

Facultad de Derecho  
Universidad Adolfo Ibáñez

REPRESENTANTES DE LAS FACULTADES DE DERECHO MIEMBROS DEL CONSORCIO:

Prof. ENRIQUE BARROS BOURIE (Universidad de Chile)  
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO (Pontificia Universidad Católica de Chile)  
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA (Universidad de Concepción)  
Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)  
Prof. SUSAN TURNER SAELZER (Universidad Austral de Chile)  
Prof. HERNÁN CORRAL TALCIANI (Universidad de los Andes)  
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON (Universidad Diego Portales)  
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS (Universidad Adolfo Ibáñez)

ESTUDIOS  
DE DERECHO CIVIL VII

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL  
VIÑA DEL MAR, 2011

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS  
(COORDINADOR)

## IV. CONCLUSIONES

El artículo 1675 del Código Civil permite al acreedor reclamar la cosa directamente debida cuya existencia se ignoraba, siempre que restituya aquello que hubiere recibido en razón de su precio. Bien mirada, la norma no deja de suscitar perplejidad por el contenido de la facultad que confiere al acreedor: éste puede exigir la prestación debida sin importar que el deudor ya hubiera dado algo en razón de su precio y con una supuesta finalidad extintiva. Por de pronto, esa posibilidad hace que la situación ahí descrita no comporte un caso de extinción de la obligación del deudor, sino sólo una hipótesis de liberación temporal condicionada al eventual hallazgo de la cosa perdida y a la preservación del interés del acreedor en que se cumpla con ella. Hay, entonces, un ejercicio de la pretensión de cumplimiento fundada en el propio contrato con posterioridad a que el acreedor ha recibido algún equivalente funcional de pago y, por ende, de que ha agotado el contenido procesal de esa misma pretensión, que ahora revive en su aspecto sustancial. Dicha facultad, por su carácter excepcional, ha de estar sujeta a ciertos límites temporales y materiales. Respecto de los primeros, existe un plazo de caducidad y otro de prescripción que delimitan su ejercicio, aunque ambos coinciden en su duración y forma de cómputo. En lo que atañe a los segundos, la reclamación exige que todavía persista el interés específico del acreedor por la prestación originaria y que éste restituya lo que hubiere recibido en lugar de la cosa debida. La existencia de este último requisito excluye que el artículo 1675 pueda recibir aplicación cuando la desaparición tiene un origen fortuito, porque en ese caso el acreedor no recibe nada a cambio de su propia prestación; y justifica que éste pueda retener legítimamente la suma dada como resarcimiento de los daños irrogados por el incumplimiento, que quedan fuera del equilibrio de prestaciones que la restitución quiere restablecer.

## EL "DEBER DE AVISO" ANTE LA OCURRENCIA DE UN CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR: ¿TIENE APLICACIÓN EN CHILE?

Lilian San Martín Neira\*

## I. PREMISA

En los últimos años han proliferado los estudios sobre la buena fe contractual. Cada vez son más los autores que se refieren a ella y, lo más importante, cada vez son más las sentencias que recurren a este principio para resolver el caso sometido a la decisión del tribunal.

Teniendo en cuenta tal situación, el presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre la procedencia y regulación de los deberes de conducta emanados de la buena fe en el Derecho chileno. Para ello hemos tomado como referencia el deber de aviso que los Instrumentos de Unificación del Derecho Privado imponen al deudor víctima de un impedimento que haga excusable el incumplimiento, preguntándonos si es posible aplicar este deber en Chile, donde no existe una norma expresa en tal sentido.

## II. EL "DEBER DE AVISO" EN LOS INSTRUMENTOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Utilizando la terminología usada por nuestra doctrina y jurisprudencia, podemos decir que en el Derecho uniforme para que se configure el caso fortuito o fuerza mayor son necesarios tres requisitos: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad. Concurriendo estos tres elementos, el deudor no responde por el incumplimiento, pues constituye incumplimiento excusable.<sup>1</sup>

\* Profesora adjunta de la Universidad Alberto Hurtado, Magister y Doctora en *Sistema Jurídico Romano* por la Università degli Studi di Roma - "Tor Vergata". Correo electrónico: liliansanmartinneira@gmail.com

<sup>1</sup> Para todos, véase BRANIT ZUMARAN, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*, Santiago, AbeledoPerrot, 2010.

Sin embargo, ello no significa que el deudor quede sin más exento de toda responsabilidad. Para que ello suceda es necesario, además, que dentro de un plazo razonable dé aviso al acreedor de la ocurrencia del impedimento. En tal sentido pueden verse:

a) Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT

(3) "La parte incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y su efecto sobre su aptitud para cumplir el contrato. Si la comunicación no fuere recibida en un plazo razonable contado a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable del daño que le llegare a causar a la otra dicha falta de recepción".

b) Artículo 8:108 Principios de derecho contractual europeo.

(3) "La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte reciba una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos respecto de la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación".

c) Artículo 79 Convención de Compraventa Internacional.

(4) "La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlos. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción".

Según las disposiciones transcritas, el caso fortuito exonera de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación principal, pero el deudor permanece obligado para con el acreedor respecto de su deber de aviso. El incumplimiento de este deber da origen a su propia responsabilidad: el resarcimiento de los perjuicios que la falta de aviso haya ocasionado al acreedor.

