios, para tomar la pertenencia en anticresis judicial o avío judicial y hacerse pago de sus créditos e intereses.

6.º) Su valor económico reside en la pertenencia minera.

7.º) Para originarse este derecho de avío es necesario que las partes concurren a suscribir una escritura, que sería la forma de efectuar la tradición.

CAPITULO V

MODO DE EXTINGUIR EL AVIO

26.) *Reciliación.* — Hemos estudiado el contrato de avío en su gestación, nacimiento y vida, con todos los efectos que le son inherentes.

Pues bien, este contrato, como toda obra humana, ha de extinguirse, su vida será más o menos breve según las estipulaciones de las partes o el porvenir que tenga señalado.

La ley civil dispone que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede invalidarse, sino por consentimiento mutuo o causas legales (72).

Ahora bien, el contrato de avío celebrado de acuerdo con los preceptos legales, no escapa a este principio general, como tendremos ocasión de ver.

El contrato de avío se extingue por la voluntad de alguna de las partes, o por causas legales.

Es un principio también de derecho que los contratos "se deshacen de la misma manera que se hacen", si las partes crearon el contrato, ellas pueden dejarlo sin efecto, concurriendo con su voluntad a extinguirlos en igual forma que estuvieron acordes en su formación.

Este acto, por el cual las partes deshacen o destruyen un contrato, toma en derecho el nombre de reciliación. El contrato ha producido todos sus efectos, los cuales se han consolidado y ya no pueden vulnerarse la reciliación produce efectos únicamente para el futuro, no afecta al pasado.

27.) *Terminación del avío por voluntad unilateral.*— A diferencia de la generalidad de los contratos que sólo pueden terminar por acuerdo de las partes que intervinieron en ello, el contrato de avío puede extinguirse por determinación de una sola de las partes. Para este efecto es necesario distinguir, el avío determinado e indeterminado.

a) *Avío determinado:* La ley dispone que cuando el avío es determinado, o sea, cuando se han determinado, sea la cantidad, el tiempo o las obras de la pertenencia, el minero o el aviador podrán ponerle término en cualquier tiempo, el primero desprendiéndose de la propiedad de la pertenencia

(72) Código Civil, art. 1545.

en favor del aviador, y el aviador renunciando a su crédito de avío (73).

En otros términos, si el minero es quien no desea seguir con el avío poniéndole término, podrá hacerlo en cualquier tiempo manifestándolo por escritura pública inscrita la transferencia de la propiedad de la pertenencia en favor del aviador.

Si es la otra parte, el aviador, quien quiere desentenderse del contrato, renunciará a su crédito en contra el minero por los dineros o efectos del avío en favor de la pertenencia.

Cuando el contrato se ha celebrado por escritura pública inscrita la renuncia del aviador también deberá constar en igual forma, la inscripción es necesaria para cancelar la anterior.

Si el contrato se hizo por escritura pública no inscrita, la renuncia también es conveniente se haga por escritura pública para evitar dificultades.

Y por último, si sólo se estipuló en instrumento privado, bastaría la destrucción del contrato o una renuncia escrita.

Es necesario hacer notar que el avío determinado puede serlo en todos sus elementos, sea el tiempo o la cantidad, o en cualquiera de ellos. El Código de 1888 contemplaba una disposición muy semejante a la que hoy nos rige, en esta materia (74).

La determinación de poner fin al contrato la tomará una de las partes, cuando comprenda que todo esfuerzo será estéril.

b) *El avío es indeterminado*, o sea, cuando las obligaciones del aviador no están precisadas, ni por cantidades, plazos u obras en la pertenencia.

En esta clase de avíos cualquiera de los contratantes podrá ponerle término a su arbitrio. El aviador conservará su crédito por las cantidades de dinero que hubiere desembolsado en virtud del contrato, para ser pagado con los productos que rindiere la mina, sin perjuicio de otros acreedores de mejor derecho (75).

Cualquiera que sea la parte que ponga término al contrato, la situación es la misma; el aviador conservará su crédito por las cantidades de dinero que hubiere invertido en beneficio del laboreo de la pertenencia, para ser pagado sola-

(73) Art. 182 C. M.

(74) Art. 141 C. M. 1888.