La pregunta que nos ponemos ante este deber es ¿qué pasa en el Derecho chileno?, ¿el deudor víctima de un caso fortuito o fuerza mayor debe o no advertir al acreedor del hecho? En el Derecho interno no tenemos una norma de general aplicación en la materia. La Convención de Compraventa Internacional es ley de la República, pero tiene un campo limitado de actuación: se aplica exclusivamente a las compraventas internacionales. En los demás casos la pregunta queda en pie, para contestarla estimamos útil analizar los orígenes y fundamentación dogmática del deber en cuestión.

### III. ORIGENES DEL "DEBER DE AVISO": DERECHO ROMANO

Los Instrumentos de Derecho uniforme tienen una fuerte impronta del *Common law*, donde destaca la exigencia de una actuación razonable: los contratantes deben comportarse razonablemente, evitando el derroche de recursos. Podríamos suponer que ahí se encuentra el origen del deber de aviso, pero la verdad es que él se remonta al Derecho romano. Así lo demuestran dos pasajes del *Corpus Iuris Civilis* en los que hemos individualizado una exigencia idéntica y con similares consecuencias: D.19.2.13.7 y D. 17.1.27.2.

a) D.19.2.13.7 *Ulpianus libro 32 ad edictum. Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. Si domino non denunciavit et migravit, ex locato tenebitur: (...). Sed et si denunciare non potuit, non puto eum teneri.* "Aproximándose un ejército, emigró un arrendatario, y después los soldados quitaron las ventanas y otras cosas del alojamiento; si no lo hizo saber al dueño, y se fue, quedará obligado por la acción de locación; (...) mas también si no pudo hacerlo saber, no creo que se obligue".

Un arrendatario, en vista de la aproximación de un ejército enemigo, decide abandonar la casa arrendada. Según Ulpiano, no responde por la destrucción de la casa. Se exonera de su obligación de conservación, pues el ataque de un ejército constituye fuerza mayor. Sin embargo, queda obligado a informar al dueño lo ocurrido. La falta de aviso lo hace responsable de los perjuicios que esto haya ocasionado al propietario, a menos que se hubiera visto impedido de informar, en cuyo caso queda libre de esta obligación.

b) D.17.1.27.2 *Gaius libro nono ad edictum provinciale. "Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit.*" "Si el que aceptó un mandato, si puede cumplirlo, no debe abandonar el servicio prometido, y de lo contrario, será condenado en cuanto importe al mandante; pero si entiende que no puede cumplir él aquel encargo, debe manifestarle esto mismo al mandante, cuanto antes pudiere, para que si quisiera, utilice los servicios de otro; pero si pudiendo hacérselo saber, hubiera dejado de hacerlo, quedará obligado por cuanto importe al mandante; mas si por alguna causa no pudiere hacérselo saber, estará exento de obligación".

Una persona acepta un mandato, luego, por razones de fuerza mayor, se ve impedido de ejecutarlo. Gayo afirma que no hay responsabilidad por el incumplimiento, pero cuando advierte que no podrá cumplir el encargo, el mandatario debe avisar al mandante. El incumplimiento de esta obligación, lo hace responsable de los perjuicios que ocasione la falta de aviso, a no ser que se haya visto también impedido de avisar.

## IV. EL "DEBER DE AVISO" EN EL DERECHO INTERMEDIO

El deber de aviso se encuentra también en el Derecho intermedio. En tal sentido podemos citar la obra de Domat y Pothier.

Domat se refiere al deber de aviso cuando menos en tres partes de su obra *Las leyes civiles en su orden natural*:

a) A propósito del arrendamiento, retomando la ley contenida en D. 19.2.13.7, sostiene que "si un arrendatario de una heredad o un inquilino de casa en despoblado las desamparan por temor a un peligro, sin advertir a su dueño, caso de poderlo verificar, y de ello se sigue algún daño, deberá juzgarse por las circunstancias si estarán tenidos al pago de los alquileres y daños, o bien si deberán quedar libres de ellos".<sup>2</sup>

b) A propósito del Mandato, en este caso recurre a D. 17.1.27.2. Al efecto, después de haber señalado que el mandatario podrá dejar el encargo si tiene motivo suficiente para ello, agrega: "[empero] no podrá el mandatario dejar la procuración que hubiese aceptado, sin avisar a su comitente, y de no hacerlo será responsable de todos los daños y perjuicios (...)".<sup>3</sup>

c) A propósito de los daños y perjuicios que se deben como consecuencia del incumplimiento de una obligación, Domat generaliza la regla estableciendo como requisito copulativo para que el caso fortuito exonere al deudor que "el propietario [deudor] no hubiese podido advertir estas novedades al mercader [acreedor]".<sup>4</sup>

Por su parte, Pothier recoge la enseñanza de Gayo a propósito del mandato y la extiende a todas las obligaciones de hacer y de no hacer. Al efecto, después de haber establecido la regla según la cual *nemo praestat casus fortuitus*, agrega: "Observe que en ese caso debo advertirlo de la fuerza mayor que me ha impedido hacer aquello que yo me había comprometido a hacer respecto de usted, con el fin que pueda tomar vuestras medidas para proveer por usted mismo o por otro. Sin eso yo no evitaría los daños y perjuicios, a menos de que esta fuerza mayor no me hubiere también privado de poder advertírselo (*L. 27, § 2, D. Mand.*)".<sup>5</sup>

En síntesis, tanto Domat como Pothier tomaron las enseñanzas del Digesto relativas al deber de aviso y las transformaron en reglas de general aplicación. El primero para todo tipo de obligaciones y el segundo para las obligaciones de hacer y de no hacer.

<sup>2</sup> DOMAT, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural*, 2ª ed. de la traducción española, Barcelona, Imprenta José Taulo, 1844, T. I, p. 196.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 348.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>5</sup> POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, trad. castellana de Guillermo Cabanellas de Torres, 2ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2007, § 149.

## V. JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LA INSTITUCIÓN. LA "BONA FIDES" COMO FUENTE DE "DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA"

En Derecho romano, la *actio locati* (arrendamiento) y la *actio mandati* (mandato) daban origen a *bonae fidei iudicia*. En sus fórmulas iba incluida la cláusula *ex fide bona* que otorgaba al juez ciertas libertades para dictar una sentencia que reflejara las contingencias del caso concreto. En virtud de tales facultades, el juez podía determinar la obligatoriedad de ciertas prestaciones que excedían lo estrictamente pactado por las partes, prestaciones que tenían el carácter de secundarias respecto de la obligación principal. En efecto, en Roma la función por antonomasia de la buena fe era delinear el contenido del '*oportere*', es decir, establecer aquello a que las partes estaban obligadas en virtud del negocio celebrado.<sup>6</sup> Como consecuencia, al juez correspondía la *plenior interpretatio* de la relación obligatoria sometida a su juicio, lo que significaba redimensionar el contenido de la misma, sea en el sentido de ampliar su extensión, que en el sentido de disminuirla.<sup>7</sup> El juez podía incluso determinar la subsistencia del *oportere*, no obstante que la prestación se hubiere tornado imposible,<sup>8</sup> tal es precisamente nuestro caso.

En el Derecho moderno, las prestaciones que exceden a lo pactado por las partes han recibido distintos nombres, se habla de deberes de protección,<sup>9</sup> deber de cooperación, deberes accesorios,<sup>10</sup> deberes secundarios de conducta.<sup>11</sup> Sin

<sup>6</sup> Cfr. CARDILLO, Riccardo, *Bonae fides, tra storia e sistema*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 41; SENN, Pierre-Daniel, voz "Buona fede nel diritto romano", en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Civile, Torino, UTET, 1988, T. II, p. 132. Cabe señalar que, para algunos autores, ésta no sería la noción originaria de *fides bona*, sino que habría sido introducida por Q. Mucio (Schulz), o en todo caso, reflejada en la construcción muciana. En aquella originaria la *ex fide bona* habría sido el fundamento (*sine lege*) del *oportere* (en este sentido: HORVAT, Marijan, "Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio", en *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, Napoli, Jovene, 1955, T. 1, pp. 425 ss.; KASER, Max, *Derecho privado romano*, traducción castellana de José SANTA CRUZ TEIXEIRO, Madrid, REUS, 1968, pp. 154 ss.). Por el contrario, otros afirman que la *Bonae fides* no habría sido nunca fuente del *oportere*, sino que, desde el inicio, cumplía una función delimitadora del mismo. Para toda la discusión véase CARCATERRA, Antonio, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, Jovene, 1904, pp. 73 ss.; BIONDI, Biondo, Recensión a Antonio Carcaterra "Intorno ai bonae fidei iudicia", en *JUR.I*, 16, 1965, pp. 257 ss.; SANSON RODRIGUEZ, María Victoria, "La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano", en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, CEDAM, 2003, T. III, pp. 300 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CARCATERRA, cit. (n. 6), pp. 131 ss.; SCHEINMAYER, Martin Josef, "Bona fides in roman contract law", en: *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 85.

<sup>8</sup> BIONDI, Biondo, *Istituzioni di diritto romano*, reimpresión ed. 1939, Milano, Giuffrè, 1944, p. 374.

<sup>9</sup> Véase LAMBO, Luigi, *Obblighi di protezione*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 1 ss.

<sup>10</sup> Así, DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid: CIVITAS, 1993, T. IV, pp. 117 ss.

<sup>11</sup> FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, *La buena fe*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1984, p. 204.

embargo, la expresión deberes de protección tiene una específica connotación, en aquellos ordenamientos en que han sido aceptados, tales deberes corresponden a una especie dentro del género de los deberes impuestos por la buena fe.<sup>12</sup> Lo mismo sucede con el deber de cooperación.<sup>13</sup> Por su parte, la expresión deberes accesorios conlleva la idea de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en circunstancias de que ciertos deberes *ex fide bona* subsisten incluso con posterioridad a la extinción de la obligación principal.<sup>14</sup> Por lo tanto, consideramos que la más correcta, pues abarca todos los casos, es la expresión deberes secundarios de conducta.

En síntesis, en Roma el deber de aviso era un deber secundario de conducta derivados de la *bona fides*.