(75) Art. 181 C. M.

mente con los productos de la mina, pero sin privilegio alguno sobre los acreedores de mejor derecho.

Habiéndose invertido dinero del aviador en la pertenencia, será necesario proceder a la liquidación del avío y determinar así la suma precisa que se le debe reembolsar al aviador.

El Código de 1874, tratándose del avío indeterminado, disponía que los contratantes podían ponerle fin, cuando lo creyeran conveniente (art. 192). Esa disposición poco precisa dió margen a dudas, si era necesario el acuerdo mutuo de las partes para poner término al contrato o si bastaba con la voluntad de cualquiera de ellos.

Omitía también la situación a que daba lugar la renuncia de una de las partes al contrato, en cuanto a los derechos y obligaciones.

El Código de 1888 vino a aclarar en parte el problema, sin satisfacer del todo sus disposiciones. Disponía que no apareciendo del contrato el término o cantidad de los avíos, cualquiera de los contratantes podía ponerle fin cuando lo creyera conveniente, previo el pago de lo debido (art. 140). Se adelantó en el sentido que cualquiera de las partes podía poner fin al contrato sin que mediara el consentimiento de la otra, pero no se reglamentó el estado en que quedaban las relaciones de los interesados una vez terminado el contrato. Se dijo únicamente "previo pago de lo debido", lo que no suscitaba dudas con respecto al minero, el cual previamente debía pagar al aviador lo que le adeudare por los avíos suministrados por aquél, pero si era el aviador quien quería poner fin al contrato, ¿debía pagar previamente, o sea cumplir sus obligaciones, conservando su crédito de avíos? La ley nada aclaraba.

c) *En el avío especie de sociedad*: Esta clase de avío también podrá extinguirse por declaración unilateral de voluntad. Si es el aviador quien manifiesta el deseo de poner fin al avío, recobrará los efectos invertidos; si es el minero, renunciará al crédito, otorgando un contrato de reciliación por escritura pública inscrita, a fin de dejar sin efecto la promesa de venta estipulada por los contratantes.

El avío por especie de sociedad es un avío determinado, pues en el contrato ha debido precisarse la cuota de la pertenencia con la cual se hará pago el aviador de su crédito, luego su terminación se ceñirá a la letra del art. 182 que reglamenta esta situación. Siendo el avío determinado, cualquiera de las partes puede poner término al contrato, el minero des-

prendiéndose de la propiedad de la pertenencia en favor del aviador, y éste renunciando a su crédito de avío.

El Código de 1888 disponía que tratándose del avío, especie de sociedad, si el aviador quisiera ponerle fin, no habría dificultad, pero la cuota de mina de que se hizo dueño en virtud del contrato, volverá a la propiedad del minero, sin gravamen ni obligación alguna de parte de éste (76).

En esa legislación, desde el momento que se celebraba el contrato de avío nacía una sociedad, el aviador se hacía dueño de una cuota a la propiedad del minero, aun cuando aquel hubiere vendido a un tercero parte de la cuota, si éste último contrato no se había inscrito, pues no se había operado transferencia entre los interesados, sino únicamente vínculos personales (77).

El aviador debía hacerse cargo de todas las deudas anteriores a su desistimiento, pues su determinación no debía producir gravamen alguno al minero.

Antes de dar término a este modo de extinguir el contrato de avío, diremos que, cualquiera de las partes renunciante que haya administrado la mina, no se releva por este hecho de la obligación de dar cuenta de su administración y responder de los actos torcidos que se le imputen.

28.) *Causas legales de extinción de este contrato.*— Examinaremos el contrato de avío frente a las causas legales de disolución de los contratos, a fin de saber cuál de estos modos podrían afectar a su extinción.

a) Tal vez una de las causas legales más importantes de disolución de los contratos, es la resolución que es el efecto producido por el evento de la condición resolutoria, y especialmente, por el evento de la condición resolutoria tácita del art. 1489 C. Civil, el cual reza así: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio el cumplimiento o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios".

El fundamento de esta disposición legal, está en la equidad y voluntad presunta de las partes. Los contratantes, al obligarse recíprocamente se obligan en el convencimiento de que la otra parte cumpla aquello a que se ha comprometido.

La ley coloca a ambas partes en igualdad de condiciones, defendiendo sus derechos antes y después de cumplido el con-

(76) Art. 143, inc. 2.º C. M. 1888.