#### VI. LA BUENA FE COMO FUENTE DE DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA EN DERECHO MODERNO. EL DEBER DE COOPERACIÓN

La bona fides romana ha sido recogida en los ordenamientos modernos, con similares resultados a los que producía en Roma. Así, se ha dicho que el deber de aviso contenido en los PECL es una aplicación de la obligación de buena fe que gobierna en su totalidad a los Principios y la misma idea ha sido sostenida en Italia y España.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> "Son deberes de protección aquellos que tienen por objeto imponer a las partes el resarcimiento del daño derivado de contacto social al interior de la relación obligatoria". Sobre el origen y funcionamiento de estos deberes, véase: BENATTI, Francesco, "Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'", en: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1960, pp. 13-42 ss.; CASTRONOVO, Carlo, "Obblighi di protezione e tutela del terzo", en *JUS*, 1976, pp. 123 ss.; CASARIIS, Claus-Wilhelm, "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione", en: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1983, pp. 793 ss.; MENGONI, Luigi, "La parte generale delle obbligazioni", en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1984, pp. 507 ss.; CASTRONOVO, Carlo, voz "Obblighi di protezione", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, T. XXI, pp. 1 ss.; ROSELLI, Carlo, "Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza", en *Contratto e Impresa*, 1996, p. 653; LAMBO, cit. (n. 9), pp. 1 ss.; RODRIGUEZ OLIVOS, Javier M., "Deberes de protección 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 20, enero-junio de 2011, pp. 301-346, disponible en: <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp20/JavierRodriguez.pdf>, accedido 24 oct. 2011.

<sup>13</sup> *Infra*, § VII.

<sup>14</sup> Un deber de esta naturaleza encontramos en D.19.1.6.3. Aquí se concede la *actio empti* para proteger la idoneidad de un terreno comprado para sepulcro. En el mismo sentido señala DIEZ-PICAZO que "la buena fe exige que, según las circunstancias, los contratantes omitan, después de la extinción de la relación obligatoria, toda conducta mediante la cual la otra parte pueda verse despojada de la ventaja obtenida" (cfr. DIEZ-PICAZO, cit., n. 10, p. 120).

<sup>15</sup> Véase FLAMBOURAS, Dionysios, *Comparative Remarks on CISG article 79 & PECL articles 6:111, 8:108*, en: [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html), accedido 23 oct. 2011.

En Chile, la buena fe ha sido emblemáticamente recogida en el artículo 1546 del Código Civil.<sup>16</sup> Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han sido enfáticas en afirmar que la relación obligatoria se compone de la obligación principal y de deberes anexos a ella.<sup>17</sup> Como fuente primordial de estos deberes encontramos precisamente la buena fe objetiva.<sup>18</sup> En tal sentido se ha dicho que "el principal efecto derivado de la buena fe como pauta de integración del estatuto regulador de una relación jurídica consiste en la creación de ciertos deberes que no hacen a la prestación principal, sino que la complementan, son los que la doctrina ha llamado deberes secundarios de conducta".<sup>19</sup>

Entre los deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe, se encuentra el llamado deber de cooperación.<sup>20</sup> Este deber no se refiere a una específica conducta, sino que se caracteriza por ser un criterio de conducta que se basa en la fidelidad al vínculo contractual y en el empeño en cumplir la legítima expectativa de la otra parte: empeño en desplegar toda la propia fuerza al servicio del interés de la contraparte en la medida requerida por la relación obligatoria de que se trata.<sup>21</sup>

El deber de cooperación no tiene contornos definidos, ni corresponde a un concepto eminentemente técnico.<sup>22</sup> En virtud de él se impone a las partes

<sup>16</sup> Sobre el punto véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La buena fe en el Código Civil de Chile", en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, CEDAM, 2003, T. II, pp. 30 ss.; CARDILLI, cit. (n. 6), pp. 73 ss. En profundidad puede verse una reciente publicación en el argumento: BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2011.

<sup>17</sup> Véase LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, *Los contratos*, 4ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, T. II, pp. 397 ss. Por su parte, la jurisprudencia ha resuelto que, conforme al artículo 1546, "se puede concluir que en todo negocio existen obligaciones principales (deber de pagar las cuotas del dividendo hipotecario) y obligaciones accesorias (deber de buena fe) que sobreviven aun después de la extinción de la obligación principal". Cfr. CS, 14 de octubre de 2008, LegalPublishing 39885. En el mismo sentido véase CS, 04 de julio de 2011, LegalPublishing 49550; CS, 07 de junio de 2011, LegalPublishing 49252; CS, 21 de julio de 2010, LegalPublishing 45484.

<sup>18</sup> Ciertamente la buena fe no es la única fuente. Así, DIEZ-PICAZO identifica cuatro fuentes: la ley, la convención, la costumbre y la buena fe. Cit. (n. 10), pp. 113-119.

<sup>19</sup> Cfr. FERREIRA RUBIO, cit. (n. 11), p. 264.

<sup>20</sup> La cooperación entre las partes de la obligación tiene especial importancia cuando se trata de la cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación, pero ella no es la única acepción, así como tampoco puede ser calificada a priori de *deber de cooperación*. En efecto, el acreedor muchas veces tiene sólo una carga de cooperación, no un *deber*. Sobre las múltiples nociones de "cooperación" al interior de la relación obligatoria, y sus consecuencias, véase SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, "Sobre la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor, como sujeción no sólo de derechos sino también de cargas y deberes", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 225-226, enero-junio, julio-diciembre 2009, pp. 135-196.

<sup>21</sup> Véase BETTI, Emilio, *Teoria generale dell'obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 103 y DIEZ-PICAZO, cit. (n. 10), p. 118.

<sup>22</sup> En efecto, el deber de cooperación es un deber "sin consistencia real", él simplemente permite al juez determinar a posteriori si ha habido o no violación del contrato (cfr. JULLIOT, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative des droits français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 516).

de la relación obligatoria la necesidad de colaborar entre sí a fin de superar las dificultades que puedan surgir durante la vida del contrato.<sup>23</sup> Ello implica que tanto deudor como acreedor deben llevar a cabo comportamientos positivos tendientes a dicho fin, siempre que ello no conlleve un apreciable sacrificio de sus propios intereses. Tal expresión ha sido forjada por la doctrina y jurisprudencia italianas,<sup>24</sup> pero la misma idea se desprende de los dichos de Díez-Picazo. Para éste el deudor tiene el deber de cooperación mientras “esté en sus manos” cooperar.<sup>25</sup> Es síntesis, las partes no están obligadas a realizar esfuerzos que impliquen un desmedro de sus propios intereses en pos de la conservación de los intereses de la otra.

#### VII. INTERPRETACIÓN ANALÓGICA: NORMAS QUE CONTEMPLAN UN “DEBER DE AVISO” DE SIMILARES CARACTERÍSTICAS

El deber de aviso ante el caso fortuito, tal y como lo concibieron los juristas romanos y franceses, cuadra perfectamente con una especificación del deber de cooperación antes descrito. En efecto, se trata de una conducta que el deudor debe ejecutar en pos de los intereses del acreedor, siempre que esté en sus manos llevarla a cabo, y su incumplimiento da lugar a resarcimiento de perjuicios. Sin embargo, el hecho de que no haya sido expresamente recogido por nuestro ordenamiento nos llama a justificar ulteriormente su procedencia.

Ahora bien, en situaciones como estas, en que no sabemos si una determinada institución ha sido o no recogida en el ordenamiento jurídico, es siempre útil (y a veces necesario) recurrir a la analogía. Esta es una herramienta conocida desde antiguo, lo que se demuestra por las numerosas acciones *ad exemplum*,

<sup>23</sup> Esta noción ha sido reconocida por la justicia italiana que sancionó, por contrariar las normas sobre buena fe y corrección (arts. 1375 y 1175 Código Civil italiano), la omisión de un promitente vendedor que se negó a prestar su colaboración a fin que el promitente comprador pudiera gestionar el crédito necesario para la compra, cuando, si bien no había sido expresamente establecido, de las concretas circunstancias se desprendería que habría debido colaborar (cfr. Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 1991, 2503, en: *Il corriere giuridico*, 7, 1991, pp. 789 ss., con comentario de Adolfo Di Majo). Para casos acogidos por la justicia alemana, francesa y japonesa aceptando el ‘deber de cooperación’, véase: JALUZO, cit. (n. 22), pp. 513-514.

<sup>24</sup> En estos términos se expresa la doctrina civilista que reconoce la existencia de este deber de cooperación. Véase: BIANCA, C. Massimo, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, en: *Rivista di Diritto Civile*, 1983, parte I, pp. 205 ss.; RAMÍREZ, Jorge Orlando, *Indemnización de daños y perjuicios*, Buenos Aires, Hamurabi, 1984, T. 3-A, p. 268 ss.; DI MAJO, Adolfo, “Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale”, comentario a Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 1991, N° 2503, en: *Il corriere giuridico*, 7, 1991, pp. 789 ss.; Id. “La buona fede nel contratto”, en: *Il corriere giuridico*, 3, 2002, pp. 332 ss.

<sup>25</sup> Véase Díez-Picazo, cit. (n. 10), p. 118.

*utiles e in factum* que encontramos en las fuentes.<sup>26</sup> En nuestro caso, se trata de la analogía integradora, es decir, aquella que sirve para colmar un vacío en la legislación, también conocida como “interpretación integradora”,<sup>27</sup> expresamente recogida en el artículo 22 inc. 2° del Código Civil.<sup>28</sup>

El camino práctico para colmar un vacío mediante la analogía es la generalización. Ésta supone la identificación de un conjunto de normas que presenten entre sí la misma razón (*eadem ratio*), no obstante que sus supuestos de hecho sean diversos. Esto nos permitirá inducir una norma general (o principio), en virtud del cual se resuelven de la misma manera los casos que tengan la misma *ratio*.<sup>29</sup>

En nuestro caso, debemos individualizar normas de las cuales se deduzca que las partes de una obligación (o contrato) tienen el deber de comunicarse entre sí, cuando de esa falta de comunicación pueda derivar un perjuicio para una de ellas. Al respecto podemos citar dos disposiciones.

a) Código Civil artículo 2000 N° 3 CC. (extensiva a los artículos 2003 regla 3ª y 2004). Este artículo impone al artífice de una obra material, cuya materia prima haya sido proporcionada por quien encarga la obra, el deber de avisar sobre los vicios de la materia. La falta de aviso impide al artífice cobrar el precio o

<sup>26</sup> Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho romano*, Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Percyra, 2000, pp. 263 ss.; PIANO MORTARI, Vincenzo; voz “Analogía (premessa storica)”, en: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1966, T. II, p. 345.