(77) Gaceta de 1896 T. I. N.º 1419 fs. 997.

trato. Antes de su cumplimiento, con el art. 1552; la mora purga la mora. Cumplido el contrato, por una de las partes, el 1489 protege al contratante diligente.

¿Y en qué consiste esta condición resolutoria? La condición resolutoria tácita es la infracción de las obligaciones contraídas. El suceso futuro e incierto viene a ser el incumplimiento por una de las partes a la obligación contraída.

Supongamos, ahora, que se ha originado esta situación, se ha infringido la obligación por una de las partes en un contrato. ¿Cuál es la protección de la ley a la parte diligente?

El derecho alternativo que le otorga la ley de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, y en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Ahora bien, entremos al terreno de nuestro estudio. El avío es un contrato bilateral, cada una de las partes al contratar ha contraído una obligación, del aviador, suministrar los avíos, el minero, a invertir los efectos del avío en el laboreo de la pertenencia. Puede suceder que, cualquiera de las partes no cumpla la obligación, sea el aviador o el minero. Siendo un contrato bilateral, ¿podría la parte diligente ejercer la acción resolutoria, pidiendo la destrucción del contrato o bien el cumplimiento de lo estipulado con indemnización de perjuicios?

A primera vista, con los datos suministrados, sería perfectamente procedente, pero, examinando las disposiciones que reglamentan el contrato de avío, nos encontramos que la ley sabiamente ha previsto esta situación irregular que puede presentarse, y, dispuso reglas especiales al respecto.

Si es el minero el burlado en sus derechos, cuando el aviador se resiste a suministrar los avíos, la ley ha puesto en manos del minero la facultad de demandar el pago por la vía correspondiente, o tomar dinero de otra persona por cuenta del aviador, o contratar un nuevo avío que goce de preferencia sobre el primero (78).

Siendo la otra parte, el minero el infractor, cuando ha invertido los efectos del avío en otro destino que el laboreo de la pertenencia, burlando las expectativas que tiene el aviador de explotar la pertenencia y obtener un rendimiento provechoso para hacerse pago con los productos de ella, el aviador adquiere el derecho de tomar bajo su administración la pertenencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que puede ejercer contra el infractor (79).

(78) Art. 185 C. M.

(79) Art. 186 C. M.

Por lo expuesto, no procede, pues, la extinción del contrato de avío por el evento de la condición resolutoria. Nos encontramos con reglas especiales que priman a las generales del 1489, aplicables a todo contrato bilateral.

b) Es también causa legal de extinción de los contratos, la muerte de una de las partes. Tiene lugar este modo de extinguir, en aquellos contratos en que la persona es determinante del contrato, y en aquellos en que se impone una obligación de hacer en consideración a la aptitud o talento del deudor.

En nuestro contrato de avío, tendría lugar este modo legal de extinción, cuando la persona del aviador fuera determinante en el contrato, cuando por ejemplo, los avíos consisten en trabajos que el aviador ingeniero estipula ejecutar, habiéndose contratado con él en atención a su persona. No procedería, en cambio, cuando los avíos consisten en dinero que el aviador ha entregado o que no cumplida totalmente las cantidades estipuladas, los herederos deben enterar, en virtud del contrato a que se ha obligado el causante.

c) Otra causa legal de extinción de los contratos, es la llegada del plazo o término extintivo. El contrato de avío pudo celebrarse por un plazo determinado, en este caso se extingue por la llegada del plazo prefijado.

d) Y finalmente, la otra causa de extinción de los contratos que contempla la ley civil, es la nulidad.

La nulidad es la sanción establecida por la ley por la omisión de los requisitos que la ley exige para la validez de los actos jurídicos; al efecto, dice el art. 1681: "Es nulo todo acto o contrato en que falta uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato; según su especie y la calidad o estado de las partes".

Aplicando estos principios al contrato de avío, adolecería éste de nulidad, cuando se celebra el contrato omitiendo el requisito que la ley prescribe para que produzca efectos jurídicos, como sería la falta de consentimiento, o si no se celebra el contrato por escrito, o cuando alguna o ambas partes son absolutamente incapaces.