<sup>27</sup> Al hablar de “interpretación integradora” no podemos desconocer que para un buen sector de la doctrina tal expresión no es más que una ficción, pues –afirman estos autores– en realidad el juez no interpreta, sino que derechamente crea derecho, cuestión que es permitida porque el legislador reconoce de antemano que, en uno o más casos concretos, la regulación por él dada puede resultar insuficiente. Expresamente en este sentido Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho e dello stato*, trad. italiana de Sergio Cotta y Giuseppino Treves, 6ª ed., 1994, reimpresión, Milano, ETAS, 2000, pp. 149 ss. Desde un punto de vista general véase: ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 223 ss.; BARCELONA, Mario, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 7 ss.; GUZMÁN BRITO, cit. (n. 26), p. 266, éste afirma que “la analogía integradora pertenece al campo de la interpretación, porque: i) implica verificar que cierta norma presenta una deficiencia o laguna, y tal es un resultado al que sólo se puede llegar después de interpretar la norma de que se trate; ii) implica determinar la razón de la norma que se va a aplicar por analogía, lo que sólo se obtiene por interpretación; iii) implica concluir que la razón determinada sigue válida para el caso no previsto en la norma deficiente, lo que asimismo es tarea interpretativa”.

<sup>28</sup> Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre la interpretación de las leyes*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 53 ss.

<sup>29</sup> FALZEA, Angelo, Ponencia introductoria en *Convegno sul tema: I Principi generali del diritto* (Roma, 27-29 mayo 1991), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, p. 21. Éste agrega que las hipótesis que llevan a formular una norma de carácter general deben presentar tanto ‘constantes’ como ‘variables’. Será la extracción de las ‘constantes’ aquello que permita identificar el ‘principio’.

salario, esta circunstancia hace que más que de un deber se trate de una *carga*,<sup>30</sup> pero sin duda su objetivo es el mismo perseguido por el deber de aviso: evitar que una parte sufra un perjuicio por el desconocimiento de una información que estaba en poder de la otra parte.

b) Código Civil artículo 1982. Según esta norma, el colono debe avisar al arrendador de la usurpación del terreno arrendado. Si no lo hace, es responsable de su omisión. A diferencia de la anterior, esta norma guarda perfecta analogía con el deber de aviso. Ella establece un *deber* de información cuya inobservancia genera responsabilidad para con el beneficiario de la norma.

Cabe notar que en el proyecto de 1853 la nota de Bello al artículo 1982 (correspondiente al 2158) reenvía al § 191 del *Tratado de la locación-conducción de Pothier*. Sin embargo, este párrafo alude a un deber de vigilancia y protección del fundo: el colono debe defender personalmente el fundo de la usurpación de los vecinos, de manera que responde por el solo hecho de que ella se produzca durante un año y un día. Bello, en cambio, exonera al colono del deber de protección personal del fundo, y en su lugar impone un deber de aviso, a fin de que el dueño adopte las medidas pertinentes. La solución de Bello, si bien se aparta del modelo original, está inspirada en la misma obra citada y, a través de ella, afonda sus raíces en el deber de aviso concebido en el Derecho romano. En efecto, Pothier, además del deber descrito, imponía al arrendatario un genérico deber de aviso, fundado únicamente en la *bona fides*. Al efecto señalaba que el arrendatario tenía algunas obligaciones emanadas directamente de la buena fe,<sup>31</sup> y entre ellas se encontraba "(...) avisar al arrendador durante el arriendo de todo cuanto pueda interesarle concerniente a la cosa alquilada".<sup>32</sup>

En síntesis, si bien con consecuencias distintas, ambas normas establecen un deber de aviso de similares características al impuesto sobre el deudor en los Instrumentos de Unificación. Pero nuestro ordenamiento jurídico va incluso más allá, pues impone un deber de aviso incluso a aquellos que no han llegado a ser cocontratantes, por no haberse perfeccionado el contrato. Tal es el caso del artículo 98 del Código de Comercio, en virtud del cual: "en caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación". Esta norma, referida

<sup>30</sup> Sobre la diferencia entre carga y deber véase CABANILLA SANCHEZ, ANTONIO, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil*. Madrid, Ed. Montecorvo S.A., 1988, pp. 46 ss.; SAN MARTÍN, cit. (n. 20), pp. 161 ss.

<sup>31</sup> El Capítulo II de la obra lleva por título "De las obligaciones del conductor procedentes de la buena fe, de la costumbre, u otras cláusulas particulares".

<sup>32</sup> Cfr. POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de la locación-conducción*, traducción castellana de amigos colaboradores. Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, § 203.

a la responsabilidad precontractual, es clara en cuanto a su fundamento: evitar que el destinatario de la oferta sufra un perjuicio a causa del desconocimiento de la retractación del oferente. Ella es una consecuencia de que la buena fe objetiva opera antes, durante y después del contrato.

Por tanto, podemos desde luego concluir que la *ratio* del deber de aviso sobre el caso fortuito o la fuerza mayor, se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, y, por ende, se encuentra presente el deber de aviso en sí mismo.

#### VIII. PLAZO DENTRO DEL CUAL DEBE SER DADO EL AVISO

Los Instrumentos de Unificación, en una terminología usual en ellos, señalan que la parte incumplida deberá dar aviso a la otra en un plazo razonable. Esta noción podría dificultar la aplicación del deber en el derecho interno, pues el hombre razonable no siempre se condice con nuestro buen padre de familia. Sin embargo, debemos recordar que tal noción no es ajena a nuestro Derecho. El Código Civil contiene numerosas disposiciones que aluden a "lo razonable" para establecer normas de general aplicación que se concretan sobre la base de las circunstancias del caso.

Con referencia específica a plazo razonable encontramos numerosas disposiciones. Limitándonos al Código Civil,<sup>33</sup> podemos mencionar varios ejemplos:

- a) Código Civil artículo 1276, relativo al plazo que tiene el albacea para comparecer a ejercer su cargo;
- b) Código Civil artículo 1977, relativo el plazo dentro del cual deben pagarse las rentas atrasadas para que el arrendador no haga cesar el contrato;
- c) Código Civil artículo 2125, relativo al plazo que tienen quienes se encargan de negocios ajenos para señalar si aceptan o rechazan el encargo del ausente;
- d) Código Civil artículo 2167, relativo al tiempo en que el mandatario debe seguir ejerciendo sus funciones después de su renuncia;
- e) Código Civil artículo 2183, relativo al plazo que debe conceder el comodatario al verdadero dueño para que reclame la cosa;
- f) Código Civil artículo 2361, relativo al plazo dentro del cual el fiador puede realizar la excusión por sí mismo.

Todas las disposiciones mencionadas aluden a hipótesis en que establecer a priori un plazo determinado resultaría arbitrario, pues la misma disposición

<sup>33</sup> También encontramos normas que mencionan el plazo razonable en el Código de Comercio, véanse los artículos 244, 985, 1046 y 1188.

se aplica a casos en que lo conveniente serán tres días, así como casos en que lo conveniente serán seis meses o más. De ahí que la decisión más ajustada sea aludir al plazo razonable y dejar al juez la tarea de establecer, sobre la base de las circunstancias concretas, cuál es el plazo legalmente aceptado en el caso sometido a su conocimiento.

En todo caso, decir que lo razonable o no razonable depende del caso concreto, no exonera de la necesidad de fijar ciertos parámetros que han de guiar al juzgador.<sup>34</sup> Al efecto hay que tener en consideración que la razonabilidad constituye un estándar social de valoración de la conducta.<sup>35</sup> En tal sentido se dice que “el límite de la razonabilidad está en el auditorio, debido a que es irrazonable todo aquello que es inadmisibles en una comunidad en un momento dado”.<sup>36</sup> Conforme a esta idea podemos ver la definición de lo razonable contenida en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos:

PECL artículo 1:302: *Definición de lo razonable*. “Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”.

<sup>34</sup> En efecto, “una de las alternativas metodológicas para el examen de lo razonable es simplemente conformarnos con manifestar que se trata de un ‘concepto jurídico indeterminado’, cuya definición es una cuestión relativa que depende de las circunstancias del caso concreto y que incumbe al operador jurídico (...) que conoce de un asunto en particular” (cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo, “La noción de persona razonable en la compraventa internacional”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, T. II, p. 3285). En este mismo sentido, criticando el reenvío al caso concreto, se ha dicho que “l'impressione è che con questo atteggiamento si voglia in realtà aggirare il compito, che spetta all'interprete, di contribuire alla concretizzazione del concetto indeterminato, ripanandosi dietro il pretesto dell'inesistenza di criteri di portata generale o dell'impossibilità di formularli” (cfr. TROIANO, Stefano, *La «Ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, CEDAM, 2005, p. 552).

<sup>35</sup> Sobre este concepto véase OPPO, Giorgio, “Sui principi generali del diritto privato”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1991, parte I, pp. 475 ss.; BARCELONA, cit. (n. 27), p. 16; PREUSS DUARTE, Ronnie, “A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro”, en *Questões controvertidas no novo código civil*, São Paulo, Método, 2004, p. 411.

<sup>36</sup> Cfr. VIDAL, cit. (n. 34), p. 3292. Refiriéndose específicamente al comerciante internacional, este autor señala “la decisión sobre si la conducta de la parte contractual es razonable, está condicionada por su propia realidad concreta, representada por la condición que ocupa dentro del sector del tráfico relevante y las circunstancias en que desarrolla sus actividades como operador del mismo” (cfr. *Ibid.*, p. 3293). Similarmente WEINZBERG, Guillaume, *Le «Raisonnable» en Droit du Commerce International*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003, N° 430, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html#chp11>, accedido 23 oct. 2011; TROIANO, cit. (n. 34), pp. 554 ss.

En suma, para dar el aviso el deudor contará con un plazo razonable cuya observancia o inobservancia será determinada por el juez. Para establecer sus conclusiones el juez deberá considerar la naturaleza y objeto de la obligación y/o contrato en que está inserta, los usos y prácticas propios del giro de las partes y, por último, las circunstancias particulares de la obligación incumplida y del caso fortuito o fuerza mayor de que se trate.<sup>37</sup>

#### IX. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AVISO

La importancia práctica de la existencia de los deberes secundarios de conducta, y en particular del deber de cooperación, se refleja en su sanción. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las cargas, o con las meras facultades, la violación de un deber secundario de conducta representa un comportamiento ilegítimo, apto para producir las consecuencias jurídicas propias del incumplimiento. Ciertamente, la primera consecuencia jurídica será la obligación de resarcir el daño causado a la contraparte. Pero también pueden ejercerse, si es el caso, otros remedios, como la resolución del contrato, la condena al cumplimiento o la reintegración en forma específica.<sup>38</sup> En el caso específico del deber de aviso, el remedio procedente será exclusivamente el resarcimiento de perjuicios, pues la naturaleza de los demás impide su aplicación.