Resumiendo, tenemos que el contrato de avío se extingue por la declaración unilateral, con la muerte de una de las partes cuando la persona ha sido determinante en el contrato, la llegada del plazo estipulado y la nulidad.

Podríamos agregar que el avío también se extingue por la ejecución de lo convenido y por la inversión total de la cantidad estipulada.

Y no terminaremos el estudio de este contrato sin conocer lo que al respecto estatuye el Código argentino, el cual hemos seguido en el trascurso de todo nuestro estudio por tratar en forma minuciosa y acabada este contrato.

Dedica este Código un párrafo aparte en que reglamenta la "disolución del contrato de avío". Dispone en él, que el contrato de avío termina por el vencimiento del tiempo, por la inversión del capital o por la ejecución de las obras, según lo pactado en el contrato. Pero, cuando el avío es indeterminado, cualquiera de los interesados puede, previo aviso de 60 días, poner término al contrato. En este caso el aviador desahuciado, tiene derecho a cobrar el valor de los efectos entregados y el valor de su crédito con los premios estipulados.

A la inversa, cuando el minero sea el desaviado, el pago se hará con los productos libres de la mina, después de los hipotecarios y de los aviadores posteriores.

Cuando la obligación es de pagar en dinero, tendrá el propietario desahuciado el plazo de cuatro meses sin interés. Luego dispone que sin necesidad de acuerdo, podrá desistir del contrato, el aviador renunciando todos sus derechos, y el propietario cediendo la mina al aviador (80).

(80) Código argentino, arts. 310 y 311.

CAPITULO VI

CRITICA A LA CAJA DE CREDITO MINERO Y LAS
VENTAJAS QUE APORTARIA SIENDO UN
BANCO DE AVIOS DE MINAS

29.) *Caja de Crédito Minero.*— La Caja de Crédito Minero creada con el fin bien plausible de fomentar la industria minera, adolece de un grave defecto, mejor dicho, ha omitido entre sus fines, el que nosotros consideramos vital para el fomento eficaz a la minería.

En la forma que actualmente esta institución cree cumplir con el fin que se propuso, lejos está de ser una efectiva ayuda, una verdadera cooperadora del minero que busca recursos para la explotación de sus minas. No queremos decir con ello, que sus miras bien halagadoras de ayudar al fomento de la minería sean más aparentes que reales; nó; sólo queremos objetar el vacío que presenta, y cuya reparación redundaría un valioso aporte al beneficio más efectivo de la industria minera.

Nos referimos, a la necesidad que existe de que la Caja de Crédito Minero otorgue préstamos por medio de contratos de avío.

Y antes de entrar en consideraciones, preciso es, conocer la organización, el funcionamiento, en una palabra de este organismo, llamado Caja de Crédito Minero. Una vez instruidos en esta materia, sería el momento de hacerle las modificaciones que a nuestro juicio nos merece.

a) *Creación y administración de la Caja de Crédito Minero:* La Caja de Crédito Minero, creada por ley 4112, de 12 de Enero de 1927, modificada por ley 4503, de 20 de Diciembre de 1928, está destinada a fomentar la explotación y el beneficio de toda clase de minerales existentes en el país.

El fin que persigue esta institución se realiza, mediante la concesión de préstamos en dinero y otras formas que más adelante señalaremos.

En cuanto a la administración de la Caja, es dirigida por un Consejo, compuesto de un Director y 8 consejeros.

Al Consejo de Administración corresponde la dirección y supervigilancia de los intereses de la Caja, y especialmente le corresponde: a) pronunciarse sobre toda solicitud de préstamo que se presente a la Caja; b) formar el presupuesto anual

de gastos de la administración y examinar sus cuentas; c) dictar los reglamentos necesarios para el régimen interno de la Caja; d) intervenir con su acuerdo en todos los contratos que la Caja celebre y en todos los actos que afecten la responsabilidad de ésta.

El Director de la Caja es el representante legal de ella, preside las sesiones y le corresponde la ejecución de los acuerdos del Consejo.

La Caja cuenta además, con un Fiscal y el personal técnico.

b) *Del capital*: En cuanto al capital, se autoriza a la Caja de Crédito Minero para emitir obligaciones con garantía del Estado, hasta la cantidad de 40 millones de pesos en moneda legal de 6 peniques, o su equivalente en moneda extranjera, en bonos que ganen un interés anual hasta de 7% y una amortización acumulativa también anual de 1%.

El producto de esta operación será el capital de la Caja de Crédito Minero, y su inversión provisoria la hará el Consejo en valores de primera clase.

c) *De las operaciones*: Sabemos que las operaciones de la Caja de Crédito Minero tienen por objeto fomentar la explotación y el beneficio de las sustancias minerales, mediante la concesión de préstamos en dinero y en las demás formas que la ley y los reglamentos determinen.

La Caja podrá otorgar préstamos para los siguientes fines:

a) Para la instalación de establecimientos de beneficio con procedimientos metalúrgicos que ya estén industrialmente probados y que hayan tenido éxito comercial;

b) Para la instalación de elementos mecánicos de explotación de minas, desmontes, escorias o relaves;

c) Para la instalación de elementos mecánicos de elaboración, purificación o preparación de productos minerales naturales, de valor comercial;

d) Para mejorar o ensanchar instalaciones de la clase a que se refieren los incisos precedentes; y

e) Para capitalizar empresas mineras que estén en trabajo (art. 13).

d) *Procedimiento para optar a los préstamos*: La persona que solicitare un préstamo para alguno de los fines señalados, se presentará por escrito a la Dirección, acompañando los títulos que acrediten su derecho y los documentos que han de servir de base a las operaciones. Si se trata de la ins-

talación de un establecimiento, deberá acompañar un proyecto de la instalación que se propone construir.

Acogida para la tramitación la solicitud de préstamo y previo informe del Fiscal sobre los títulos, la Caja hará examinar la propiedad minera de que se trata por uno de sus ingenieros y por uno de sus químicos. Los técnicos estudiarán detenidamente las condiciones generales de la mina y la cubrición de minerales, y en fin, adoptarán todas las medidas que estimen convenientes para asegurar la correcta inversión del préstamo en los fines a que está destinado.

e) *De las garantías:* Una vez cumplidas todas las tramitaciones señaladas, el Consejo, de acuerdo con el informe de los técnicos de la Caja, fijara el monto y demás condiciones de la garantía que debe prestar el interesado.

Esta garantía irá reduciéndose a medida que las necesidades de preparación y explotación de las minas o del establecimiento lo vayan permitiendo, y sujeta a la fiscalización del ingeniero de la Caja. En consecuencia, el deudor de cualquier clase de préstamo deberá constituir a favor de la Caja, para asegurar el reembolso del préstamo e intereses, costas y comisiones correspondientes, primera hipoteca sobre la propiedad minera o bienes raíces y derechos ofrecidos en garantía, o constituir prenda sobre los desmontes, materia del préstamo.

Las minas constituídas en hipoteca para responder a los préstamos y demás operaciones que practique la Caja, no estarán sujetas a la inembargabilidad establecida en el Código de Minería. En consecuencia, esas minas y todas sus instalaciones, útiles, herramientas, etc., serán embargables y podrán ser sacadas a remate público por las obligaciones en favor de la Caja.

30. *Observaciones a la Caja de Crédito Minero:*—Conocida la estructura de la Caja de Crédito Minero, tócanos insinuar una modificación sustancial en ella que aludimos en un principio.

Fácil es darse cuenta, a través de las disposiciones que hemos conocido, que el propósito loable de la Caja de Crédito Minero de fomentar la minería, tiene un resultado positivo después de cumplir con un sinnúmero de condiciones y tramitaciones más o menos gravosas para el interesado. No podemos negar, ni dejar de reconocer, que la Caja de Crédito Minero debe tomar las precauciones necesarias para que sus operaciones no vayan en desmedro de sus intereses, pues bien podría correr un riesgo, fomentando la minería en forma intensa, por medio del contrato de avío.

La Caja de Crédito Minero pasaría a ser una institución provechosísima para los mineros dueños de minas improductivas debido a la falta de recursos. El contrato de avío, convención utilísima, reglamentado minuciosamente por nuestras leyes mineras y cuyo fin es fomentar la explotación y laboreo de las minas, debiera ser el contrato base en los préstamos otorgados por la Caja de Crédito Minero, debiendo ser este contrato su base, su complemento indispensable, su medio de acción.

Precisa, pues, que se legisle en este sentido, otorgando este derecho a la Caja de Crédito Minero, que a nuestro juicio, por su naturaleza misma, es la llamada a intervenir en el fomento de la industria minera por este medio, o bien podrían crearse instituciones por particulares mineros, verdaderos Bancos de avíos de minas.

Las operaciones de la Caja de Crédito Minero tendrían, de este modo, por objeto fomentar la explotación y laboreo de las minas mediante los contratos de avíos, sin perjuicio de atender a los demás fines que actualmente tiene la Caja, tendientes al fomento de la minería por otras operaciones (comprar o vender por cuenta propia o comisión, instalar y adquirir establecimientos de fundición y planteles de beneficio, etc.) los cuales no serían incompatibles con el fin principal que persigue la Caja, pudiendo quedar comprendidos en una sección secundaria, derivada de ella.

No sufriría variación la administración de la actual Caja, (Consejo, compuesto de 8 consejeros y un Director). Entre el personal técnico habría que agregar personas competentes, encargadas de administrar las minas sobre las cuales la Caja celebre contratos de avíos. Sería un caso en que la administración correspondería por derecho propio al aviador por medio de representante, sin perjuicio del derecho del minero de colocar interventor, facultad que concede la ley, cuando una de las partes está privada del derecho de administración (81), como también visitar la pertenencia, inspeccionar los trabajos, revisar los libros de contabilidad y los documentos justificativos y hacer las observaciones y reparos que la contabilidad y sistema de trabajo le sugieran, pudiendo ejercitar estas facultades por sí o por representante (82).

a) *Forma en que se celebraría el contrato de avío:* El interesado que quisiere celebrar un contrato de avío por inter-

(81) Art. 188 inc. 2.º C. M.

(82) Art. 188 inc. 1.º C. M.

medio de la Caja, presentaría una solicitud, acompañando los títulos que acrediten el derecho del minero y demás documentos que han de servir de base a las operaciones. Acogida para la tramitación la solicitud, previo informe del Fiscal, la Caja hará examinar la mina objeto del avío por personas competentes (ingenieros, químicos), a fin de estudiar las condiciones de la mina, la cubicación de minerales y las posibilidades de explotación provechosa para las partes.

Demás está decir que el contrato futuro debe versar sobre una pertenencia, o sea sobre la propiedad minera que la ley ha concedido, requisito esencial en el contrato de avío, reglamentado en el Código de Minería (arts. 178 a 189 C. M.).

Realizado el examen técnico se informaría al respecto al Consejo. Una vez aceptadas las condiciones del contrato por el Consejo, se procedería a su celebración de acuerdo con el minero, en cualquiera de las formas que establece la ley (simple, por especie de compañía, etc.). Se otorgaría la escritura pública correspondiente, en la cual se estipularía la forma, condiciones y demás cláusulas necesarias para la buena ejecución del contrato. Suscrita por ambas partes, se procedería a su inscripción en el Registro de Gravámenes del Conservador de Minas correspondiente, para que surtiera pleno efecto respecto de terceros.

El minero estaría exento de prestar garantías, las cuales no tienen cabida en este contrato, dada su naturaleza especialísima.

El administrador informaría a la Caja cada cierto tiempo del estado de la explotación de la mina y de las inversiones verificadas.

b) *Modos de extinguir el avío*: Las partes podrían dar término al contrato en igual forma que si se tratase de particulares, materia ya conocida.

La Caja que tendría celo por resguardar sus intereses, velaría que se cumplieran todos los requisitos legales que se exigieran en cada caso, a fin de evitar dificultades con posterioridad. Así, si se ha celebrado el contrato por escritura pública inscrita, sería necesario efectuar la cancelación al margen, en el Registro correspondiente.

31.) *Ventajas al fomento de la minería*.—La Caja de Crédito Minero fué creada con el propósito de fomentar la minería y el contrato de avío tiene por objeto explotar las minas. lógico es que se una la institución con el contrato, y así, reforzado el crédito minero, fomentaría la industria minera en forma más eficaz y verdadera.

Contaría el país con una institución proveedora de capitales dispuestos a correr iguales riesgos que el minero que espera riquezas de lo que posee inerte.

Hoy, ¿quién se atreve a correr riesgos con el minero? Personas capacitadas, competentes y capitalistas, los que desgraciadamente pocos son, pues, o ignoran los beneficios del contrato o no son técnicos en la materia, todo lo cual produce la inercia de las explotaciones mineras.

De aquí que sea una sentida necesidad, la creación de instituciones, a semejanza del Banco de avíos de las Ordenanzas de Nueva España, provistas de personal bien competente a fin de aminorar los riesgos que pueda correr al contratar.

Repetimos, que el sistema de préstamos actual, con trámites engorrosos, garantías, etc., no ha contribuído a fomentar la minería en forma activa, por la deficiencia del método.

Esperamos y auguramos mejores tiempos a la minería, si se sigue el buen camino que hemos trazado.

DEL AVIO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

- 1) Antecedentes de los artículos de las Ordenanzas de Nueva España en lo relativo al avío.
- 2) Influencia de los créditos refaccionarios.
- 3) Ordenanzas de Nueva España.
- 4) Banco de avíos de minas.
- 5) Códigos de 1874 y 1888.
- 6) Códigos de 1930 y 1932.

CAPITULO II

CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE AVIO

- 7) Definición.
- 8) Características de este contrato.
- 9) Requisitos de existencia.—Solemnidad.
- 10) Cuasi-contrato de avío.
- 11) Condiciones del avío para que tenga valor respecto de terceros:
 - a) Escritura pública.
 - b) Inscripción de la escritura pública.
- 12) Analogía y diferencias del avío con otros contratos:
 - a) Hipoteca.
 - b) Anticresis. (Anticresis judicial y avío judicial).
 - c) Mutuo.
- 13) Diferentes formas de avío:
 - I. Según su origen:
 - a) convencional.
 - b) legal.
 - c) judicial.
 - II. Según las obligaciones del aviador:
 - a) determinado.
 - b) indeterminado.
 - III. Según la forma de pago:
 - a) simple.
 - b) por especie de compañía.

CAPITULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL AVIADOR

- 14) Obligación de dar o hacer algo en favor de la pertenencia.
- 15) Derechos recíprocos del minero, cuando el aviador no da cumplimiento a su obligación.

CAPITULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DEL MINERO

PARRAFO I

El minero debe invertir los efectos del avío en la explotación o laboreo de la mina

- 16) Sanciones por infracción de la obligación del minero.

PARRAFO II

Administración de la mina

- 17) De la administración que ejerce el minero y su responsabilidad.
- 18) Casos en que la administración la ejerce el aviador.
- 19) Facultades que otorga la ley cuando una de las partes no tiene la administración.
 - a) Del interventor.
 - b) Derechos de inspección.

PARRAFO III

Pago al aviador

- 20) El minero debe pagar al aviador.
- 21) Caso en que la mina quede en descubierto.
- 22) El pago de los avíos especie de sociedad.
- 23) Intereses que la ley permite estipular.

- 24) De la preferencia del avío.
- 25) ¿Importa el avío un derecho real para el aviador?
 - a) Atributos y caracteres comunes de los derechos reales.
 - b) Los caracteres del derecho real proceden en el avío.

CAPITULO V

MODOS DE EXTINGUIR EL AVIO

- 26) Reciliación.
- 27) Terminación del avío por voluntad unilateral:
 - a) En el avío determinado.
 - b) En el avío indeterminado.
 - c) En el avío especie de sociedad.
- 28) Causas legales de disolución del contrato de avío:
 - a) ¿Procede la resolución en el avío?
 - b) Muerte de una de las partes.
 - c) Llegada del plazo o término extintivo.
 - d) Nulidad.

CAPITULO VI

CRITICA A LA CAJA DE CREDITO MINERO Y LAS VENTAJAS QUE APORTARIA SIENDO UN BANCO DE AVIOS DE MINAS

- 29) Caja de Crédito Minero:
 - a) Creación y administración de la Caja.
 - b) Del capital.
 - c) De las operaciones.
 - d) Procedimiento para optar a los préstamos.
 - e) De las garantías.
- 30) Observaciones a la Caja de Crédito Minero:
 - a) Forma en que se celebraría el contrato de avío.
 - b) Modos de extinguir el avío.
- 31) Ventajas al fomento de la minería.

UNIVERSIDAD DE CHILE



3 5601 15904 5180