En cuanto a la extensión del resarcimiento, debe destacarse que el deudor responde sólo por los perjuicios derivados de la falta de aviso, y no por los perjuicios derivados de la falta de cumplimiento. Así lo señalaban los juristas romanos,<sup>39</sup> y así lo entienden los comentaristas de los Instrumentos Internacionales.<sup>40</sup>

En efecto, el deber de aviso persigue que el acreedor tenga la posibilidad de ponerse a salvo de la falta de la prestación, adoptando las providencias que el caso exija. La falta de aviso oportuno priva al acreedor de esta posibilidad, de

<sup>37</sup> Así, a propósito del deber de adoptar las medidas razonables para mitigar el daño, se ha dicho que “[a] possible measure to reduce damages is reasonable, if it could have been expected as bona fides [good faith] conduct from a reasonable person in the position of the claimant under the same circumstances” (cfr. *Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof)*, 6 February 1996 [10 Ob 518/95]; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>, accedido 23 oct. 2011).

<sup>38</sup> Véase PALMA, Antonio, “Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici”, en: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, CEDAM, 2003, T. III, pp. 42 ss.; NAVA, Luca, *La buona fede contrattuale*, Padova, CEDAM, 1988 p. 269; GU Y GU, José Luis, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, CARL, 2003, p. 222.

<sup>39</sup> *Supra*, § III.

<sup>40</sup> Véase FALTON, Denis, “Article 79”, en *Commentary on the International Sales Law*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 587.

ahí que sea este el perjuicio que el deudor deba resarcir. Así, el deudor deberá correr con los mayores costos que el acreedor deba afrontar por solicitar tardíamente la reposición de las mercaderías, incluso podría hacerse responsable por la diferencia de precio de la divisa.

Por último, también puede suceder que el deudor no esté en condiciones de dar el aviso. En tal caso, debemos recordar lo dicho a propósito del deber de cooperación, en cuanto su cumplimiento es exigible siempre y cuando "esté en las manos" de la parte respectiva.<sup>41</sup> En virtud de esta premisa, el deudor sólo será responsable de la falta de aviso cuando esté en condiciones de efectuarlo. Así se desprende de la formulación romana del deber,<sup>42</sup> de los dichos de Domat y Pothier,<sup>43</sup> y así ha sido entendido en el Derecho internacional de los contratos.<sup>44</sup>

#### X. CONCLUSIÓN

En nuestro derecho interno, si bien no tenemos una expresa disposición al respecto, encontramos todos los elementos para poder imponer al deudor un deber de aviso en términos semejantes a los de los Instrumentos de Unificación:

a) El origen y justificación del deber se encuentra en la *bona fides* romana, recogida en el artículo 1546 del Código Civil;

b) Él fue aceptado por los juristas franceses que directa e indirectamente inspiraron nuestro Código Civil;

c) Tenemos normas que imponen un deber análogo, en las que podemos ver el mismo fundamento de cooperación entre las partes del contrato;

d) Por último, nuestro Derecho acoge el plazo razonable como criterio válido para regular situaciones como estas.

En suma, cuando un deudor es víctima de un caso fortuito o fuerza mayor queda exento de responsabilidad por el incumplimiento, pero no puede desentenderse de la relación obligatoria. En consecuencia, dentro de un plazo razonable, debe avisar al acreedor de lo sucedido, a fin de que adopte las medidas pertinentes. Si no lo hace, es responsable de los perjuicios que la falta de aviso ocasione al acreedor.

<sup>41</sup> *Supra*, § VII.

<sup>42</sup> *Supra*, D.19.2.13.7; D.17.1.27.2.

<sup>43</sup> *Supra*, § V.

<sup>44</sup> Véase TATTON, cit. (n. 40), p. 587.

## EL RIESGO DEL CUERPO CIERTO CUYA ENTREGA SE DEBA, ES SIEMPRE A CARGO DEL ACREEDOR. UNA RELECTURA DEL ARTÍCULO 1550 DEL CÓDIGO CIVIL A LA LUZ DE LAS FUENTES

Ian Henríquez Herrera\*

#### INTRODUCCIÓN

A propósito del artículo 1550 del Código Civil chileno,<sup>1</sup> en nuestra literatura es posible encontrar las siguientes afirmaciones: Dicha norma es un error, que tiene a la base la copia del artículo correspondiente del Código Civil francés, sistema en el cual la transferencia del dominio se efectúa por el solo título, de manera tal que el acreedor es dueño. Dado que nuestro sistema se basa en la dualidad título y modo, el artículo implica una distorsión en el sistema y fuente de inequidad.

En esta investigación, polemizaremos con ambas afirmaciones. Nuestra hipótesis es que el artículo 1550 no tiene como fuente directa el Código Civil francés y que tampoco implica ni un error ni una distorsión en el sistema, ni necesariamente es causa de inequidad. Para nuestra investigación, hacemos uso de los métodos histórico-jurídico y sistemático. Nuestras conclusiones disienten de la literatura dominante en este punto.

#### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En doctrina autorizada, a la hora de tratar sobre la distribución de los riesgos, se lee que en el Código de Bello hay un manifiesto error en el artículo 1550, que tiene a la base la transcripción del artículo 1138 del *Code* de 1804.<sup>2</sup> Inclusive, se llega a sostener que se trata de una norma inicua.<sup>3</sup>

\* Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes y Universidad Central.

<sup>1</sup> Artículo 1550 CC: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor, salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega".

<sup>2</sup> Artículo 1138 CC francés: La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes. / Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo