



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL CHILENA

PAOLA ANDREA HERMOSILLA ESTAY

RAMÓN IGNACIO REYES ESPEJO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:
RICARDO REVECO URZÚA

SANTIAGO DE CHILE

MARZO 2013

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. ORÍGENES DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO Y SU EVOLUCIÓN EN LAS FAMILIAS DE SISTEMAS OCCIDENTALES DE DERECHO.....	7
1.1 Introducción.....	7
1.2 Reconocimiento del daño evitable en el derecho romano.....	8
1.3 Reconocimiento y desarrollo en el <i>Common Law</i>	9
1.4 Desaparición y redescubrimiento en Europa continental.....	12
1.5 Situación actual. Rol del Comercio Internacional en su difusión.....	18
CAPÍTULO II. TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO.....	21
2.1 El deber de mitigar el daño en el sentido jurídico de obligación.....	21
2.2 El deber de mitigar el daño como deber colateral o secundario de conducta derivado de la buena fe contractual.....	24
2.3 El deber de mitigar el daño como carga.....	33
CAPÍTULO III. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN DERECHO COMPARADO.....	44
3.1 Introducción.....	44
3.2 Sistemas del <i>Common Law</i> . Derecho inglés y Norteamericano.....	44
3.3 Derecho alemán.....	52
3.4 Derecho español.....	56
3.5 Derecho italiano.....	57

3.6 Derecho canadiense.....	58
3.7 Caso latinoamericano.....	59
3.8 Instrumentos internacionales.....	61

CAPÍTULO IV. NATURALEZA DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO CHILENO.....69

4.1 Breve referencia a la Convención de Viena y contexto chileno.....	69
4.2 Teoría de la Culpa de la Víctima. Artículo 2330 del Código Civil chileno.....	74
4.3 Teoría de la Causalidad. Referencia al artículo 1558 del Código Civil chileno.....	83

CAPÍTULO V. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN CHILE. RECEPCIÓN POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.....89

5.1 Introducción.....	89
5.2 Derecho de Seguros.....	89
5.3 Decreto Ley 2.222 de 1978 que reemplaza Ley de Navegación.....	92
5. 4 Compraventa Internacional de Mercaderías.....	94
5.5 Reconocimiento en nuestra Doctrina y Jurisprudencia.....	113

CAPÍTULO VI: CONSTRUCCIÓN DE UNA REGLA DE MITIGACIÓN DE DAÑOS DE CARÁCTER GENERAL EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL CHILENO.....120

6.1 Daño evitable y causalidad jurídica como fundamentos de la regla de mitigación de daños en Chile. Rol del principio de la Buena Fe.....	120
6.2 Naturaleza de la regla de mitigación de daños como carga. Efecto negativo de la carga de mitigar daños.....	125

6.3 Cumplimiento de la carga de mitigar daños. Medidas que se deben adoptar.....	127
6.4 Información que se deben las partes mutuamente ante la carga de mitigar el daño.....	130
6.5 Resultado de la carga de mitigar daños. Carga de la prueba.....	132
6.6 Casos especiales de medidas para mitigar el daño. Problemas que se generan.....	134
6.7 Aparente contradicción entre la carga de mitigar el daño y el principio de reparación integral del daño.....	140
CONCLUSIONES.....	144
BIBLIOGRAFÍA.....	147

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la procedencia del deber de mitigar el daño por parte del acreedor una vez que se ha incumplido el contrato en el derecho civil chileno.

Para ello se ha dividido la obra en seis capítulos a través de los cuales se examinan los orígenes históricos de la regla llegando hasta su situación actual, se hacen un examen de derecho comparado y se estudia cómo se puede fundamentar y que naturaleza jurídica envuelve a la institución en estudio.

A partir de lo argumentado a lo largo de esta Tesis, concluimos que, efectivamente, puede construirse una regla genérica que imponga el deber de mitigar el daño al acreedor; fundamentada en la noción de que todo daño para ser resarcible debe cumplir con el requisito de “causalidad”; esto es, debe ser consecuencia necesaria y directa del hecho ilícito (incumplimiento); y en el deber que tienen las partes en la relación contractual de actuar correcta y honradamente en las relaciones jurídicas (buena fe objetiva).

INTRODUCCIÓN

Una empresa se obliga a vender una cantidad importante de bienes perecibles a otra, el vendedor transporta dichos bienes al país del comprador, este incumple el contrato y no recibe los bienes en cuestión, el vendedor ante esta situación deja la mercadería en el puerto y perece. Debido a lo anterior decide demandar al comprador por todas las pérdidas sufridas por el incumplimiento incluyendo el precio total de los bienes deteriorados por la espera. A una inmobiliaria se le encarga la construcción de un puente que unirá dos tramos de una nueva carretera cuya construcción se realiza en forma paralela, debido a un cambio de planes, el gobierno decide no perseverar con la construcción de la carretera, se informa inmediatamente a la empresa encargada del puente para que cese con la obra, pero ésta persiste, completa el puente y demanda por el total de los gastos que incurrió.

En todos estos casos se presenta un elemento en común, el acreedor, víctima del incumplimiento estaba en condiciones de adoptar medidas razonables para mitigar y evitar daños, es así que en el primer caso el acreedor estaba en condiciones de celebrar una compraventa de reemplazo evitando así la pérdida de las mercaderías, o en el segundo caso la constructora pudo paralizar las obras para no aumentar los gastos.

El deber de mitigar el daño opera justamente como una herramienta que tiene por finalidad evitar situaciones como las descritas, en que una persona que es víctima de un incumplimiento se siente con la libertad de dejar que los efectos del incumplimiento se agraven, pudiendo evitarlos. Es por eso que de acuerdo a esta regla el acreedor, una vez que tiene conocimiento del incumplimiento del deudor, o al menos un conocimiento certero de que incumplirá, deberá adoptar toda clase de medidas razonables que sirvan para evitar que los daños aumenten y no solo eso, debe además adoptar el mismo tipo de medidas para reducir los daños ya causados.

En caso de que el acreedor no realice la conducta descrita, este será sancionado por medio de una reducción en el monto de la indemnización de perjuicios que le debe el deudor. Esta reducción corresponde al monto de los perjuicios que pudieron haber sido evitados por medio de las medidas mitigadoras.

Las finalidades de esta regla son en primer lugar que promover el actuar de buena fe de las partes en el marco de un incumplimiento, como sabemos la buena fe se analiza desde una perspectiva subjetiva y objetiva, desde la subjetiva implica la consciencia de que se actuando en forma legítima y exenta de fraudes como se extrae del artículo 706 del Código Civil y que se entiende en forma externa como un actuar lícito y recto, lo que se extrae del artículo 1546 del Código Civil. De esta última perspectiva es que se entiende que las partes tienen ciertos deberes que van más allá de la literalidad del contrato y es por eso que es correcto señalar que el cumplir con el deber de mitigar el daño, es en definitiva, actuar de buena fe.

La otra finalidad que identificamos del deber de mitigar se refiere a ajustar el monto de la indemnización para que este sea consecuente con los daños que realmente son una causa directa e inevitable del incumplimiento.

Esto por dos razones, en primer lugar porque en nuestro sistema la indemnización siempre ha tenido una finalidad reparadora o compensadora, en ningún caso es punitiva, por eso no se justifica sancionar al deudor haciéndolo responsable por daños que tienen su causa en la negligencia del acreedor, que toma un rol principal en el acaecimiento de tales daños por tener el carácter de evitable o innecesarios.

La segunda razón consiste en que no son daños causados por el deudor, es por eso que no se justifica tampoco el hacerlo responsable de ellos y por eso opera como una forma de ajustar el monto de la indemnización, porque excluye estos daños evitables o innecesarios que directamente no se vinculan con el actuar del deudor.

Nuestro objetivo será por tanto examinar al deber de mitigar el daño y su procedencia como regla general dentro de nuestro sistema responsabilidad contractual. Creemos que es posible sostener tal afirmación en base a la falta de relación de causalidad existente entre el incumplimiento y los daños evitables. Será por tanto nuestro objetivo demostrar tal reconocimiento de la regla en nuestro

sistema y cuál es su campo de aplicación dentro de nuestro sistema de responsabilidad contractual.

Para alcanzar tal objetivo seguiremos el siguiente plan, en primer lugar revisaremos la historia detrás del deber de mitigar el daño, así como su denominación, debemos adelantar al respecto que el mayor desarrollo de la institución en cuestión ha sido logrado en los sistemas del *Common Law* sin perjuicio de que ha comenzado a tomar mucha importancia en sistemas del derecho continental, especialmente a partir de la dictación del BGB en Alemania, de la influencia del nuevo derecho de la contratación y de los esfuerzos de unificación de derecho a nivel supranacional.

En el segundo capítulo veremos que naturaleza jurídica tiene el deber de mitigar el daño, ya que a pesar de ser comúnmente denominado deber de mitigar, es en realidad una carga para el acreedor.

En el tercer capítulo revisaremos la consagración del deber de mitigar el daño en diversos sistemas occidentales de derecho, examinando situaciones de sistemas tanto del *Common Law* como del derecho continental, dentro del cual a su vez también se verán sistemas de influencia francesa y de influencia alemana. Además se verá como lo han reconocido los distintos instrumentos de unificación de derecho.

El cuarto capítulo se ocupará de las teorías en base a las cuales se puede amparar el deber de mitigar el daño en Chile, es aquí donde se verá si es posible fundamentar su existencia en nuestro sistema revisando las principales teorías que ha sostenido la doctrina.

Dedicaremos un quinto capítulo a examinar el deber de mitigar el daño en Chile, para esto se revisaran casos específicos de su aplicación en Chile, así como su reconocimiento por la doctrina y su aplicación por la jurisprudencia.

En base a todo lo anterior podremos armar dentro del sexto capítulo una regla de carácter general sobre mitigación por parte del acreedor de los daños evitables en Chile, dentro del marco de la responsabilidad contractual.

Nuestra investigación se limita al tema desde una perspectiva jurídica, es posible realizar un rico análisis desde el punto de vista económico que también puede ser de utilidad al momento de defender el reconocimiento de la regla en Chile, pero tal examen excede la finalidad de esta tesis. Es necesario dejar claro que es una institución relativamente nueva en Chile, por lo mismo no existe mucha jurisprudencia al respecto, salvo por algunos casos que aplican la misma lógica como veremos más adelante.

Finalmente el motivo central por el que hemos decidido investigar y analizar este “deber” de mitigar el daño se encuentra en nuestra convicción de que es necesaria una revisión profunda a ciertas instituciones reguladas en nuestra

legislación civil (como el principio de reparación integral del daño, o el concepto de causalidad) con la consecuente reinterpretación de ellas. Todo ello con la finalidad de acercarnos a la legislación civil internacional (Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías, Principios Unidroit, y PECL, entre otros) y comparada (principalmente países herederos de la tradición jurídica del *Common Law*) lo que es de suma importancia para un país emergente en un mundo globalizado. Como asimismo demostrar que esta carga de mitigar el daño es una institución que puede desentrañarse a través de conceptos clásicos en nuestra legislación civil contractual, como lo es el concepto de causalidad, buena fe objetiva y principio de reparación integral del daño, principalmente.

CAPÍTULO I. ORÍGENES DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO Y SU EVOLUCIÓN EN LAS FAMILIAS DE SISTEMAS OCCIDENTALES DE DERECHO.

1.1 Introducción

En este capítulo examinaremos los antecedentes más antiguos de la regla de mitigación de daños del acreedor y cómo ha sido su recepción en los principales sistemas jurídicos del derecho occidental, para así conocer su estado actual, ya que como veremos, no ha sido acogido de la misma manera por esos sistemas, tampoco ha sido la misma la forma en que se ha armado la regla, a veces ha sido por el impulso de la jurisprudencia que se ha logrado su reconocimiento y consagración; en cambio en otros sistemas es por medio de la ley que se reconoce. Llegando así a la situación actual de la regla de mitigación del daño, cuya existencia en el comercio internacional no es negada, y es así que, a través de la costumbre y de los instrumentos de unificación de derecho, el deber de mitigar el daño ha pasado a ser reconocido como una de las reglas que rigen el comercio internacional.

1.2 Reconocimiento del daño evitable en el derecho romano.

Los antecedentes más antiguos sobre el deber de mitigar el daño los encontramos en el derecho romano, es en el Digesto, en un pasaje atribuido a

Ulpiano¹ donde se señala que: “(3) Aunque es lícito al vendedor el derramar el vino si hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante, no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador mediante testigos que se lleve el vino o sepa que se va a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo, es más digno de alabanza. Puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenían el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo necesidad de tomar otras tinajas en arriendo. Pero es más conveniente tomar vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga con el mínimo detrimento del comprador (Ulpiano 28 Sab.)”².

De este fragmento se extrae que el vendedor en ese caso tenía la facultad de deshacerse del vino, pero reconoce como un hecho digno de alabanza el tomar medidas para evitar el aumento del daño al comprador guardando ese vino hasta el momento en que el comprador pudiera recibirlo, a pesar de no establecerlo como un deber o como una carga la idea de evitar daños innecesarios es igualmente reconocida y no se diferencia mucho de lo que hoy se establece al respecto, estableciendo incluso como consecuencia de haber tomado las medidas, la posibilidad de exigir una indemnización por el monto de las medidas adoptadas. Debido a la falta de amplitud de la regla ésta no fue considerada durante la

¹ RODRÍGUEZ, M. 2008. Concepto y Alcance del Deber de Mitigar el Daño en el Derecho Internacional de los Contratos. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia N° 15. p. 115.

² Digesto 18.6.1. 1968. Versión castellana de A. D' Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burilo. Pamplona. Editorial Aranzadi.

codificación francesa, lo que a su vez dificultó su inclusión al derecho continental. Sin embargo, fue estudiada por la doctrina como ocurrió con el Tratado de las Obligaciones de Pothier.

1. 3 Reconocimiento y desarrollo en el *Common Law*.

La mitigación de daños como la conocemos hoy tiene su origen en la tradición del *Common Law*, principalmente en los sistemas de Estados Unidos y del Reino Unido. Dentro de estos sistemas la manifestación más antigua la encontramos en una sentencia inglesa de 1677, recaída en el caso *Vertue v. Bird* que aplicó la regla consistente en que el deudor no estaba obligado a responder por una parte de los daños que pudieron haber sido evitados por el acreedor por medio de esfuerzos razonables, atendidas las circunstancias³.

El problema que se presentó en *Vertue v. Bird* consistió en que un vendedor se enfrentó a un incumplimiento por parte del comprador al momento de recibir las mercaderías ya que éste se demoró seis horas en llegar al lugar convenido para recibirlas. El vendedor se quedó esperándolo y estando en esto, dejó los caballos que usó para el transporte bajo la lluvia, los que se enfriaron excesivamente después de los esfuerzos de la corrida y murieron. Esto llevó al vendedor a demandar al comprador por la indemnización de los daños causados, que incluía la indemnización por los caballos perdidos. El juez, aplicando la regla de la

³ FARNSWORTH, E. 2004. *Contracts*. Nueva York. Aspen Publishers. pp. 778 y 779.

mitigación del daño, resolvió que no correspondía indemnizar por los caballos, porque era el vendedor el que debió tomar las medidas necesarias para evitar esa pérdida ya que pudo haber retirado los caballos del carro para dejarlos en un lugar seguro mientras esperaba al comprador, y en definitiva fue sancionado por el descuido en que incurrió al dejar los caballos bajo la lluvia sin protección⁴. Agrega, que si tanto el demandante como el demandado están en las mismas condiciones para reducir los daños por medio de las mismas acciones y en caso de que sea posible esperar que el demandado también pudiera minimizar los daños, no sería posible para el último reclamar que el demandante falló en minimizar el daño⁵ porque ahí ambos podían hacerlo y por lo tanto el descuido es de todas las partes, situación que no se dio en el caso en examen ya que el que tenía el control exclusivo para mitigar los daños era el acreedor.

A partir de esta sentencia, en el derecho inglés la doctrina de mitigación de daños, o de consecuencias evitables como se le ha denominado también, comenzó a ser desarrollada por la jurisprudencia en el Reino Unido. En *Stanisford v. Lyrall* de 1830 nuevamente se resolvió que debían ser consideradas las medidas para reducir daños que debieron ser adoptadas por la víctima al momento de determinar el daño que se debía indemnizar. Esto dio lugar⁶, durante la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, a una serie de sentencias que permitieron sentar las bases para una regla de mitigación de carácter general,

⁴ DOMÍNGUEZ, R. 2005. Notas sobre el deber de minimizar el daño. Revista de derecho privado N° 5. p. 76; TRONCOSO, M. I. 2011 .La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia N° 21. p. 361.

⁵ FARNSWORTH, A., *op cit.* p. 779.

⁶ TRONCOSO, M. I. *op. cit.*, p. 359.

lo que nos lleva a 1872 al caso *Frost v. Knight*, donde se da la primera formulación general del principio⁷. En esa oportunidad el juez Cockburn señaló que: “Cuando se realiza el cálculo de la suma de dinero que deberá ser pagada a la víctima a título de daños y perjuicios, el jurado deberá tomar en cuenta todo lo que el acreedor hubiera hecho o tenía los medios de hacer y cómo un hombre diligente hubiera debido hacer para disminuir su pérdida”⁸.

En los países del Common Law la regla no solo ha sido recogida por la jurisprudencia, la evolución de su tratamiento llevó a que la ley también se refiriera a la regla de mitigación del daño. Así ocurre en el derecho inglés donde fue consagrada en la *Sale of Goods Act* en sus artículos 50 y 51; y en Estados Unidos donde fue recogida en el *Uniform Commercial Code* en los artículos 2-708, 2-712, 2-713 y 2-715, así como el *Restatement Second on Contracts*⁹ en su párrafo 30. El análisis de estos cuerpos legales se realizara más adelante cuando examinemos el deber de mitigar el daño en derecho comparado.

1.4 Desaparición y redescubrimiento en Europa continental.

En Francia y en general en el derecho continental nos encontramos con un panorama totalmente diverso, existe en general un desconocimiento sobre la aplicación general de la regla, especialmente en el subsistema derivado del *Code*

⁷ LÓPEZ, J. 2007. Informe en derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización, de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo. Revista Chilena de Derecho Privado (Nº 8). pp. 206 y 207.

⁸ TRONCOSO, M. I. *op. cit.*, p. 359.

⁹ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 208.

francés. Lo extraño es que si tomamos en consideración las finalidades de los sistemas en materia de responsabilidad contractual, que en general tienden a poner al acreedor en la situación en que se encontraría de no haberse transgredido el contrato, no se explica cómo no se reconoce esta regla, que tiene como objetivo ajustar los montos de la indemnización a los daños que efectivamente tienen su fuente en el deudor, sin que la indemnización sea un medio para lograr un enriquecimiento adicional para el acreedor¹⁰, ni tampoco se explica cómo no tiene aplicación en sistemas donde la buena fe juega un rol principal en materia de contratos como el francés, considerando que la regla de mitigación de daños tiene como segundo objetivo el promover el comportamiento de buena fe entre las partes, ya que evita abusos por parte del acreedor al que se le exige una respuesta activa frente al incumplimiento del deudor.

A pesar de la falta de regulación legal encontramos un antecedente importante en la obra de Pothier. En su Tratado de las Obligaciones, a propósito de los límites que se establece al monto de los daños por los que responde una persona que incumple con dolo, el autor propone el siguiente caso en que se aplica la mitigación de daños: un tratante vende una vaca que sabía que sufría una enfermedad contagiosa, ésta contagia a los bueyes que no permiten cultivar la tierra, lo que a su vez le impide al comprador pagar sus deudas por lo que sus acreedores le embargan y venden sus bienes a bajo precio, así el perjuicio

¹⁰ GANDARILLAS, C. 2008. Algunas Consideraciones acerca del Deber de Mitigación o Minimización del Daño Frente al Incumplimiento Contractual. Estudios de Derecho Civil IV. Santiago. Editorial LegalPublishing. p. 436.

causado por haber comprado la vaca enferma en definitiva asciende a todo su patrimonio¹¹.

El problema que plantea Pothier es determinar cuál es el monto por el que le corresponde responder al vendedor, y la respuesta que da el autor es que no es responsable de los daños sufridos a partir del embargo de los bienes. Para llegar a esto, señala que no es posible establecer una relación causal entre estos daños evitables y la conducta del vendedor doloso, o si existe tal relación, es lejana ya que intervienen una serie de otros factores, específicamente la conducta activa o pasiva del comprador que promueve con su actuar el aumento de los daños. Como señala el mismo autor, es una consecuencia lejana de su dolo y no existe una relación necesaria entre el incumplimiento y el embargo y posterior venta de los bienes¹². Aquí se establece, por tanto, un criterio sumamente importante al momento de determinar sobre qué daños se debe indemnizar en definitiva y tal criterio consiste en la necesidad o inevitabilidad del daño, con lo cual es posible limitar la responsabilidad del deudor por su incumplimiento doloso, por carecer esos daños de un vínculo causal con el incumplimiento.

Según San Martín, la idea detrás de este párrafo es que Pothier, por influencia tanto de Dumoulin como de Domat, y por influencias romanas, construyó como límite para determinar el monto de la indemnización, la idea de que no son

¹¹ POTHIER, J. 1947. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires. Editorial Atalaya. pp. 98 y 99.

¹² *Ibíd.*, pp. 98 y 99.

resarcibles los daños innecesarios¹³. Pothier establece la “evitabilidad” del daño como criterio para limitar el monto de la indemnización del deudor que incumple con dolo, porque si somos estrictos con la finalidad de la indemnización de daños, esta solo debe reparar daños causados por el incumplimiento. Es así que podemos concluir que esos daños evitables no cabe considerarlos como una consecuencia directa e inmediata, ya que desde una perspectiva causal, el daño es justamente causado por la negligencia del acreedor que no toma medidas de mitigación. Se puede llegar a lo anterior superando el análisis meramente material que implica la teoría de la equivalencia de las condiciones, atribuyendo a la negligencia del acreedor el carácter de causa normativamente más adecuada o directa del daño. Este análisis no tiene por finalidad excluir el incumplimiento en sí como causa del daño, tal vínculo existe, pero se limitan los resultados a aquellos que son inevitables y necesarios del incumplimiento. Solución a la que se llega si hacemos un análisis causal que supere al mero análisis causal material de la equivalencia de las condiciones y por el contrario, se atribuye a tal negligencia el carácter de causa normativamente más adecuada o directa del daño. Análisis que por cierto no excluye al resultado en sí ya que la relación entre incumplimiento y daño existe, pero los limita a los resultados que eran inevitables y necesarios del incumplimiento.

En el texto analizado de Pothier resulta claro el reconocimiento de la falta de relación causal entre daño evitable e incumplimiento, pero se confunde esta

¹³ SAN MARTÍN, L. 2009-2010. Del “deber” del acreedor de evitar o mitigar el daño. Tesis para obtener el grado de Doctor. Università degli studi di Roma “Tor Vergata”. pp. 161 y ss. Dentro de la misma tesis doctoral se encuentra un detallado análisis de la historia dogmática del deber de mitigar el daño, especialmente en lo que se refiere a sus antecedentes romanos y franceses.

situación con el problema de la concurrencia de culpas o de causas¹⁴, que tiene algunos puntos en común con los problemas de mitigación del daño, pero que opera en un plano completamente distinto. Esta confusión sumada a la ausencia de una enunciación más general de la regla, habrían llevado a los codificadores a omitir su inclusión en el *Code* francés de 1804¹⁵, que en definitiva provocó el olvido de la regla en este sistema.

La falta de consagración legal ha llevado a la jurisprudencia francesa a negar la existencia de un deber de mitigar el daño en el derecho francés, debido a que estaría en contra del principio de la reparación integral de la víctima. En dos sentencias de la Corte de Casación de 2003 se rechazó la existencia de tal deber, lo que puso fin a la tendencia que se venía dando que favorecía la aplicación de la regla de mitigar daños. A partir de estas sentencias, la tendencia en Francia es contraria a reconocer el deber de mitigar el daño, haciendo presente que tal deber no existe en el derecho francés¹⁶. Pero a pesar de que tanto la jurisprudencia como la ley no lo reconocen, sí ha sido objeto de estudio, y ha sido defendido por un sector de la doctrina.

Dentro de los partidarios de su reconocimiento está Demogue que lo justifica en el deber de cooperación de la partes y en el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos reconocido en el artículo 1134 del *Code*. De acuerdo a este autor, la víctima cometería una falta si no toma medidas para disminuir el

¹⁴ SOLER, A. 2009. La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR. p. 9 [en línea] <http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf > [consulta: 03 de febrero de 2013].

¹⁵ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 209.

¹⁶ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 368.

daño, a menos que el juez constate que la víctima se encontraba en un estado psíquico o psicológico que le impidan reaccionar. En el mismo sentido Tunc, de acuerdo con lo anterior, señala “que la víctima no puede asistir pasiva a la aparición de las diversas consecuencias del daño, sino que debe reaccionar de forma vigorosa contra sus consecuencias en la medida que lo agraven, nos parece irrefutable”¹⁷.

Una posible explicación a no haya sido reconocido en el sistema continental, pero que sí haya sido reconocido por la jurisprudencia en el *Common Law*, es el concepto de contrato que se tiene en este último sistema donde históricamente juega un rol mucho más importante el elemento económico del contrato y que consiste en la visión que se tiene del contrato como un instrumento de intercambio de bienes y servicios, a diferencia de lo que ocurre en el derecho continental, donde prima la perspectiva del contrato como una fuente de obligaciones¹⁸. Es la primacía de la perspectiva económica la que permite que en este sistema se ponga énfasis en la correcta y eficiente asignación de recursos, no se hacen consideraciones morales, y por tanto, no se ata a las partes a un contrato en que ya no tienen interés¹⁹. Es contrario a un modelo de este tipo hacer responsable al deudor por daños que podían ser evitados, implica una ineficiencia en la distribución de recursos, y se le imponen al deudor exigencias, que van más allá

¹⁷ TRONCOSO, M. I, *op. cit.*, pp. 367 y 368.

¹⁸ Esta situación hoy en día está siendo superada, podemos apreciar además una correlación en el sentido de lo que veníamos a firmando en Italia, por un lado autores como Messineo quien ya otorgaba un rol importante a la función económica del contrato y al mismo tiempo se aprecia la consagración expresa de la regla de mitigación de daños en el Código Civil italiano de 1942 en su artículo 1227. MESSINEO, F. 1958. *Doctrina General del Contrato Tomo I*. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa-América, pp. 33 y ss.

¹⁹ GANDARILLAS, C., *op. cit.*, pp. 437 y 438.

de las que le corresponden conforme al contrato. Tampoco debemos olvidar que estos daños no evitados significan una pérdida para la sociedad en general, e implican un desperdicio de recursos que finalmente queda de cargo del deudor.

A pesar de la falta de reconocimiento durante la codificación en Francia, la regla de mitigación de daños sí ha sido reconocida en otros sistemas de derecho continental, a partir de la influencia de la doctrina que como vimos, ya la viene reconociendo desde Pothier y del reconocimiento expreso en el Código Civil Alemán (BGB), en el año 1900, lo que fue un paso importante en su desarrollo porque tal Código sirvió como principal modelo de Código Civil en los sistemas continentales durante el siglo XX, así como lo fue el Código Francés en el siglo XIX²⁰. Estos avances llevaron a que otros sistemas continentales también lo recogieran en forma general, como ocurrió con el Código Italiano de 1942 o el Código Suizo de las Obligaciones, y también ha recibido aplicación en materias específicas como en ocurre en materia de seguros²¹.

1. 5 Situación actual. Rol del Comercio Internacional en su difusión.

El último paso que se ha dado en la materia ha sido en el derecho internacional donde diversos instrumentos de unificación de derecho han tenido que hacer frente al problema de poder aunar las soluciones que dan tanto los sistemas del *Common Law* como los del derecho continental. Entre los resultados que se han

²⁰ LOEWENWARTER, V. 1935. Derecho Civil Alemán Tomo I. Santiago. Prensas de la Universidad de Chile. pp. 3 y ss.

²¹ FUENTES, R. 2009. La Extensión del Daño Contractual en los Derechos Español y Chileno. Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Salamanca. pp. 35 y ss.

obtenido encontramos que el deber de mitigar el daño ha sido incorporado, tanto en tratados internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980; en instrumentos del denominado *softlaw* como lo son los Principios Unidroit; o los Principios Europeos sobre el Derecho de los Contratos, y que en definitiva, nos lleva a concluir que el deber de mitigar el daño incluso ha llegado a formar parte de la *Lex Mercatoria*²² como lo ha reconocido parte de la doctrina²³.

El hecho de que el deber de mitigar el daño esté reconocido en los últimos instrumentos, es una clara señal de que éste ha sido un elemento recurrente en la práctica del comercio internacional, ya que justamente es la finalidad de tales instrumentos el reconocer y fijar los principios, usos y prácticas que los agentes del comercio se han impuesto a través de los años²⁴. Es por eso que a pesar de no estar reconocido expresamente en algunos ordenamientos nacionales, como en el caso chileno, si resulta de aplicación general en materias sumamente relevantes hoy, como lo es el comercio internacional.

A partir de lo visto, podemos apreciar que el deber de mitigar el daño tiene antecedentes en el derecho romano, habiendo sido una materia que tomó un fuerte impulso en el *Common Law* gracias al trabajo de la jurisprudencia, no así en

²² Que siguiendo a Ramírez Necochea son usos y costumbres que surgen de la actividad comercial y que entre los operadores del comercio internacional tienen el carácter de obligatorios y que son de carácter general siendo por tanto un verdadero derecho cuya inobservancia se sanciona con la pérdida de prestigio y confianza, que son dentro de esta actividad, de suma importancia. RAMÍREZ, M. 2009. Derecho Internacional Privado. Segunda Edición. Santiago. Editorial LegalPublishing, pp. 17 y ss.; y pp. 241 y ss.

²³ Cft. RODRÍGUEZ, M., *op. cit.* p. 124; TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 379.

²⁴ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 109 a 111.

el derecho continental, donde no fue considerado en los procesos de codificación del siglo XIX a pesar del reconocimiento doctrinal, solo a partir de la dictación del BGB en 1900, encontramos antecedentes legislativos en el continente, pasando así a los códigos que siguieron como modelo al BGB. Llegamos a nuestros días en que el deber de mitigar el daño tiene una mayor difusión gracias, en primer lugar, a su reconocimiento en el comercio internacional por medio de la práctica de los agentes de comercio que probablemente se vieron influenciados por la regulación de sus propios países, en la medida que lo reconocían, siendo de esta manera transferido a otros agentes en cuyos países no existía tal consagración; y en segundo lugar, por el establecimiento del deber de mitigar el daño en instrumentos de unificación de derecho, causado por esa misma práctica consuetudinaria.

CAPÍTULO II. TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO.

2.1 El deber de mitigar el daño en el sentido jurídico de obligación.

Tradicionalmente el concepto obligación se ha definido como el vínculo jurídico entre personas determinadas o determinables, denominadas acreedor y deudor, en virtud del cual el segundo se encuentra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo en favor de la primera; vínculo que indefectiblemente debe tener una fuente “eficiente” que le anteceda y lo justifique (tradicionalmente contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o la ley) y cuya inobservancia, genera responsabilidad civil.

El efecto práctico de considerar la mitigación de daños como obligación, inevitablemente nos llevaría a concluir que, frente a su incumplimiento por parte del acreedor, se abrirían para quien ha incumplido el contrato originariamente un abanico de remedios, pues estaríamos frente a un vínculo jurídico generalmente coercible. Es decir, coetáneamente a la existencia de la obligación existiría en el extremo opuesto el derecho a la ejecución del comportamiento que conforma el contenido de la obligación²⁵; cuestión que no ocurre con la institución en estudio.

²⁵ FUENTES, R. 2005. El Deber de Evitar o Mitigar el Daño. Revista de derecho Universidad de Concepción N° 217 y 218: pp. 223-248

Es por este motivo que, en la mayoría de los cuerpos normativos en que se consagra la mitigación de los daños por parte del acreedor una vez incumplido el contrato, ya sea de manera expresa²⁶ o como derivación de un principio general del derecho²⁷, la única consecuencia del actuar no razonable del acreedor es la privación total o parcial de la indemnización de perjuicios; y de manera limitada, ya que solo procede a petición del deudor que se rebaje proporcionalmente del monto originario, llegando a ser cierta la posibilidad de su privación total, pero en ningún caso quien ha incumplido el contrato tiene el derecho a “pedir” para sí mismo una suma determinada como concepto de indemnización.

Es el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, que en su artículo 77 la doctrina ha entendido que no consagra propiamente una obligación en tal sentido que dé lugar ni a responsabilidad contractual ni a una acción de cumplimiento en especie, sino más bien a una carga que pesa sobre el acreedor, cuya violación permite al deudor solicitar una reducción de la indemnización por el daño causado²⁸.

Llama la atención que López Santa María se refiera a esta institución como “obligación” de mitigar el daño; obligación que, de acuerdo a lo sostenido por él, no puede considerarse consagrada en términos genéricos y abiertos en el derecho chileno en base al principio de la buena fe objetiva, pues ello sería ir demasiado lejos: en nuestra legislación solo existen normas particulares aplicables a casos

²⁶ Como ocurre en la Convención de Viena, Convención de Haya, Principios de la UNIDROIT y Sales of Goods.

²⁷ Generalmente el principio de la Buena Fe.

²⁸ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 80.

concretos que la consagran²⁹. Incluso en el supuesto forzado de proclamar en Chile la obligación de mitigar los daños en términos generales, siguiendo su planteamiento, su fuente no sería contractual, sino que cuasicontractual: se trataría de una especie de agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, en la cual el gerente o agente oficioso es el acreedor víctima del incumplimiento; el interesado, el deudor de la reparación³⁰, planteamiento que ha tenido acogida en la jurisprudencia y doctrina belga.³¹

No estamos de acuerdo con dicha conclusión, pues estrictamente hablando, un demandante no tiene la obligación de tomar las medidas para limitar las pérdidas después de que ha sido dañado y generalmente no incurrirá en responsabilidad si falla en hacerlo. Sin embargo, si los daños del demandante pudieron haber sido evitados habiendo tomado medidas razonables para mitigarlos, no sería posible recuperar esa porción de daños del demandado. Así, es en el superior interés del demandante determinar qué medida puede razonablemente tomarse para evitar innecesarios perjuicios crecientes después del daño y, entonces, tomarse esas medidas³²; cuestiones que analizaremos y argumentamos en los siguientes puntos.

²⁹ Los casos serían: Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías (artículo 77); Decreto Ley 2222, Ley de Navegación de 1978, artículo 145 y en el Código de Comercio, artículo 1180.

³⁰ LÓPEZ, J. *op. cit.*, pp. 203 y 233.

³¹ *Ibid.*, p. 220

³² TEDROWE, C. 2011. Mitigation of damage. Smart Business Inc.[en línea] <<http://www.novackmacey.com/wp-content/uploads/2011/12/Courtney-Tedrowe-Interview-in-Smart-Business-Dec-2011.pdf> > [consulta: 03 de febrero de 2013]. "Estrictamente hablando el demandante no tiene la obligación de tomar medidas para limitar pérdidas después de que ha sido dañado y no incurrirá en responsabilidad por no hacerlo. Sin embargo, si los daños del demandante pudieron haber sido evitados tomando medidas razonables para mitigarlos, no sería posible cobrar aquella parte de los daños al demandado. Así, es en el mejor interés del demandante determinar qué medidas pueden ser razonablemente tomadas para evitar el innecesario incremento de los daños después del acto nocivo y tomar esas medidas. Traducción propia.

2.2 El deber de mitigar el daño como deber colateral o secundario de conducta derivado de la buena fe contractual.

Una de las principales características del moderno derecho de los contratos, es que la relación contractual no solo se circunscribe a las “prestaciones jurídicas” u obligaciones que previamente las partes han previsto, sino que además, a las que se generan debido al fin práctico que ellas persiguen con su celebración.

En relación con este punto, la concepción del contrato, como “congelado”, en el sentido de que se perfecciona de una vez y para siempre, permaneciendo inmutable frente a los cambios, está obsoleta, ya que el contrato ha “ensanchado” su contenido: las obligaciones nucleares (aquellas vinculadas directamente al cumplimiento del objeto) son escasas, proliferando los deberes secundarios de conductas

Actualmente, la doctrina tiende a ver en dicho vínculo una organicidad o institución que engloba una serie de cargas y deberes que no necesariamente han sido explicitadas previamente por los contratantes y que emanan de fuentes normativas externas a la voluntad de las partes, con la finalidad de que éstas integren el contenido de la relación contractual.

Es así como en este proceso, la autonomía de la voluntad se encuentra en “concurso” con otras fuentes de determinación del contenido del contrato, con las que, en algunas ocasiones, se puede encontrar en posición subordinada, e,

incluso, antagónica³³. Sería imposible exigirle a las partes que detallen en el acto celebrado todas y cada una de las hipótesis futuras que puedan acaecer entre ellas, pues ninguna capacidad de previsión podría contemplar la totalidad de eventos que se pueden presentar en la ejecución de una relación contractual, ni establecer, de antemano, las soluciones a toda posible controversia.

El efecto práctico del principio de la buena fe contractual como rectitud y honradez en el trato y que supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos³⁴ es que precisamente ésta viene a ampliar los deberes contractualmente asumidos porque actúa como cláusula general o “válvula de escape” integrando el contenido contractual.

Como sabemos, el principio de la buena fe se desglosa en dos vertientes: como límite a los derechos subjetivos y, en cuanto a lo que nos interesa destacar, como fuente de especiales deberes de conducta: la necesidad de comportarse de buena fe en las relaciones obligatorias, en las relaciones contractuales y, en general, en todas las relaciones jurídicas, da lugar al nacimiento de una serie de deberes especiales de conducta, y en ocasiones también, a una ampliación de los

³³ BIGLIAZZI, L.; BRECCIA, H.; BUSNELLI, F. y NATOLI, H. 1992. Derecho Civil, t. I, vol. 2, Hechos y Actos Jurídicos, 1ª edición en español, traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. pp. 643 y 644; citados por SOLARTE, A. 2004. La Buena fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta. p. 291. [en línea].

<http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf > [consulta: 03 de febrero de 2013].

³⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y PONCE DE LEÓN, L., La Doctrina De Los Actos Propios, p. 137, citado por SOLARTE, A. *op. cit.*, p. 286.

deberes negocialmente asumidos por las partes³⁵. Determinar de antemano cuáles son los deberes que encierra el principio general de la buena fe (en su vertiente objetiva) es imposible porque ello iría en contra de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética: contemplar cada acto de ejercicio de los poderes jurídicos en su singularidad, según la concreta expectativa de confianza que se haya generado en el sujeto pasivo y en relación directa con la especialidad de la relación jurídica existente entre él y el sujeto activo³⁶.

Refiriéndose al sentido normativo del estándar de la buena fe, Luis Díez-Picazo señala que algunos autores en la literatura jurídica española, han apuntado una dirección que puede llamarse normativista, lo cual implica que la buena fe se traduce en una fuente de normas objetivas, o de manera más precisa, en un conjunto de normas jurídicas que carecen de una contemplación positiva expresa³⁷.

Ello sería ventajoso en el sentido de que las relaciones jurídicas contractuales, en sus diferentes etapas, se desarrollarían bajo una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque el legislador no los haya consagrado de manera expresa en los cuerpos normativos pertinentes.

¿Puede el deber de mitigar el daño ser considerado como uno de estos deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe contractual, es decir,

³⁵ DÍEZ-PICAZO, L. 1996. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Quinta edición. Madrid. Editorial Civitas, p. 63.

³⁶ DÍEZ-PICAZO, L. *op. cit.*, p. 64.

³⁷ *Ibíd.*, p. 61.

de aquellos componentes de lealtad y confianza que deben existir entre los contratantes desde las tratativas preliminares y hasta la completa ejecución de la prestación y que exige de las partes comportamientos correctos y honestos? Lorenzetti³⁸ y Solarte³⁹, al analizar estos deberes secundarios de conducta, no señalan al deber de mitigar el daño dentro de ellos: ambos elaboran una enumeración muy parecida, en la que coinciden que los deberes colaterales o deberes secundarios de conducta son aquellos que derivan del deber de cumplir los contratos de buena fe, no son obligaciones en su sentido técnico, y pueden ser de información, custodia, colaboración, consejo, no concurrencia, lealtad, protección, cooperación⁴⁰. Estos deberes colaterales nacen con la idea de ensanchar el plexo obligacional⁴¹. En este sentido “la buena fe integradora” produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad⁴².

En palabras de Díez-Picazo, estos deberes accesorios exigidos por la buena fe son de naturaleza muy variada y dependen en cada caso de las especiales circunstancias que rodean a la relación jurídica: suministrar informes sobre las cosas y sus características o aclaraciones sobre la finalidad perseguida o sobre el sentido de la declaración; proceder con esmero, cuidado y diligencia en la

³⁸ LORENZETTI, L. 2000. Esquema de una Teoría Sistémica del Contrato. Instituciones de Derecho Privado. Lima. Editorial Palestra. pp.15 a 46.

³⁹ SOLARTE, A. *op cit.* pp. 281 a 315

⁴⁰ Solarte no lo menciona dentro de la enumeración de deberes secundarios de conducta.

⁴¹ LORENZETTI, L., *op. cit.*, p. 21.

⁴² SOLARTE, A., *op. cit.*, p. 301.

prestación, evitando molestias; prestar colaboración y ayuda a la otra parte para la consecución no sólo del fin comercial común, sino también de su particular y exclusivo interés, etc.

El deber de mitigar el daño por parte del acreedor diligente una vez incumplido el contrato, exige sin lugar a dudas un comportamiento cooperativo entre las partes, en el que se impone a quien está en mejor condición de llevarlo a cabo (acreedor) una actitud activa, de protección razonable hacia intereses propios, y de su contraparte.

Ello se reafirma si tenemos en cuenta que la aplicación correcta del principio de mitigación del daño podría también beneficiar al agente causante del daño, debido a que la víctima en estos casos, indirectamente, igualmente tutelaría intereses pecuniarios ajeno⁴³ (del deudor) porque razonablemente corresponde que ello sea así, ya que es el acreedor quien está en mejores condiciones de hacerlo pues con una actitud “media”, “razonable” o, acorde a nuestro ordenamiento jurídico, de “buen padre de familia”, evita la generación de perjuicios; lo cual no puede considerarse como cosa distinta de una aplicación del principio de la buena fe⁴⁴.

En principio, podríamos señalar que nos encontramos frente a un tipo específico de deber secundario de conducta, derivado del principio general de la

⁴³ Podríamos señalar que al mitigar el daño el acreedor lo que hace es evitar la generación de perjuicios que, en aquellas legislaciones como la nuestra en donde no se contempla la carga de mitigar el daño de manera expresa, debería asumir en apariencia el deudor en virtud del principio de reparación integral.

⁴⁴ RODRÍGUEZ, M. *op. cit.*, p. 114.

buena fe que coexiste, por ende, a las obligaciones nucleares o esenciales nacidas del contrato.

Es así como la Convención de Viena, al regular los diversos remedios con los que cuenta el acreedor una vez que el deudor ha incumplido el contrato de compraventa, contempla una serie de cargas que debe observar este último y que se traducen básicamente en deberes de comunicación, y deberes o cargas materiales. Dentro de estas últimas se ubica, precisamente, el deber de mitigar el daño que el incumplimiento del deudor le reporta a su acreedor.

Elas reflejan un sistema de remedios contractuales cimentados sobre la buena fe; debido a que éste presume que no es razonable que por el solo hecho del incumplimiento el deudor quede sujeto al arbitrio del acreedor. Se evidencia un sistema de remedios que tiende al equilibrio en la protección de los intereses de ambas partes; pues se le exige al acreedor un comportamiento acorde a las directrices de la buena fe objetiva.

Sin embargo, sostener que “mitigar el daño” se trata de un deber colateral de conducta pareciera ser correcto hasta cuando analizamos cuáles son los efectos jurídicos que la inobservancia del “deber” de mitigar el daño por parte del acreedor acarrea

Siguiendo a San Martín en lo que atañe a los deberes, la doctrina más autorizada sostiene que la existencia de un deber jurídico no es otra cosa que la

validez de una norma jurídica, que haga depender una sanción del comportamiento (acción u omisión) opuesto a aquel que constituye el deber jurídico. El deber jurídico no es nada diverso de la norma jurídica. Es simplemente la norma jurídica en su relación con el individuo, a cuyo comportamiento la norma conecta una sanción⁴⁵.

El término “deber” asume para el derecho un significado propio a través de la sanción que va implícita en el concepto; en efecto, un comportamiento es necesario sólo cuando de su inobservancia deriva, para el sujeto destinatario de la norma, la aplicación de una sanción, o sea, cuando la violación del deber conlleva una consecuencia para él desfavorable⁴⁶.

¿Genera el evento de inobservancia del “deber” de mitigar el daño responsabilidad en el sentido jurídico de la palabra y, por ende, la obligación de resarcir los perjuicios causados a su contraparte (en este caso, al deudor incumplidor)? ¿Puede sostenerse que no mitigar el daño constituye un acto ilícito?

Siguiendo a Betti, habrá que distinguir entre el hecho “ilícito” y aquel simplemente “ilegal”, donde éste equivale a un hecho desprovisto de los requisitos establecidos en la ley y que, si bien no es reprochable en sí mismo, o sea, pudiéndose ejecutar impunemente, no es idóneo, por esa sola razón, para

⁴⁵ SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 48.

⁴⁶ SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 49.

reclamar la protección legal⁴⁷. La primera hipótesis (acto ilícito) genera responsabilidad civil ulterior para quien ha incumplido lo dispuesto por una norma jurídica. Este es el caso del “deber” propiamente tal. En el segundo caso (acto ilegal) , estamos frente a un supuesto de carga.

Claramente, no podemos señalar que la mitigación del daño sea un supuesto de deber en relación a la sanción que se sigue de su inobservancia: cuando se trata de un deber la parte beneficiaria (deudor) tiene la posibilidad de exigir su cumplimiento, con el consiguiente resarcimiento si este no se verifica; en cambio, lo que caracteriza a la carga es la inexigibilidad de la conducta y la improcedencia de resarcimiento para el caso de inobservancia, sea que pese sobre el acreedor o sobre el deudor⁴⁸.

A diferencia del deber, la carga no impone a la víctima una conducta, sino establece un requisito, relativo a su propia conducta, como condición para que tenga derecho a ser indemnizada por todos sus daños⁴⁹.

2.3 El deber de mitigar el daño como carga.

Lorenzetti señala que la carga es una conducta que se atribuye a un sujeto en su propio beneficio, de modo tal que el incumplimiento acarrea la pérdida del

⁴⁷ BETTI, Emilio (1935) *Diritto Romano*, vol. I, Parte Generale, Padova, CEDAM, p. 410, citado por San Martín, L., *op. cit.*, p.50

⁴⁸ CABANILLA, A. 1988. *Las Cargas del Acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*. Madrid. Montecorvo. pp. 50 y ss., citado por SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 51.

⁴⁹ BARROS, E. 2006. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 429.

mismo. A diferencia de la obligación, no es coercible, ya que no adjudica ninguna pretensión a la otra parte. Solo el titular de la carga tiene ante sí una opción: o cumplirla obteniendo el beneficio o dejar de hacerlo, perdiéndolo⁵⁰.

Asimismo, Vidal define carga como “la imposición legal, o convencional, de una determinada conducta, cuyo incumplimiento no otorga al perjudicado una pretensión encaminada a exigir su observancia; empero, ubica a su titular ante ciertas desventajas jurídicas, como la pérdida o reducción de derechos”⁵¹.

Continúa Lorenzetti señalando que las cargas contractuales establecen conductas que tienen una finalidad informativa, o de mejora del funcionamiento de la relación jurídica; son incentivos que se imponen a las partes para un comportamiento que no alcanza carácter obligatorio. El mayor uso que se le da actualmente está relacionado con la adjudicación eficiente de información⁵².

Claramente la mitigación del daño tiene como finalidad mejorar el funcionamiento de la relación jurídica básicamente desde un punto de vista económico, moral y propiamente jurídico⁵³.

Económico porque permite el uso racional de los recursos involucrados en la etapa de incumplimiento contractual: evitar daños es más eficiente que

⁵⁰ LORENZETTI, L. *op. cit.*, p. 25.

⁵¹ VIDAL, A. 2005. La Gestión Razonable de los Efectos del Incumplimiento. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile v. XVIII (n. 2). pp. 55 a 81.

⁵² LORENZETTI, R., *op. cit.*, p. 25.

⁵³ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 88. Aunque el autor alude a estas como razones para efecto de fundamentar la “obligación” de minimizar el daño.

ocasionarlos y esperar a ser resarcido posteriormente; moral, porque es posible retener la exigencia de una conducta coherente impuesta en la actual concepción del contrato, que lo concibe más como un medio de colaboración que de enfrentamiento de intereses opuestos⁵⁴; y propiamente jurídico, porque en definitiva los daños que se generan por la falta de medidas razonables de quien se encuentra en mejor situación de evitarlos no son consecuencia directa del incumplimiento del contrato, sino de la actitud pasiva y negligente del acreedor afectado por el incumplimiento del contrato. En síntesis, en este último punto, el deber de mitigar el daño viene en reafirmar el principio de la causalidad entre la actitud del agente y el daño como consecuencia directa e inmediata de ella.

¿Puede catalogarse esta figura jurídica de la mitigación como “carga contractual”?

El concepto de carga transcrito corresponde al sentido de lo que entendemos en esta obra por “mitigar el daño”, en cuanto se trata de una figura jurídica que no corresponde técnicamente a una “obligación” y cuya infracción, por ende, no originaría en principio responsabilidad civil, entendida como la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deudor.

La “carga”, en sentido estricto, y a diferencia del “deber jurídico” se caracteriza por la inexigibilidad de la conducta y la improcedencia de resarcimiento para el caso de inobservancia, sea que pese sobre el acreedor o sobre el deudor⁵⁵

⁵⁴ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 89.

⁵⁵ CABANILLA, A., *op. cit.*, pp. 50 y ss.; citado por SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 51

Sin embargo, además de la exigibilidad y sanción ante su falta de observancia; existe otro factor importante a considerar para diferenciar ambos conceptos y que se refiere al interés que se pretende proteger con la mitigación del daño por parte del acreedor una vez que su contraparte ha incumplido el contrato.

En este sentido, San Martín señala en su tesis de doctorado que contrariamente a lo que ocurre con los deberes, la licitud de la conducta contraria a la carga es una característica fundamental de la misma, empero, ello resulta insuficiente a la hora de determinar cuándo estamos delante de una carga y cuándo delante de un deber, o una mera facultad; por tanto, la doctrina sostiene que para completar la distinción debemos poner el acento en el “interés que se pretende regular”.

Así, cuando se trata de un deber, la norma jurídica mira el interés de un sujeto diverso de aquel a quien ella va dirigida; en cambio, cuando se trata de una carga, la norma mira un interés del mismo sujeto a quien ella va dirigida⁵⁶.

Opinamos que el deber de mitigar coincide con el concepto de “carga” antes que con el de “deber”, toda vez que protege de manera exclusiva y excluyente los intereses patrimoniales del acreedor, quien sería en esta hipótesis el sujeto titular de la carga. La carga de mitigar el daño constituye subordinación de un interés

⁵⁶ SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 50.

patrimonial del acreedor a favor de otro interés del mismo. De ahí el carácter de incoercible que reviste.

En síntesis, estamos frente a una valoración económica de diversos intereses en juego, que pareciera estar orientada a la protección de intereses propios y no de intereses ajenos; cuestión que nos hace plantearnos la hipótesis de estar frente a una verdadera carga contractual.

San Martín señala⁵⁷ que el deber de mitigar el daño, en cambio, supone una lesión al interés jurídico de una de las partes a manos de la otra, imponiendo a la parte lesionada la diligente administración de los propios asuntos, no se trata de una colaboración con la otra parte, pues el afectado se mueve siempre en la esfera de sus propios intereses⁵⁸.

Por ejemplo, si un vendedor alemán se obliga a la entrega de una tonelada de manzanas con una empresa frutícola italiana, y esta última incumple su obligación de recibir la mercadería, el vendedor alemán estaría obligado para dar cumplimiento al deber de mitigar el daño a realizar la respectiva operación de reemplazo con otro agente nacional o internacional (claramente, en condiciones similares a las establecidas en el primitivo contrato de venta con el comprador italiano); todo ello con la finalidad de no permitir una eventual pérdida de las

⁵⁷ Con la finalidad de explicar por qué el deber de mitigar el daño no corresponde a un “deber de cooperación” en sentido estricto.

⁵⁸ SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 284.

manzanas; evitando de esta manera la generación de perjuicios presentes (deterioro de la fruta vendida) y, ocasionalmente, perjuicios futuros.

Es evidente que de esta manera el vendedor alemán, con su actuar razonable, evitaría los perjuicios a los que el comprador italiano se vería obligado a indemnizar y, con ello, no podría ser privado posteriormente de la respectiva indemnización de perjuicios a la que tiene derecho.

Consecuencia de ser una carga es que actuar o no conforme a ella constituye un acto privativo de la voluntad del acreedor, que se traduce en la subordinación de un interés a favor de otro interés del mismo sujeto (siendo éste), en base a una valoración económica de sus diversos intereses en juego, si decide actuar o no⁵⁹.

Asumiendo que mitigar el daño por parte del acreedor una vez que su contraparte ha incumplido el contrato es una carga contractual, ¿Cuál es su extensión? ¿Cuáles son los daños a los que esta carga obliga mitigar?

La Convención de Viena, en su artículo 77, señala que el deber de mitigar el daño se extiende, inclusive, al lucro cesante: es decir, a aquel daño que aún no se ha producido pero que eventualmente, producto del incumplimiento, puede acaecer en el futuro.

⁵⁹ SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 50.

De acuerdo a ello, el acreedor no solo está obligado a mitigar el daño que indefectiblemente se ha ocasionado de manera coetánea al incumplimiento, sino que además es razonable que el acreedor adopte medidas para evitar un eventual daño que aún no se ha originado. Un ejemplo claro de esto podemos encontrarlo en la celebración de “operaciones de reemplazo” que generalmente debería tomar el vendedor diligente cuando su comprador, por diferentes motivos, no ha recibido la mercadería objeto del contrato de compraventa. En este caso, el vendedor que se encuentra inserto en un mercado medianamente dinámico, tiene la carga- para efectos de mitigar el daño- de celebrar una razonable operación de reemplazo con un segundo comprador, siempre que sea procedente la resolución del contrato con el primitivo comprador, que será la regla general.

Si el vendedor celebra una operación reemplazo que no resulta tan lucrativa comparándola con la del primitivo contrato, la diferencia deberá ser cobrada al primer deudor dentro de la indemnización de perjuicios, por concepto de lucro cesante.

Como vemos en este caso, la cifra indemnizatoria se reduce enormemente como consecuencia del comportamiento razonable del acreedor, y el deudor incumplidor solo deberá abonar la diferencia entre la ganancia que hubiera obtenido el acreedor por el primer contrato y la que efectivamente obtuvo celebrando la operación de reemplazo.

El acreedor que permanece en una situación de pasividad a este respecto, obligaría al deudor a pagar el total del lucro cesante; situación que, de acuerdo a lo hasta aquí señalado, vulnera la carga de mitigar el daño, y obliga al juez a reducir lo que no se mitigó del total efectivo de la indemnización de perjuicios, ya que esta última tiene como límite la causalidad y previsibilidad de las pérdidas.

Igualmente se ha planteado la posibilidad dentro de la doctrina⁶⁰ que la razonabilidad en la mitigación del daño involucre no solo medidas materiales por parte del acreedor, tales como la celebración de una operación de reemplazo, rebaja del precio inicial, repactación y facilidades de pago del precio original, etc., sino que además la elección misma de los mecanismos jurídicos para hacer valer la responsabilidad que le cabe al deudor por su incumplimiento; elección que debe ser razonable en el sentido que el acreedor, dentro de la libertad que la ley le reconoce en la elección de las acciones para defenderse ante el incumplimiento de su contraparte, opte por aquellos mecanismos que razonablemente mitiguen el daño.

La pregunta que sigue a este planteamiento es evidente ¿Cuándo el ejercicio de un remedio se entiende que es razonable? Vidal señala que el ejercicio de un remedio- entendido como medida de mitigación- será razonable cuando el acreedor agraviado igualmente, pero con menos pérdidas para el deudor, obtenga la satisfacción de su interés en el cumplimiento de su contrato. Deben cumplirse

⁶⁰ VIDAL, A. 2006. La Protección del Comprador (en la Compraventa Internacional de Mercaderías). Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pp. 579 a 593

dos requisitos copulativos a) que el ejercicio de la medida evite, o aminore, las pérdidas que se siguen del incumplimiento y b) que igualmente comporte la satisfacción del interés del acreedor⁶¹.

Un ejemplo permite desarrollar estas ideas. Una sociedad italiana⁶² se obligó a comprar a una sociedad alemana 11 automóviles, caso en el cual la segunda, frente al incumplimiento contractual de la primera, estaba en su derecho a ejercer los remedios contractuales que le otorgan la Convención de Viena en sus artículos 61 (1) (resolución) y 74 (indemnización de daños). Sin embargo, el tribunal niega a la sociedad italiana el derecho a cobrar la indemnización de perjuicios debido a que el vendedor había omitido el deber de mitigar el daño según el artículo 77 de la misma Convención. Ello en razón de que el comprador no se había negado a recibir las mercaderías, sino que solo buscaba aplazar la entrega para evitar las desventajas económicas de las extremas fluctuaciones en los tipos de cambio, y por ello, solicitaba un plazo adicional.

La conducta razonable del vendedor, de acuerdo al criterio del tribunal, habría sido haber otorgado al comprador un plazo adicional para el cumplimiento. De esta manera, habría evitado los daños que invoca como fundamento de su pretensión indemnizatoria.

⁶¹ VIDAL, A. 2006., *op cit.*, p. 164.

⁶² R. Motor s.n.c. v. M. Auto Vertriebs GmbH. [en línea] < <http://www.unilex.info/case.cfm?id=118>> [consulta: 04 de febrero de 2013].

Es así como el tribunal pone de manifiesto que si el acreedor (sociedad alemana) hace uso de un remedio (resolución) y no se ajusta al principio de lo razonable, por no aminorar o evitar las pérdidas, debe soportar las consecuencias de la inobservancia de esta carga, que en este caso consisten en la privación de la indemnización⁶³.

En síntesis, la extensión de la carga de mitigar el daño es la razonabilidad de la medida mitigadora; entendiéndose por ella la conducta que un hombre medio en la misma situación habría ejecutado. Se trata de un criterio que considera circunstancias subjetivas del agente, tales como su capacidad económica, dominio de información relevante, profesión, etc.; sin perjuicio que termina objetivándose al comparar la conducta desplegada por el agente, con la de aquel hombre razonable en la misma situación.

⁶³ VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, p. 165.

CAPÍTULO III. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN DERECHO COMPARADO.

3.1 Introducción

Corresponde ahora analizar cómo se ha tratado el deber de mitigar el daño en algunos sistemas, con la finalidad de examinar la forma en que ha sido introducido a estos sistemas y ver en qué casos opera. Partiremos examinando la situación en el *Common Law* que como dijimos al revisar los orígenes del deber de mitigar el daño, es donde se configuró el deber como actualmente lo conocemos. Revisaremos algunos representantes de la familia del derecho continental, respecto del sistema francés nos remitimos a lo ya señalado en el primer capítulo⁶⁴, se examina el sistema alemán que representa una de las principales subfamilias del sistema continental y otros que presentan algunas particularidades útiles para nuestro estudio. Una vez finalizado esto procederemos a ver la situación de Latinoamérica, para concluir con la revisión desde los textos de unificación de derecho a nivel mundial.

3. 2 Sistemas del *Common Law*. Derecho inglés y Norteamericano.

En el derecho inglés se le denomina *duty to mitigate*, aunque la denominación de *duty* ha sido criticada como inexacta debido a que si se falla en la mitigación de daños no se da lugar a una acción para reclamar su cumplimiento. La

⁶⁴ Supra pp. 12 y ss.

consecuencia de su infracción consiste en que no se le permite a la víctima recuperar esos daños que podían ser evitados dentro del monto de la indemnización⁶⁵. No debe confundirse con la *contributory negligence* ya que esta última se refiere al caso en que la negligencia del demandante concurre en conjunto con la del demandado a la producción del daño, siendo ambas, causas del daño producido.

Como señalábamos en el capítulo I, el *duty to mitigate* fue establecido en el Reino Unido en primer lugar por la jurisprudencia y posteriormente fue consagrado a nivel legal en la *Sale of Goods Act*, cuyos artículos 50⁶⁶ y 51⁶⁷ dentro del párrafo tercero se refieren a esto. En ambos casos establece que en caso de incumplimiento no se responde sino por la diferencia entre el precio de los bienes vendidos y el precio establecido en el mercado en caso de que este provea sustitutos que satisfagan el interés del acreedor, ya sea en caso que la víctima sea el vendedor (artículo 50) o sea el comprador (artículo 51)⁶⁸. Por lo tanto, en ambos casos se establece la necesidad de celebrar operaciones de reemplazo para evitar el aumento de daños. De acuerdo las normas referidas, debe existir un mercado disponible o “*available market*” para las cosas vendidas. Se entiende que esta

⁶⁵ HILLMAN, R. 1975-1976. Keeping the deal together after material breach-Common law mitigation rules, the UCC, and the restatement (second) of contracts. University of Colorado Law Review Vol. 47. p. 554.

⁶⁶ Art.50. 3) Cuando hay un Mercado disponible para la mercadería en cuestión, la medida del daño en primer lugar debe determinarse mediante la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado al momento o momentos en que la mercancía debieron haber sido aceptados o (si no se fijó tiempo para aceptar) al momento en que se negó a aceptar (traducción nuestra).

Art. 51 (3) Cuando hay un mercado disponible para la mercadería en cuestión, la medida del daño en primer lugar debe determinarse mediante la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado al momento o momentos en que la mercancía debieron haber sido entregadas o (si no se fijó tiempo para aceptar) al momento en que se negó a aceptar el envío (traducción nuestra).

⁶⁷ Reglas consultadas en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> [consulta: 04 de febrero de 2013].

⁶⁸ LOPEZ, J., *op. cit.*, p. 207.

expresión significa que esas cosas están en una situación que permite la libertad de su venta y que hay una demanda suficiente como para reemplazar esos bienes en forma rápida. Esto además implica establecer un precio de mercado de los bienes en cuestión, en caso de que la operación de reemplazo sea por un valor menor al precio de mercado no habría derecho a exigir la diferencia al deudor⁶⁹. Sin embargo, consideramos que sí se puede exigir la diferencia entre el precio de la operación incumplida y el precio de mercado, ya que este significaba un beneficio para el perjudicado cuya pérdida solo es reparable por este medio.

En este caso se podría sostener que en realidad no se trata de una carga, deber u obligación que emana del contrato para las partes, sino que más bien se trataría de una regla que ordena al juez establecer un determinado monto de indemnización, tal como lo sostiene parte de la doctrina inglesa⁷⁰ que critica la denominación *duty to mitigate*, y señala en cambio, que es un principio de mitigación, según el cual los daños deben ser calculados por el juez como si el demandante hubiera mitigado los perjuicios. Por lo tanto, según Smith se trataría de una aplicación más específica de la regla según la cual el demandado sólo es responsable por las pérdidas que podían ser razonablemente previstas. Según Smith, el problema de la reparación de estas pérdidas es que se trata de pérdidas muy remotas, y por tanto, hay un problema de lejanía del daño respecto del

⁶⁹ ATIYAH, P. S. 1966. *The Sale of Goods*. Tercera edición. Londres. Sir Isaac Pitman and sons Ltd. pp. 207 y ss.

⁷⁰ ATIYAH, P. S. y SMITH, S. 2006. *Atiyah's Introduction to the Law of Contracts*. Sexta edición, Nueva York. Clarendon Press, Oxford University. p. 420; SMITH, S. 2007. *Contract Theory*. New York. Oxford University Press. pp. 428 y 429.

incumplimiento del deudor. Por ello, se trataría de daños de carácter indirecto siguiendo la terminología que usa nuestro Código⁷¹.

De acuerdo a Smith, no existe un deber de mitigar daños, ya que si no existiera, su incumplimiento daría lugar a exigir su cumplimiento o a pagar una indemnización por ello. De acuerdo al autor, la regla de mitigación se refiere al cálculo de daños y ordena a calcularlos como si el acreedor hubiera mitigado los daños, esto porque tales pérdidas son muy remotas, siendo por tanto un aspecto más de la causalidad. Lo vincula además con los problemas de previsibilidad al señalar que son remotas porque al momento de determinar que pérdidas son razonablemente previsibles, se asume que las partes actúan de forma razonable, y mitigar daños, es algo que las personas razonables hacen.⁷²

Como podemos observar, lo anterior es totalmente consecuente con las reglas que establece la *Sale of Goods Act* que más bien dan una orden al juez para considerar las medidas de mitigación que se debían tomar al momento de señalar el monto por el cual debe responder el deudor.

En los Estados Unidos el deber de mitigar daños es conocido por la doctrina como *avoidable consequences* (consecuencias evitables)⁷³. De esta forma fue

⁷¹ Que como veremos, es la forma en que se ha considerado dentro de la doctrina francesa donde se ha entendido que el daño evitable no tiene su causa en el incumplimiento sino que en la negligencia del acreedor y es a lo que se referirían al hablar de daños que no son inmediatos ni directos.

⁷² SMITH, S., *op. cit.*, p. 428.

⁷³ HILLMAN, R., *op. cit.*, p. 558. Este autor señala que la doctrina de las consecuencias evitables se refiere a que los daños causados por un incumplimiento de contrato que pudieron ser evitados tomando medidas razonables no pueden ser recuperados por medio de una acción por el incumplimiento.

regulado en el artículo 2 del *Uniform Commercial Code* secciones 2-708, que resta a la indemnización del vendedor, el monto que puede haber obtenido en una operación de reemplazo, según los costos en el mercado; 2-712 que manda al comprador a obtener otros bienes en el mercado para cubrir la operación fallida; 2-713 que resta de la indemnización el monto que pudo obtener el vendedor celebrando otra operación según los precios de mercado⁷⁴; y 2-715 en materia de daños consecuenciales e incidentales del comprador^{75 76}.

Se trata además en el *Restatement (Second) on Contracts* en su párrafo 350 sobre daños incidentales y consecuenciales del comprador y establece como primera regla, que no son recuperables los daños que no fueron evitados y que no implicaban riesgo, carga o humillación del que los podía evitar; y en su regla segunda, establece el derecho a indemnización cuando la víctima tomó medidas para mitigar el daño pero estas no fueron exitosas.

En general, todas las reglas vistas dentro de estos sistemas apuntan principalmente a que la víctima del incumplimiento debe buscar una nueva alternativa en el mercado para poder cubrir la operación que resultó fallida, pero esto está sometido al estándar de lo razonable, y por lo tanto, la víctima no debe realizar esfuerzos que resulten extraordinarios o impracticables; tampoco debe someterse, como vimos en el *Restatement Second on Contracts*, a riesgos gastos o

⁷⁴ Podemos apreciar que las reglas establecidas en las secciones 2-708 y 2-713 son las mismas que se establecen en la *Sale of Goods Act* inglesa. LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 208.

⁷⁵ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 361.

⁷⁶ Reglas consultadas en http://www.michigan.gov/documents/entireuccbook_18831_7.pdf [consulta: 04 de febrero de 2013].

humillaciones innecesarias⁷⁷. El problema se da cuando estamos ante una oferta hecha por el mismo deudor incumplidor, lo que da lugar a la siguiente pregunta ¿Cuándo está forzado el acreedor a aceptar una oferta del deudor como medida de mitigación?

Para resolver esto, Hillman nos presenta un modelo compuesto por cinco preguntas, las que siendo respondidas todas en forma afirmativa harían concluir que el acreedor debe aceptar una nueva oferta hecha por el deudor y que si no lo hace incumplirá con su carga de mitigar daños, y por tanto, su indemnización se verá reducida por lo no mitigado. Estas preguntas son:

1. ¿La aceptación de la nueva oferta puede reducir daños?
2. ¿Se puede conformar el acreedor con la nueva oferta?
3. ¿Es la oferta del deudor la mejor disponible que hay?
4. ¿Puede el acreedor exigir sus derechos conforme al contrato original a pesar de aceptar una nueva oferta?
5. ¿Puede el deudor dar garantías de que cumplirá?⁷⁸

A esto se suma otro problema que se refiere al denominado *lost volume problem*, si la operación incumplida era de carácter fungible, la celebración de una operación de reemplazo no aparece como una alternativa suficiente como para mitigar daños. Por ejemplo si A celebra una compraventa de con B y este

⁷⁷ HILLMAN, R., *op. cit.*, pp. 567 y 568.

⁷⁸ HILLMAN, R., *op. cit.*, pp. 598 y ss.

incumple, A tendría que, conforme a lo que hemos visto, celebrar una operación de reemplazo. Pero el problema podría persistir si existe una alta demanda por lo vendido, y si existe un stock suficiente como para satisfacer esa demanda, debido a que nos encontramos con que el vendedor podría haber realizado la operación de reemplazo habiéndose celebrado o no el contrato incumplido. Es por eso que se habla de *lost volume* ya que en definitiva la pérdida se manifiesta en que no haya hecho esa operación específica, y no en que no haya podido hacer una venta en general ya que la operación sustituta se habría realizado de todos modos⁷⁹.

Estos casos implican un límite a la operación sustituta como medida de mitigación y es donde resulta conveniente aplicar el modelo propuesto por Hillman para determinar si aceptar una nueva oferta del deudor es o no viable como medida para mitigar daños. Si no se cumple con lo señalado por tal modelo, entonces puede proceder la indemnización completa a pesar de haber celebrado una operación de reemplazo porque a final de cuentas esta nueva compraventa no viene a reemplazar a la anterior; todo lo anterior sin perjuicio de otras medidas aplicables al caso concreto y que si podrían ser reclamadas por el deudor si el acreedor no las toma siendo razonables.

En estos sistemas se aprecia que la finalidad detrás de las medidas de mitigación del daño es principalmente económica. No se reconoce el principio de

⁷⁹ HILLMAN, R., *op. cit.*, pp. 568 y ss.

la buena fe en materia de contratos⁸⁰ y lo que se busca proteger mediante las reglas ya señaladas es la eficacia económica de la operación. Se evitan las pérdidas económicas sufridas por la víctima del incumplimiento que pudieron ser salvadas por medio de esfuerzos razonables⁸¹, y es a través de estas reglas que se busca incentivar principalmente la celebración de contratos de reemplazo ya que por medio de estos la parte perjudicada por el incumplimiento alcanza de igual manera la satisfacción de su interés económico. No solo se limita a los intereses de las partes, sino que existe detrás la idea de evitar todo despilfarro de recursos⁸² ya que se incentiva la adopción de medidas para reducir e incluso eliminar los daños evitables que en definitiva significarían una pérdida innecesaria de recursos.

3. 3 Derecho alemán.

El Alemania existe un sistema que establece parámetros exclusivamente objetivos en que basta la determinación de la cuantía de los daños y la relación causal entre incumplimiento y daño. No se consideran, en cambio, elementos de carácter subjetivo como la culpa o la previsibilidad⁸³. El deber de mitigar el daño que opera como uno de los elementos que permiten reducir el monto de la indemnización una vez hecho el primer análisis causal para determinar al responsable por un daño específico, siendo una de las pocas limitantes existentes en este sistema a la responsabilidad objetiva.

⁸⁰ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 361.

⁸¹ HILLMAN, R., *op. cit.*, p. 558.

⁸² DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 77.

⁸³ FUENTES, R. 2005. *op. cit.*, pp. 230 y ss.

Existe una consagración expresa del deber de mitigar el daño en el artículo 254 del BGB⁸⁴ que refiriéndose a la compensación de obligaciones, señala: (1) Si cualquier tipo de culpa por parte de la persona dañada ha contribuido a causar el daño, la obligación de indemnizar a la parte perjudicada y el alcance de la indemnización a realizar depende de las circunstancias; sobre todo de hasta qué punto el daño ha sido causado por una u otra parte. (2) Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió sólo en una omisión a la hora de llamar la atención del deudor acerca de un peligro de un daño anormalmente alto que el deudor ni conocía ni debiera haber conocido, o en una omisión a la hora de evitar o mitigar el daño”⁸⁵.

La segunda parte de esta norma se refiere expresamente al deber de mitigar el daño y es una de las formas consagradas en el derecho alemán que permiten reducir la indemnización, saliendo de la regla del “todo o nada” y que permitiría distribuir el daño ocasionado entre el causante del daño y la víctima.

En cambio en su primera parte se refiere a la situación en que concurre la culpa de la víctima a la producción del daño, situación a la que también se refiere el artículo 2330 del Código Civil chileno. El fundamento detrás de esta última institución es separar los daños efectivamente causados por el incumplimiento del contrato en este caso, de aquellos daños que fueron causados por la misma

⁸⁴ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 210; DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 78; TRONCOSO, M.I., *op. cit.*, p. 362.

⁸⁵ EIRANOVAS, E. 1998. Código Civil Alemán Comentado. Madrid, España .Ediciones jurídicas y sociales Marcial Pons. p. 121.

víctima, con la finalidad de que esta no se enriquezca a partir de la indemnización de daños, sino que solo sea reparado el daño efectivamente causado por el incumplimiento⁸⁶. Esto último coincide con la finalidad del deber de mitigar el daño, pero no deben ser confundidos, porque ambas instituciones operan en planos distintos, como señala Domínguez: “la culpa de la víctima tiene influencia causal, lógicamente en la medida en que haya intervenido como hecho que concurre a causar el daño, es decir antes que éste se produzca, pues ésa es la regla que resulta de nuestro art. 2330 (y que resulta también de la primera parte del artículo 254 del BGB); pero la obligación de mitigar el daño nace una vez que este ya se produjo, de tal forma que la culpa de la víctima no interviene aquí en su causación inicial, sino una vez producido el daño”⁸⁷.

Es por eso que decíamos que opera en planos distintos. Es dentro del primer análisis causal, de carácter material, donde opera la culpa de la víctima, instancia en que se busca determinar a las personas responsables por el resultado lesivo. Luego, en un segundo análisis causal normativo, habiéndose configurado ya el nexo causal material entre el deudor y el incumplimiento, es donde opera el deber de mitigar el daño propiamente tal y que más bien apunta a excluir estos daños evitables, fundado por el papel que juega la negligencia del acreedor al momento de mitigar daños, negligencia a la que se le puede atribuir en definitiva el resultado lesivo por haber sido un daño evitable. Lo cierto es que el artículo 254 se refiere principalmente a la concurrencia de la culpa de la víctima, pero además se refiere

⁸⁶ LARENZ, K. 1958. Derecho de obligaciones .Tomo I. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 196 y ss.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 85. Lo que se encuentra entre paréntesis es nuestro.

expresamente a la necesidad del acreedor de mitigar el daño una vez causado, teniendo esta regla aplicación tanto en materia contractual como extracontractual por encontrarse dentro de las normas generales del derecho de las obligaciones. Además la doctrina alemana está de acuerdo en que lo señalado en el artículo 254 (2) no es un problema de concurrencia de culpa, ni un deber debido a las consecuencias que acarrea su incumplimiento y es por eso que su denominación correcta en alemán es *obliegenheit*⁸⁸.

Para parte de la doctrina el deber de mitigar el daño en este sistema operaría como fuente de una obligación consistente en reparar el daño que causa al acreedor no mitigando el daño. Lo que aquí ocurriría según estos autores es que la ley impone un deber de tomar las medidas y estas dan lugar a esa obligación de indemnizar que se compensa con la indemnización por el incumplimiento⁸⁹. Esto finalmente se traduce en una reducción de la indemnización del deudor en el contrato o incluso en un rechazo de la pretensión si ocurre que el daño causado por la pasividad de la víctima es mayor que el originalmente causado por el incumplimiento. Agregan que, no es un aumento en los daños, sino que es una participación de la víctima en los mismos, un hecho culpable del acreedor que ante un incumplimiento no solamente debe preocuparse porque los daños no

⁸⁸ MARKESINIS, B.; LORENZ, W. y DANNEMANN, G. 1997. The German Law of Obligations. Oxford Clarendon Press, pp. 661 a 664.

⁸⁹ En Chile, según la doctrina, no operaría de esta forma porque la ley no impone este deber de precaverse de los daños que uno mismo se causa, es por eso que no se habla de indemnizaciones que se compensan sino que procede solo una reducción en el monto de la indemnización. Cft. GATICA, S. 1959. Aspectos de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de contrato. Santiago. Editorial jurídica, p. 189.

aumenten sino que debe ocuparse también de su aminoración⁹⁰, y esto llevaría a extraerlo de los daños por los que el deudor debe responder⁹¹.

3.4 Derecho español.

En España el tema ha cobrado mucha relevancia en las últimas dos décadas por la influencia del denominado nuevo derecho de la contratación, específicamente por la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, los Principios UNIDROIT, los Principios Europeos del derecho de los contratos y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1999; lo que ha influenciado a la doctrina española, originando la tendencia modernizadora del derecho de las obligaciones al amparo de este modelo⁹².

Díez-Picazo, en sus Principios Fundamentales de Derecho Civil Patrimonial, reconoce la existencia de un deber de mitigar daños en materia contractual. Primero, considerando la finalidad misma del sistema de responsabilidad contractual, es decir en base a su naturaleza compensatoria, ya que si se exigiera al acreedor responder por los daños causados por la falta de adopción de medidas por parte del acreedor tendríamos que concluir que el sistema en definitiva estaría castigando al deudor, porque se le hace responsable por daños que no son causados en forma directa por su incumplimiento. Es claro que tal nivel de

⁹⁰ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 78.

⁹¹ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 362.

⁹² MORALES, A. 2006. La Modernización del derecho de las obligaciones. Madrid. Editorial Thomson Civitas, pp. 25 a 29.

exigencia implica más un castigo que una justa compensación por el daño efectivamente causado por el incumplimiento. Apreciamos nuevamente la idea de que el daño indemnizable, debe ser una consecuencia necesaria e inevitable del comportamiento del deudor incumplidor, siendo completamente contrario al principio de la buena fe el forzar a la reparación de daños que el acreedor pudo evitar. En segundo lugar, lo justifica en base a la falta de causalidad entre el incumplimiento y tales daños, porque estos en vez de ser causados en forma inmediata y directa por el incumplimiento, son en realidad causados por la inacción o pasividad del acreedor⁹³. Nuevamente percatamos que no hay una relación causal directa por tratarse de un daño evitable.

3.5 Derecho italiano.

En Italia el deber de mitigar el daño no ha sido objeto de trato en forma extensiva por la doctrina, pero el Código Civil de 1942 lo reconoce expresamente en su artículo 1227⁹⁴, que señala que: “Si el hecho culposo del acreedor está también en el origen del daño, la indemnización será disminuida según la gravedad de la culpa y de la entidad de la consecuencia que de ella deriva. El resarcimiento no comprenderá la parte del daño que la víctima hubiera podido evitar haciendo uso de una diligencia ordinaria”⁹⁵. Según la doctrina la conducta señalada en el artículo 1227 se refiere “a una conducta obligatoria para el dañado,

⁹³ DIEZ-PICAZO, L. 1996. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial .Tomo II. Quinta edición. Madrid, Editorial Civitas, p. 689.

⁹⁴ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 211.

⁹⁵ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 363.

de acuerdo a un criterio de diligencia ordinaria, según las circunstancias del caso”⁹⁶.

3.6 Derecho canadiense.

El Código Civil de Quebec de 1994 en su artículo 1479 señala que “La persona que debe reparar un daño no responde de la agravación de éste, cuando la víctima estaba en situación de evitar dicha agravación”. La regla en este caso es de carácter negativo debido a que es a través de la carga del responsable y a la liberación de la indemnización de los daños no mitigados, que se refiere de forma indirecta al deber que tiene la víctima de mitigar daños⁹⁷.

Lo importante de lo anterior según la doctrina es que en este caso se recoge la teoría de la causalidad como fundamento del deber de mitigar el daño debido a que el juez se ve en la necesidad de rebajar el monto de la indemnización porque los aumentos en el daño no provienen del incumplimiento del deudor sino que de la pasividad de la víctima y por lo tanto es esta la que los debe soportar⁹⁸.

3.7 Caso latinoamericano.

En Latinoamérica podemos encontrar una serie de Códigos que tienen una fuerte influencia francesa como el chileno, y por lo mismo, no consagran

⁹⁶ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, pp. 78 a 79.

⁹⁷ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 364.

⁹⁸ TRONCOSO, M. I., p. 383.

expresamente el deber de mitigar el daño, a pesar de que códigos latinoamericanos más modernos influenciados por el BGB y el Código italiano de 1942, sí lo hacen⁹⁹. Podemos apreciar que, a pesar de partir de la misma base, es decir, de un desconocimiento en la ley, se ha llegado a soluciones totalmente distintas en un sistema y otro. La importancia de este punto es el contexto en que nos encontramos y se refiere a las posibles soluciones que se pueden adoptar en nuestro país.

Un caso en que no se consagra es el argentino, donde en general no se ha reconocido el deber de mitigar el daño. El Código Civil argentino siguiendo la tendencia ya dicha, no contiene una regla general expresa y tampoco recibe aplicación dentro de algún caso especial. La doctrina tampoco se ha referido directamente el deber de mitigar el daño y por lo mismo la jurisprudencia tampoco lo ha aplicado¹⁰⁰.

En cambio, se dan situaciones como el caso colombiano donde sí ha recibido algún reconocimiento. En primer lugar, el Código Civil Colombiano tampoco contempla una regla expresa sobre nuestro objeto de estudio, aunque en el Código de Comercio sí existe una manifestación al exigirle mitigar daños al asegurado ante la ocurrencia de un siniestro¹⁰¹. Pero la diferencia más importante es que en Colombia parte de la doctrina sí lo reconoce de manera general como

⁹⁹ Como ocurre con el Código Civil de Bolivia de 1975 cuyo artículo 348 II señala: No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria. Infoleyes, Bolivia [en línea] <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=821> [consulta : 05 de febrero de 2013].

¹⁰⁰ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 210.

¹⁰¹ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, pp. 364 y 365. RODRÍGUEZ, M. *op. cit.*, pp. 123 y 124.

una derivación del principio de la buena fe, que es consagrado por el Código Civil Colombiano en su artículo 1603¹⁰², solución a la que también ha llegado la jurisprudencia por influencia de la doctrina¹⁰³. Incluso lo ha reconocido lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de Colombia en un caso de responsabilidad contractual derivada de un contrato de transporte en el que una nave se vió obligada a permanecer en puerto por un tiempo prolongado impidiéndosele continuar generando ganancias. La Corte consideró que esta había sido negligente al dejar pasar más de cuatro meses antes de solicitar a la jurisdicción una autorización para descargar, depositar y vender la mercadería; y utilizando como base la teoría de la causalidad y la buena fe, concluyó que era obligación de la víctima el tomar medidas para moderar el daño¹⁰⁴. Podemos apreciar entonces, que sí se ha reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia colombiana a pesar de carecer de regulación expresa de carácter general en el Código Civil.

3.8 Instrumentos internacionales.

Como habíamos señalado, el deber de mitigar el daño ha sido recogido por algunos instrumentos de derecho internacional, por ejemplo en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 en su artículo 77, según el cual: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir las

¹⁰² Cuyo texto es idéntico al artículo 1546 del Código Civil Chileno, salvo por la referencia a la costumbre que hace este último.

¹⁰³ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁴ TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 366.

pérdidas, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”¹⁰⁵.

Esta norma ordena a la víctima tomar medidas tanto para evitar daños futuros como para reducir los daños ya causados en la medida que estas medidas sean razonables de acuerdo a las circunstancias. Por tanto es necesario que la víctima tenga la posibilidad de tomar medidas, y en caso de no hacerlo pudiendo haberlo hecho, se le sanciona con la reducción en la indemnización que le correspondía por el monto de los daños que no redujo.

Analizando la norma en su contexto, encontramos que el artículo 75 se refiere a un tema muy vinculado con el deber de mitigar el daño debido a que ordena reducir el monto de la indemnización por la suma obtenida por la víctima en una operación de reemplazo. Esto se acerca a las reglas ya vistas de la *Sale of Goods Act* y del *Uniform Commercial Code*, pero con la diferencia de que aquí no se manda al juez a hacerlo en todos los casos, sino que permite a la víctima demandar por la diferencia entre ambas operaciones. Debido a lo anterior, no se ha sostenido que aquí se consagre el deber de mitigar el daño, y se considera que solo establece una regla de evaluación de perjuicios que evita un enriquecimiento injusto del acreedor y que niega los daños por el volumen perdido¹⁰⁶. Se señala

¹⁰⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [en línea] <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> [consulta: 05 de febrero de 2013].

¹⁰⁶ Porque de acuerdo a esta teoría podríamos decir que en operaciones sobre bienes fungibles el celebrar una operación de reemplazo no se trata de una medida de mitigación sino que es más bien lo que ocurriría

incluso que se puede dar lugar a la reducción de la diferencia entre las operaciones si no se toman medidas conforme al artículo 77¹⁰⁷, exigiéndose en ese caso otras medidas y sin considerar que la operación sea fungible para efectos de evaluar el daño. Otra norma relevante es el artículo 76 porque también se refiere a la necesidad de celebrar operaciones de reemplazo y en caso contrario se procederá a la reducción del monto de la indemnización, lo que sigue al modelo inglés de la *Sale of Goods Act*.

Otro instrumento relevante son los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), un proyecto de origen científico y doctrinal que no teniendo el carácter de ley, su contenido puede ser incorporado a los contratos por las partes al momento de elegir las cláusulas que regirán el contrato. Tiene la ventaja de ser un sistema que incorpora ideas que representan a los principales sistemas europeos, siendo por tanto, un puente entre los sistemas del *Common Law* y del Derecho Continental¹⁰⁸, naturaleza que se extrae del Art. 1.101 sobre aplicación de los principios. Se refiere al deber de mitigar el daño en su artículo 9.504 sobre pérdidas atribuibles a la parte perjudicada y que dice: “La parte incumplidora no es responsable de la pérdida sufrida por la parte perjudicada en la medida en que ella misma hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos”¹⁰⁹. Al respecto, se señala que se refiere específicamente a la concurrencia de la culpa de la víctima o

normalmente en la actividad de la víctima y no se realiza para reparar las pérdidas por el incumplimiento, estas subsisten y son exigibles aun.

¹⁰⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [en línea] <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> [consulta: 05 de febrero de 2013].

¹⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A. 2000. Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. España, Editorial Civitas, pp. 75 y ss.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 70.

compensación de culpas o causas, lo que se distingue del deber de mitigar el daño en cuanto al momento en que opera, ya que en estas situaciones se sostiene que la actividad de la víctima opera antes o al momento de producirse el hecho dañoso¹¹⁰. Pero Díez-Picazo, Roca y Morales consideran que se le debe dar una interpretación más extensa a la regla en cuestión. Por tanto, también podría ser aplicada a las situaciones en que los daños derivados del incumplimiento podían ser reducidos o eliminados a través de medidas adoptadas posteriormente por la víctima, siendo esta la situación donde se aplica la mitigación de daños propiamente tal¹¹¹.

El tema es también tratado en el artículo 9.505 sobre reducción de pérdidas. En opinión de Soler, es un avance al respecto, ya que separa al deber de mitigar el daño del problema de la compensación de culpas o causas¹¹². Este artículo dice que: “(1) La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada en la medida en que ésta última hubiera podido reducirlas adoptando para ello las medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualesquiera gastos en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas”¹¹³. Este artículo establece, en primer lugar, el deber de mitigar propiamente tal y en su segunda parte establece una de las consecuencias más importantes y se refiere a que los gastos razonables en

¹¹⁰ Que es como la doctrina ha entendido el artículo 2330. DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 90. Contrario a esto Barros que lo entiende como una carga de la víctima a la que se le pueden imputar daños que se producen antes, durante o después de ocurrido el accidente. BARROS, E., *op. cit.*, p. 430. Así también Gatica que ve el problema de la mitigación de daños como un problema de compensación de culpas o causa. GATICA, S., *op. cit.*, pp. 189 y 190.

¹¹¹ DIEZ-PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A., *op. cit.*, p. 382.

¹¹² SOLER, A. *op. cit.*, p. 9.

¹¹³ DIEZ-PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A., *op. cit.*, p. 70.

que incurre la víctima al mitigar el daño deben ser reparados por el deudor, con la finalidad de mantener el derecho a una reparación integral para la víctima, y como al tomar medidas hace un sacrificio en favor del deudor, este último debe reparar eso por medio de una indemnización.

Para que se dé la primera hipótesis, es necesario que efectivamente exista una completa conexión causal entre el daño que buscamos mitigar y el incumplimiento del deudor, pero es a partir de una exigencia de la buena fe contractual, que el acreedor que demanda se ve en la necesidad de realizar esfuerzos para reducir los daños y que da lugar a una disminución del monto indemnizable según los daños que pudiendo haber evitado, no lo hizo. Es por esto que, según Soler, aquí estamos ante una carga (*obliegenheit*) ya que ante su incumplimiento, no es posible exigir su cumplimiento por parte del deudor; ésta lleva aparejada una sanción diferente, en este caso, la reducción del monto de la indemnización¹¹⁴. Pero se limita solo a medidas que eran exigibles para el acreedor, así como vimos que en la Convención de Viena solo podían exigirse medidas razonables.

Esta limitación afecta por un lado en un sentido positivo al acreedor ya que no es necesario que tome medidas que no le pueden ser exigibles, es decir que no sean razonables o como decía el *Restatement Second of Contracts*, que conlleven un riesgo, carga o humillación que no pueda ser exigible, ponemos entonces un límite fundado en la buena fe. También lo afecta en un sentido negativo ya que no puede exigir al deudor que le indemnice medidas que tomó, pero que se salieron

¹¹⁴ SOLER, A., *op. cit.*, p. 10.

del ámbito de las medidas razonables, por ejemplo cuando las medidas significaron un carga mucho mayor o igual al daño que se pretendía evitar, especialmente si existían alternativas mucho mejores, utilizando por tanto, como instrumento para medir la razonabilidad de la medida, el coste de esta¹¹⁵; nuevamente es la buena fe la que limita el actuar del acreedor y lo guía a tomar medidas razonables.

Finalmente, el principio de mitigación de daños del acreedor es regulado también en los Principios Unidroit. Estos principios son una recopilación orgánica de la *Lex Mercatoria*, y de acuerdo a Galgano, se trata de una parte general sobre las obligaciones y los contratos. Se compone tanto por reglas que han sido originadas a partir de la generalización de principios de algunos sistemas estatales, de conformidad a los usos del comercio internacional, y de otras reglas que son originales, sin derivar de sistemas nacionales, pero que también han sido adoptadas dentro de los usos en el comercio internacional¹¹⁶. La norma que nos interesa para nuestro estudio es el artículo 7.4.8 sobre atenuación del daño que establece: “(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento de reducir el daño”¹¹⁷. En su estructura no difiere de lo ya dicho sobre los Principios del

¹¹⁵ SOLER, A., *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁶ GALGANO, F. 2005. *La Globalización en el Espejo del Derecho*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. pp. 72 y ss.

¹¹⁷ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. 2004 Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.[en línea]

Derecho Europeo de los Contratos, aunque hay que resaltar que los Principios Unidroit, a diferencia de lo que ocurre con los Principios Europeos fueron desarrollados como una herramienta de unificación mundial, y sirven como modelo de normas que las partes pueden tomar al celebrar contratos en cualquier lugar. Presentan la ventaja de tener reglas familiares para contratantes de diversas regiones del mundo, facilitando el intercambio internacional y siendo un instrumento de difusión importante para el principio en estudio.

Es así como a partir de un breve estudio de derecho comparado podemos descubrir que hoy existe una tendencia a reconocer un deber general de mitigar el daño tanto en los sistemas del *Common Law* como en los sistemas de derecho continental, ya sea que esté consagrado legalmente, o que sin estarlo en forma expresa en la ley, sea reconocido por la jurisprudencia y la doctrina. Lo importante es que la aplicación de la regla sea consecuente con los fines establecidos por la ley para la indemnización de perjuicios y que lo sea además con el resto del sistema. De la última parte del análisis, podemos encontrar ejemplos de sistemas parecidos al chileno en que se ha reconocido la regla, pero esto no es suficiente para fundamentar la idea de que tal institución es aplicable en Chile. La tarea a continuación es ver cómo podemos insertar el deber de mitigar el daño en Chile de manera que se adecúe al sistema de reglas y principios que ordenan nuestro régimen responsabilidad contractual y específicamente la indemnización de perjuicios.

< <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf> >
[consulta: 05 febrero de 2013].

CAPÍTULO IV. NATURALEZA DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO CHILENO.

4.1 Breve referencia a la Convención de Viena y contexto chileno.

El sistema de remedios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena descansa sobre una especial construcción del contrato, nueva y distinta de la existente en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Contratantes¹¹⁸.

De ello resulta un ensanchamiento de la obligación; pues el contrato se entiende como una institución jurídica que, además de asignar eficientemente los recursos existentes en la sociedad y dar seguridad de que la palabra empeñada se cumplirá, representa para el acreedor una garantía de satisfacción de su interés contractual.

En este sistema de remedios, el deudor no se obliga a determinados deberes de conducta individualizados ex ante, sino que a la ejecución de toda aquella actividad que sea razonable esperar de él de acuerdo al caso concreto para lograr la satisfacción del interés del acreedor. Es por esta razón que algunos autores señalan que dicho cuerpo normativo regula una responsabilidad por daños objetiva, de carácter casi absoluta, caracterizada porque actúa y se desenvuelve

¹¹⁸ VIDAL, A. 2006. *op. cit.*, p. 27.

al margen de la culpa y porque prevé escasas posibilidades de exoneración. Se habla de una responsabilidad estricta¹¹⁹.

Cualquier desviación del programa inicial, que implique una discordancia entre lo prometido y debido por el deudor y lo efectivamente ejecutado, se considerará como incumplimiento. De esto se desprende que el incumplimiento obedece a un hecho objetivo¹²⁰, tal como fuese definido en los PECL: incumplimiento significa cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato”¹²¹.

A primera vista, el sistema de remedios de la Convención de Viena tiene como objetivo primordial la satisfacción del interés del acreedor y, es por este motivo, que articula un sistema unitario¹²² de responsabilidad y ejercicio de remedios contractuales, sistema que se asemeja en gran magnitud a uno objetivo de responsabilidad. Esto último es una ventaja innegable para la víctima del incumplimiento, quien se ve liberada de probar el elemento subjetivo que

¹¹⁹ VIDAL, A. 2006. *op. cit.*, p. 28. La sola disconformidad entre lo pactado expresa o tácitamente entre las partes genera la posibilidad al acreedor diligente de elegir entre el abanico de remedios que otorga la Convención de Viena (salvo indemnización de perjuicios, que siempre requiere la concurrencia de culpa) Es por ello que los vicios redhibitorios no se regulan de manera autónoma, como ocurre en nuestra legislación, pues queda “absorbido” dentro del sistema general de incumplimiento.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹²¹ Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 1.301 (4) “SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS” [en línea] < <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> > [consulta: 05 febrero de 2013].

¹²² Unitario en el sentido que el presupuesto básico para el ejercicio de los remedios reconocidos en dicho cuerpo normativo es el incumplimiento, y cuyo concepto es uno e igual para cualquier remedio que el acreedor, frente a un incumplimiento contractual, quisiera ejercer.

tradicionalmente se exige como presupuesto básico de responsabilidad contractual¹²³ y extracontractual en los países de tradición jurídica continental.

Sin embargo, si se analiza de manera más acuciosa, nos daremos cuenta que el sistema de la Convención no tiene como finalidad única y exclusiva la satisfacción del acreedor lesionado en su interés, sino que más bien busca la construcción de un sistema de remedios equilibrado que proteja, igualmente, a quien ha sido el causante del incumplimiento contractual. Esta situación se evidencia en principios tales como la gestión razonable de los remedios por parte del acreedor afectado, o en el derecho que tiene el deudor de subsanar el incumplimiento -Artículo 48 de la Convención- (esto sin perjuicio de la indemnización de perjuicios correspondientes) , y en ciertas cargas impuestas al acreedor afectado por el incumplimiento, como lo es el deber de mitigar el daño.

A diferencia de lo que ocurre con los países del *Common Law*¹²⁴; la tradición jurídica continental, dentro de la cual se encuentra la nuestra, no ha prestado mayor atención al deber de mitigar el daño y, salvo excepciones, dentro de estos países tiende a no existir una norma de carácter general expresa adscribiendo a

¹²³ Esto sin perjuicio de que dicho elemento se “presuma”, de acuerdo a lo señalado por el 1547 del Código Civil Chileno.

¹²⁴ En efecto, el deber de mitigar el daño es una de las piedras angulares del Derecho de los contratos del Common Law, encontrándose reconocido desde antaño por la jurisprudencia y por diversos cuerpos normativos. En los Estados Unidos de América, este principio ha sido recogido en los Párrafos (1) y (2) del Restatement (Second) on contracts (“Restatement Second”) y en los Párrafos 2-703-708 y 2-711-713-715 del Uniform Commercial Code (“UCC”).

dicho deber o negándolo. Solo se reconocen casos específicos en los cuales es procedente el deber de mitigar el daño por existir norma legal expresa¹²⁵.

El deber de mitigar el daño no se encuentra en el derecho positivo chileno; al menos no de manera expresa y una de las principales razones de este fenómeno, de acuerdo a Gandarillas, puede ser la peculiar concepción que ambos sistemas tienen acerca de los contratos y su función. En el *Common Law*, históricamente existe un elemento primariamente económico que atraviesa todo el derecho de los contratos: se pone énfasis en la correcta y eficiente asignación de recursos. Por su parte, los sistemas adscritos al Derecho Continental han recogido una visión “moralista” respecto de las obligaciones y el contrato en general, donde conviven conceptos tales como la asignación de recursos y el peso de la palabra empeñada¹²⁶.

De esta manera, el principio de *Pacta Sunt Servanda* no dejaría mucho espacio disponible para la construcción del deber de mitigación dentro de nuestra legislación, ya que para su componente moral sería intolerable la posibilidad de imponer a la víctima del incumplimiento deberes para mitigar el daño de quien a su vez incumple sus obligaciones contractuales.

La doctrina y jurisprudencia chilenas no han prestado mayor atención a la posibilidad de que el acreedor de una prestación insatisfecha mitigue el daño

¹²⁵ Caso chileno; Código de Comercio en sus artículos 556 N° 4, respecto a contratos de seguro; artículo 1180, respecto del contrato marítimo; Decreto Ley 2222 (1978), en su artículo 145 y Ley de Navegación en su artículo 146.

¹²⁶ GANDARILLAS, C., *op. cit.*, pp. 437 y 438.

ocasionado por el incumplimiento del deudor. Pero cuando escasamente la doctrina lo ha hecho se ha limitado a señalar que se trataría de un problema de “culpa de la víctima”¹²⁷, consagrado en nuestro sistema legal en el artículo 2330 del Código Civil.

Sin embargo, el problema que presenta esta teoría radica en el momento en el cual interviene la mencionada institución: antes o conjuntamente con el daño. En palabras de Domínguez, la mitigación del daño no interviene en la causalidad inicial del daño, sino que más bien interviene en el daño final rompiendo la relación de causalidad que debe existir entre el hecho ilícito del demandado y el daño¹²⁸, lo que analizaremos más adelante.

En nuestro sistema jurídico podemos discutir la procedencia de esta institución a partir de, principalmente, dos interpretaciones que serán analizadas a continuación.

4.2 Teoría de la Culpa de la Víctima. Artículo 2330 del Código Civil chileno.

El artículo 2330 del Código Civil chileno señala que “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Por regla general, en la producción del daño concurre no solo el hecho del autor del mismo, sino que de forma simultánea, el hecho de la víctima. Así, por ejemplo,

¹²⁷ ALESSANDRI, A. 1943. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Universitaria. Citado por DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 84.

¹²⁸ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 91.

el peatón que es atropellado por un conductor imprudente, que previamente había cruzado la calle; o el consumidor que se intoxica comiendo un producto defectuoso que previamente lo había comprado.

Usualmente, existe una participación activa en la materialización del accidente por parte de la víctima¹²⁹.

Esta situación es irrelevante para efectos de la responsabilidad; aunque haya sido causalmente relevante; y se distingue claramente de la concurrencia de la negligencia de la víctima; que sí influye causalmente en su determinación y no es irrelevante al momento de determinar la responsabilidad del agente del daño. Ello, porque no puede establecerse un estándar de conducta más exigente para terceros respecto de nuestros intereses, que aquel que determina nuestro propio deber de diligencia para con nuestros intereses particulares. En este sentido, el concepto de culpa de la víctima implica que tenemos un deber jurídico de evitar daño a nosotros mismos¹³⁰, de la misma manera en que los terceros no deben dañarnos. Es por ello que Barros señala que la justificación del instituto de la culpa de la víctima debe encontrarse en principio de igualdad que rige las relaciones de derecho privado, pues no sería justo que el tercero esté sometido a una regla de conducta más estricta que la máxima de cuidado adoptada por la propia víctima respecto de sí misma¹³¹.

¹²⁹ BARROS, E., *op. cit.*, p. 427.

¹³⁰ BARROS, E., *op. cit.*, p. 428.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 429.

¿Cuál es el verdadero cimiento sobre el cual se construye esta carga de la víctima a no dañarse a sí misma? ¿Por qué el autor del daño ve limitada su responsabilidad cuando concurre este supuesto? Pareciera que la respuesta se encuentra vinculada al concepto de “causalidad” Es por ello que, a nuestro entender, sería irrelevante que la víctima se trate de un incapaz, ya que lo esencial en este supuesto es la existencia de una intervención causal, condición existente aún cuando la víctima revista ese carácter.

Tal como señala Corral, en el caso de que concurra la culpa de la víctima no hay propiamente una exención de responsabilidad del autor fundada en la responsabilidad de la víctima, por lo que no es necesario acreditar que exista responsabilidad civil por parte de ésta con todos sus elementos. Se trata más bien de una conducta de la víctima por la que se interviene el suceder causal que da como resultado el daño¹³².

El Código Civil chileno, en el artículo 2330, recoge una norma que tiene por finalidad atenuar la responsabilidad en el caso de la concurrencia de culpa de la víctima dentro del régimen de responsabilidad extracontractual; atenuación que puede incluso llegar a transformarse en exclusión de toda indemnización de perjuicios cuando el daño ocasionado encuentra como último fundamento la sola negligencia de la víctima. Es así como de esta manera, la sola intervención de la imprudencia de la víctima no conlleva la suspensión de la relación de causalidad

¹³² CORRAL, H. 2003. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 423.

entre el hecho del agente y el daño¹³³. Lo que sólo ocurrirá cuando el actuar de la víctima sea lo suficientemente relevante para cambiar el curso normal de los acontecimientos, es decir, cuando tenga algún nexo de causalidad con el daño producido¹³⁴.

¿Cuál es el punto de contacto entre la culpa de la víctima y el deber de mitigar el daño? ¿Puede catalogarse la omisión de la carga de mitigar el daño por parte del acreedor como un caso en el que concurre la culpa de éste en la generación de perjuicios? Pareciera ser el interés legítimo del tercero (o contratante que ha incumplido el contrato) de no verse injustamente expuesto a indemnizar un *daño evitable*; que por definición (al fallar el elemento causalidad entre el hecho ilícito incumplimiento y el daño) no es resarcible.

A la víctima no se le exige una especial colaboración, sino lo que razonablemente se puede esperar de una persona que en forma prudente se preocupa de su propia seguridad¹³⁵. En ambas instituciones la lógica es la misma, al igual que su consecuencia (reducción o eventual privación del derecho a ser indemnizados por el daño que han sufrido).

Alessandri Rodríguez señala que la culpa de la víctima puede ser de acción u omisión, ya que el artículo 2330 no distingue¹³⁶. Serían ejemplos de esta institución entonces el dueño de un edificio incendiado por culpa o dolo de un

¹³³ *Ibid.*, p. 201.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 201.

¹³⁵ BARROS, E., *op. cit.*, p. 431.

¹³⁶ ALESSANDRI, A., *op. cit.*, p. 413.

tercero que nada hace por impedir el desarrollo del fuego, siéndole posible hacerlo; o el herido que no se cuida ni se somete al tratamiento o a las operaciones que su estado requiere, no siendo peligrosas ni de resultados inciertos.

Pese a lo expuesto esta figura no puede confundirse con la mitigación del daño, y ello básicamente porque en el caso de la culpa de la víctima, estamos frente a un caso de concurrencia de culpas: dos culpas diferentes (agente del daño y víctima) desencadenan un mismo daño; en cambio, en el caso en que el vendedor incumple y el comprador resuelve el contrato no celebrando una compraventa de reemplazo con un tercero, la negligencia de ambas partes desencadenan daños diversos.

Alessandri¹³⁷ señala que para hacer aplicable este artículo a un caso determinado basta que la víctima se haya expuesto imprudentemente al daño, en cualquiera forma. Pero para que así ocurra es menester que el daño tenga por causa la culpa de ambas partes. Si solo tiene la de la víctima, el artículo 2330 no es aplicable: aquél será íntegramente soportado por ella. La culpa exclusiva de la víctima es una causal eximente de la responsabilidad. A la inversa, si sólo tiene por causa la del agente, éste deberá la reparación total.

El artículo 2330 es igualmente inaplicable si cada culpa ha producido un daño distinto. En tal caso el autor del daño sólo responderá del que haya causado; el

¹³⁷ ALESSANDRI, A., *op. cit.*, p. 415.

restante lo soportará la víctima. Este artículo supone pluralidad de culpas y unidad de daño, es decir, que éste provenga en parte de la culpa del agente y en parte de la de la víctima, lo que aquí no sucedería¹³⁸.

La omisión del acreedor genera daños que tienen como causa directa e inmediata su conducta omisiva, pues bajo el supuesto de haberse encontrado en un mercado altamente competitivo en donde le era posible celebrar una operación de reemplazo en similares condiciones, por su desidia y pasividad simplemente no lo hizo.

El deber de mitigar el daño no puede tratarse de un caso de concurrencia de culpas porque en esta segunda hipótesis se requiere que tanto la conducta del acreedor y deudor desencadenen un solo hecho: el incumplimiento. En el caso del deber de mitigar el daño, la conducta del acreedor que incumple esta carga *presupone* que ha existido incumplimiento de su contraparte.

Ambos agentes, en síntesis, desencadenan daños distintos, y es por esta razón, que la carga de mitigar el daño es una institución que tiene incidencia en las posteriores consecuencias del daño que previamente se ha ocasionado por culpa del deudor; es así, que si pensamos en el daño mitigable, no podemos hacer menos de ver que se trata de un daño que ya se ha verificado, pero sus consecuencias se retrotraen en el tiempo. Es decir, la mitigación del daño dice directa relación con las repercusiones que él tendrá en el patrimonio o en la

¹³⁸ ALESSANDRI, A., *op. cit.*, p. 415.

persona del perjudicado, por consiguiente, desde este punto de vista, se trata de ulteriores consecuencias perniciosas que pueden ser evitadas¹³⁹.

En este sentido puede sostenerse que el deber de mitigar el daño es un criterio limitativo de los daños por los que efectivamente debe responder el deudor y que entra en juego cuando ya no puede atribuirse el daño a un nuevo curso causal introducido por el acreedor, por otro sujeto o por un hecho de la naturaleza; es decir, una vez resuelta la causalidad en su primera función¹⁴⁰ (an respondeatur); adquiriendo relevancia en la fase del quantum respondeatur.

Estamos frente a dos instituciones diversas, cuyas características son inconfundibles. En relación a ello, Soler Presas sostiene que se trata de figuras afines en cuanto a sus efectos; pero que difieren en su estructura: el deber de mitigar entra en juego una vez que se ha resuelto la cuestión de la imputación objetiva del daño al incumplimiento, esto es, cuando ya no hay duda alguna de que el incumplimiento es causa de todo el daño, sin que pueda atribuirse su ulterior propagación a un nuevo curso causal introducido por el acreedor. Así caracterizado, claramente se deduce que su invocación no resolverá el problema de la intervención del perjudicado en la producción del daño, desde el momento en que su aplicación presupone la imputación íntegra del mismo al deudor incumplidor. Los posibles casos de concurrencia causal en la producción del daño deben, pues, solucionarse mediante la aplicación-objetiva- de los criterios de

¹³⁹ SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 337.

¹⁴⁰ FUENTES, R. 2005. *Op. cit.*, pp. 223 a 248.

causalidad jurídica, estando llamado el deber que ahora nos ocupa a responder a un interrogante distinto, como es si debe responder el deudor por una pérdida que, siéndole imputable hubiera podido ser razonablemente evitada por el acreedor del resarcimiento¹⁴¹.

Gatica no distingue claramente ambas instancias del comportamiento que causan daño (previo y posterior a él), y las agrupa bajo el término “conculpabilidad”; señalando que dicho concepto puede incidir tanto en el nacimiento del perjuicio como en sus consecuencias. Es coetánea con el origen del daño cuando el propio acreedor ha contribuido a producirlo, ya sea porque ha omitido hacer presente al deudor el riesgo de un daño extraordinariamente elevado, ya sea porque se abstuvo de anular las consecuencias perjudiciales del incumplimiento, pudiendo hacerlo.

La conculpabilidad puede también manifestarse en el agravamiento del daño ya producido, cuando el acreedor omite las precauciones que las circunstancias aconsejan para aminorar el daño¹⁴².

Además del argumento anterior, se suma el hecho de que no podemos hablar de “comportamiento culpable” por parte del acreedor que no mitiga los daños; ello debido al concepto mismo de culpa, que por esencia es el elemento subjetivo de la transgresión jurídica, y la ley, en parte alguna, ha impuesto el deber de precaverse

¹⁴¹ SOLER, A. 1998. La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa. Pamplona, Editorial Aranzadi, pp. 63 y ss. Citado por LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 215.

¹⁴² GATICA, S., *op. cit.*, pp. 189 y 190.

de los daños que uno mismo se causare¹⁴³. En este sentido San Martín señala que, por tanto, así como no hay causalidad de la omisión sin deber de actuar, tampoco hay culpa sin deber jurídico de comportarse diversamente, constituyendo esta premisa uno de los principios básicos del derecho de daños. En consecuencia, la doctrina es categórica a la hora de afirmar que no hay culpa hacia sí mismo, pues no hay ningún deber jurídico de comportarse diligentemente en la gestión de los propios asuntos, de ahí que la culpa se refiera necesariamente a la lesión de un interés ajeno, lo que conocemos como principio de alteridad o ajeneidad¹⁴⁴.

Se ha señalado por la doctrina, que el caso más típico en el que concurre la culpa del acreedor en materia contractual es la mora del acreedor que se configura por la negativa no justificada del acreedor a recibir la prestación a la que el deudor está dispuesto. La mora del acreedor puede eximir o al menos moderar la indemnización de perjuicios debida por el deudor¹⁴⁵.

Por último, entre nosotros, ha existido un intenso debate en cuanto a la aplicación del artículo 2330, ubicado entre las reglas de Responsabilidad Extracontractual, a los casos de responsabilidad contractual¹⁴⁶; entendiéndose

¹⁴³ *Ibíd.*, pág. 189.

¹⁴⁴ SAN MARTÍN, L., *op. cit.* p. 295

¹⁴⁵ CARRASCO, A. 1989. en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*. Madrid. Edersa, t XI, vol. I, art. 1107, p. 710; citado por CORRAL, H. 2008. *Causalidad y Previsibilidad en la Responsabilidad Contractual*. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes N° 15, p. 150.

¹⁴⁶ RODRIGUEZ, P. 2003. *Responsabilidad Contractual*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, p. 281.

generalmente que dicho precepto legal es inaplicable a casos de responsabilidad contractual.

4.3 Teoría de la Causalidad. Referencia al artículo 1558 del Código Civil chileno.

Tradicionalmente se ha señalado que el análisis de la causa como uno de los elementos de la responsabilidad ha sido escasamente desarrollado por nuestra jurisprudencia; la cual se ha caracterizado por un examen fáctico y simplista de dicho supuesto. Así, Baraona señala que lo cierto es que el análisis que se desprende de los fallos en estas materias (causalidad) es generalmente poco profundo y muy elemental¹⁴⁷.

Se ha tratado de explicar que la razón que explica la falta de desarrollo doctrinal en materias civiles y la falta de sustancia dogmática que exhiben algunos fallos podemos encontrarla en la raíz subjetivista que informa el sistema de responsabilidad del Código Civil. Nuestros tribunales han trasladado los problemas que presenta la relación de causalidad al análisis de la culpabilidad, dado que para la doctrina tradicional en la raíz de la cuestión causal se encuentra el comportamiento culpable o doloso del demandado y esto hace que el estricto asunto de la causalidad pierda relevancia¹⁴⁸

¹⁴⁷ BARAONA, J. 2008. La Causa del Daño en la Jurisprudencia Reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual) Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de Los Andes, N° 15, p. 61. También Cfr. CORRAL, H. 2008, *op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁸ BARAONA, J., *op. cit.*, p. 62.

En este sentido, San Martín señala que en el panorama internacional dos posiciones discuten sobre la colocación sistemática del deber de evitar el daño. Una primera postura, que corresponde a la tesis tradicional, sostiene que se trata de un problema de causalidad. Para entender esta tesis, en primer lugar, debemos recordar que, conforme a la interpretación tradicional, la causalidad cumple dos funciones: la primera, dirigida a determinar el *an debeat*, establece una conexión causal entre el hecho del agente y el daño que se lamenta. La segunda, referida al *quantum respondeatur* determina cuáles daños, de los efectivamente soportados por el demandante, deben ser soportados por el demandado, en otras palabras, fija la extensión del resarcimiento¹⁴⁹.

¿Cuáles son los daños que debe efectivamente soportar el agente que incumple un contrato? ¿En base a cuáles criterios logramos su delimitación? Se ha indicado que los criterios delimitadores del daño difieren dependiendo de si estamos frente a un deudor cuyo incumplimiento es meramente negligente o doloso. En la primera hipótesis, los criterios son la previsibilidad del daño al tiempo de celebrar el contrato, como asimismo que éstos sean directos (“próximos” y no “remotos”). En el segundo caso, solo bastaría con este último criterio, ya que el deudor debe responder tanto de los perjuicios previstos como imprevistos al tiempo del contrato.

¹⁴⁹ SAN MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 265.

De esta manera, los límites a la indemnización son dos y su aplicación depende del grado de reprochabilidad del deudor. Si actuó con dolo, se indemnizan todos los daños cuya causa directa e inmediata sea el incumplimiento. Si actuó sin dolo, solo se indemnizan los daños directos que hayan sido previstos o que se hayan podido prever. El primer límite es de causalidad, segundo es de previsibilidad “al tiempo del contrato”¹⁵⁰.

Lo señalado se consagra de manera expresa en el artículo 1558 del Código Civil chileno, al reproducir que si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento¹⁵¹; regla que une en un solo precepto los dos artículos 1150 y 1151 del Code Civil francés.

En base a ello, la causa de la indemnización de perjuicios a la que el deudor es obligado es el incumplimiento del contrato. Por ende, si el daño no es considerado efecto del incumplimiento no habrá responsabilidad contractual. De esta manera, la causa del daño en la responsabilidad contractual adquiere la connotación de típica¹⁵² puesto que el incumplimiento es la causa directa o necesaria de los daños

¹⁵⁰ CORRAL, H. 2008, *op. cit.*, pp. 115 a 179.

¹⁵¹ Norma que contempla lo que parte de la doctrina ha denominado “consecuencias dañosas” en contraposición al “daño inicial”, siendo este último la merma patrimonial que sufre el acreedor por la falta del valor de la prestación incumplida. Los primeros, en cambio, son los efectos del incumplimiento en el análisis naturalístico del suceder causal. Véase en CORRAL, H. 2008, *op. cit.*, p. 142.

¹⁵² *Ibid.*, p. 130.

que se ocasionan al acreedor, daños que a su vez-en el caso del deudor negligente- deben haber sido previstos al tiempo del contrato.

Todo daño que sea consecuencia mediata o remota del incumplimiento (entendiendo por ello aquellos perjuicios que no encuentran fundamento próximo en él, sino en otras causas externas, como por ejemplo la actitud u omisión culpable del acreedor) no pueden ser indemnizados por el deudor, toda vez que el nexo causal, esto es el elemento que vincula el daño con el incumplimiento, es interrumpido. En estos casos es cuando se vislumbra la función discriminadora que tiene la causalidad entre los varios perjuicios sobrevinientes por o después del incumplimiento buscando cuáles de ellos debe ser puesto de cargo del deudor. Se trata de una valoración normativa que supera la mera causalidad fáctica o naturalística de los acontecimientos¹⁵³.

En lo que concierne al acreedor víctima del incumplimiento que se abstiene de tomar medidas razonables para evitar o aminorar el daño causado por el incumplimiento, generando con esta acción u omisión perjuicios, nos encontramos frente a un supuesto de daño que no deriva de manera *inmediata* del incumplimiento¹⁵⁴, pues entre el incumplimiento y el daño se inmiscuye un factor

¹⁵³ CORRAL, H. 2008, *op. cit.*, p. 130.

¹⁵⁴ Entendiendo "Inmediato" como distinto de "directo". Que el daño sea inmediato quiere decir que la consecuencia se sigue a continuación del incumplimiento, sin que exista algún hecho que se agregue entre el ilícito y el daño (como es el actuar u omisión negligente del acreedor víctima del incumplimiento). Que sea, en cambio, indirecto quiere decir que, si bien los perjuicios pueden ser empíricamente efectos del incumplimiento en cuanto integran la serie o cadena causal, resultan, en una valoración normativa, demasiado lejanos o remotos. Es decir, la causa- incumplimiento- puede explicar el surgimiento del daño porque en cierto modo el incumplimiento estaba llamado a producir ese daño. Véase CORRAL, H. 2008, *op. cit.*, p. 144

externo, cual es la acción u omisión del acreedor que agrava el perjuicio ya existente como consecuencia del incumplimiento contractual.

El daño generado por la no observancia de la carga de mitigar es *mediato* al incumplimiento, pues opera a distancia del mismo, aunque conectado causalmente con él de modo empírico¹⁵⁵.

En este sentido, siguiendo a Vidal, sostenemos que si bien el incumplimiento sigue siendo la fuente directa de los daños (sin él no se generan los daños que deben ser mitigados), éste deja de ser una fuente estrictamente inmediata; toda vez que el nexo causal se ve interrumpido por un hecho ajeno al comportamiento del deudor, y cuál es la pasividad del acreedor frente a un suceso que pudo haberse evitado por este último, ya que es él quien en mejor posición se encontraba para hacerlo¹⁵⁶.

Sin embargo, no toda la doctrina ve a la causalidad como una posible explicación a la carga de mitigar el daño. Algunos autores, incluso, ven el riesgo de la aplicación del “todo” o “nada”; lo cual se traduce en la consecuencia de rechazar toda indemnización u otorgarla por el total¹⁵⁷. En este sentido debe partirse por estimar que el deber de mitigar el daño no es una cuestión

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 144.

¹⁵⁶ La “mejor” posición en la que se encuentra una de las partes para tomar medidas que conlleven a la óptima realización de las prestaciones que se deben entre sí, ha sido el fundamento de ciertas conductas de información impuestas al acreedor en la Convención de Viena, tal como la de cumplimiento disconforme en la entrega de mercaderías- más aún considerando que el sistema jurídico, tanto de la CV como nuestro ordenamiento jurídico civil interno, presumen que las partes actúan de buena fe.

¹⁵⁷ FUENTES, R. 2005, pp. 223 a 248.

propriadamente causal, sino que ella entra a operar cuando ya no se puede atribuir un nuevo nexo causal; y en base a este deber corresponderá al juez, en su caso, reducir la indemnización, considerando las mayores o menores posibilidades de éxito en la evitación del daño y los costos que el actuar diligente le irrogarían al actor (como lo indica Pothier en el caso de la falta de cultivo por contagio de las vacas)¹⁵⁸.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 223 a 248.

CAPÍTULO V. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN CHILE. RECEPCIÓN POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

5.1 Introducción

En este capítulo analizaremos cuales son las reglas especiales que se refieren al deber de mitigar el daño en el Derecho Chileno. Lo que se vaya explicando sobre cada una de estas reglas será solo aplicable a la situación particular que se analiza, pero recogeremos elementos de estos sistemas para construir una regla general de mitigación para nuestro Derecho Civil, tarea de la que se encargara el capítulo siguiente.

5.2 Derecho de Seguros.

Uno de los primeros casos que examinaremos y que se relaciona con la idea de no resarcir daños evitables y con la mitigación de daños en nuestro Derecho positivo lo encontramos en una norma especial en materia de seguros; el Código de Comercio en su artículo 556 N° 4 señala que dentro de las obligaciones del asegurado, está la de “tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos”.

La doctrina nacional denomina esto como obligación de salvamento¹⁵⁹ y se ha señalado que esta norma es una expresión del deber de mitigar el daño debido a que obliga al asegurado a reducir las pérdidas del siniestro con el objetivo de los daños que el asegurador debe reparar sean menores¹⁶⁰. Es evidente que se aplican las reglas generales de la mitigación de daños ya vistas, porque incluso el mismo artículo en su inciso final establece la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado por los gastos en que este incurre al tomar las medidas que expresan los números 3 y 4, siendo esto último, precisamente una de las consecuencias típicas a las que da lugar el deber de mitigar el daño. Al respecto hay doctrina que señala que la naturaleza del deber establecido en esta norma es de una obligación, pero sabemos que tal denominación ha sido criticada por la doctrina¹⁶¹.

Según la doctrina, el fundamento de esta obligación está en el principio de la buena fe ya que se estima contrario a ésta el permanecer indiferente ante un hecho sin aminorar sus consecuencias negativas, e impone el deber de actuar como si no existiera el seguro. De otra manera, se estaría agravando la pérdida y aumentando el monto de indemnización, y en consecuencia, enriqueciéndose a costa del seguro cuya finalidad es más bien servir como medio de reparación de los siniestros asegurados¹⁶².

¹⁵⁹ ACHURRA, J. 2005. Derecho de Seguros. Tomo 3. Santiago, Chile. Universidad de los Andes. p. 53.

¹⁶⁰ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, pp. 82 y 83.

¹⁶¹ Como ocurre con López. LOPEZ, J., *op. cit.*, pp. 206 y ss.

¹⁶² ACHURRA, J., *op. cit.*, p. 53.

Es importante distinguir este deber general de los contratos de seguro de la culpa específica de la víctima que trata el artículo 2330 del Código Civil y que denominamos como concurrencia de la culpa de la víctima; esta última se refiere al momento del nacimiento de la responsabilidad civil, y en cambio la segunda se refiere a las medidas posteriores que se pueden tomar para evitar que se agraven o para disminuir los daños ya causados¹⁶³.

En el Código de Comercio se regula además el seguro marítimo. La regla analizada es aplicable a éste en virtud del artículo 1158; luego se entiende incorporado a él todo lo antes dicho. Además, el artículo 1180 contiene una norma que se vincula indirectamente a la mitigación de daños, ya que se refiere a la obligación del asegurador de reparar los daños y otros eventos que cubre la póliza, y en su segundo numeral se refiere a que debe reparar los gastos en que incurrió el asegurado para disminuir las pérdidas. Que vendría a ser una manifestación de otra de las características del deber de mitigar el daño, que como veremos, da lugar a un derecho a reparación por los gastos incurridos por la adopción de la medida.

La existencia de estas normas es, según Domínguez, insuficiente como para afirmar un deber general, debido a que son normas especiales que existen debido a las particularidades del seguro y que existen en la mayoría de los derechos extranjeros, tanto en sistemas que reconocen la mitigación en forma general como en sistemas en que no se le reconoce como principio general de la reparación de

¹⁶³ ACHURRA, J. 2005. Derecho de Seguros. Tomo 2. Santiago. Universidad de los Andes. p. 127.

daños¹⁶⁴. Aunque no por eso deja de ser importante, especialmente si consideramos que existen sistemas, como el Belga donde se reconoce una aplicación general al deber de mitigar el daño solo en base a normas como la que examinamos¹⁶⁵. Es así que en el derecho belga por parte de la doctrina y la jurisprudencia existe un amplio reconocimiento a esta regla, la que se debe a la influencia que ha ejercido una norma en materia de seguros como la nuestra¹⁶⁶.

5.3 Decreto Ley 2.222 de 1978 que reemplaza Ley de Navegación.

Vinculada a lo anterior es la norma del Art. 145 del Decreto Ley 2222 de 1978 dentro del párrafo que se refiere a la responsabilidad civil por daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas. En esta materia se da un beneficio al que causa el daño consistente en una limitación en el monto en que es responsable si constituye un fondo ante el tribunal competente para conocer de esa materia ascendente a la suma en que se pretende limitar la responsabilidad de acuerdo a los montos y en la forma señalada en el artículo 145 del decreto ley 2222. Lo relevante para nuestro tema en estudio es que dentro de los beneficios que se otorgan se contempla uno que consiste en que si el responsable del derrame toma medidas razonables para disminuir el monto del daño, éste puede obtener una indemnización por los gastos incurridos por la

¹⁶⁴ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 84; LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 217.

¹⁶⁵ En Bélgica, tampoco existe una regla general expresa, ahí la doctrina y la jurisprudencia se han influenciado por las normas existentes en materia de seguros para defender la aplicación general del deber de mitigar daños TRONCOSO, M. I., *op. cit.*, p. 364.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 364.

adopción de tales medidas, la que se cobra a prorrata con los demás acreedores del fondo¹⁶⁷.

La norma en examen simplemente adopta una de las dimensiones de la regla en estudio ya que se refiere a la mitigación de daños evitables, en este caso por parte del deudor. Claramente esta norma es insuficiente para respaldar por si sola la existencia de una regla general de mitigación de daños del acreedor, pero si nos permite concluir que existen manifestaciones de que el acreedor busca evitar la ocurrencia de daños innecesarios.

5. 4 Compraventa Internacional de Mercaderías.

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 fue ratificada por Chile el 3 de Octubre de 1990 y es desde entonces Ley de la República. En este tratado encontramos la manifestación más clara y mejor desarrollada de la mitigación de daños en el Derecho Chileno, esto se explica por los orígenes y objetivos de este tratado. La Convención de Viena está dentro de los instrumentos que tienen por objetivo unificar los sistemas de Derecho dentro del marco de la globalización para mejorar las condiciones en que se desarrolla el comercio internacional.

¹⁶⁷ Art. 145 2) El fondo será distribuido entre los acreedores a prorrata del importe de sus respectivas reclamaciones, previamente aceptadas. Pero los gastos o sacrificios razonables en que hubiera incurrido la autoridad para prevenir o minimizar los daños por contaminación, gozarán de preferencia sobre los demás créditos del fondo. Y si los responsables no ejercitaren el derecho a limitar responsabilidad, aquellos gastos o sacrificios razonables gozarán del mismo privilegio que sobre la nave correspondería a sus salvadores. Esta misma regla de prelación beneficiará a los gastos y sacrificios razonables en que incurriere algún tercero en forma espontánea o a requerimiento de la autoridad, para prevenir o minimizar los daños, sean sobre el mar o sus costas adyacentes. Con todo cuando se trate de gastos o sacrificios que beneficiaron a bienes del propio reclamante, ellos no gozarán de la preferencia dispuesta en este inciso.

La norma principal en materia de mitigación de daños es el artículo 77 según el cual: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”¹⁶⁸. Está ubicada dentro de las normas sobre indemnización de perjuicios que son comunes tanto al comprador como al vendedor.

A propósito de la ubicación y efectos de la carga de mitigar daños, Vidal señala que el ámbito de ésta se limita únicamente a la indemnización de daños¹⁶⁹, lo cual es cierto debido a que éste es el único remedio que en principio se ve afectado por el incumplimiento de la carga, produciendo una reducción en el monto que se puede reclamar por esta vía. A pesar de que lo anterior solo es aplicable a la carga contenida expresamente en el artículo 77, es posible sostener la mitigación de daños del acreedor incide en otros remedios.

Existen otras normas que se refieren a la mitigación de daños. Es a partir de este conjunto de normas que se sostiene que la mitigación del daño es un principio especial del sistema de la Convención de Viena¹⁷⁰. A partir de esta regulación podemos advertir que la mitigación de daños afecta indirectamente los

¹⁶⁸ Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías consultada en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

¹⁶⁹ VIDAL, A. 2006. *op. cit.*, p. 156.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 37.

demás remedios en lo que se denomina su función mediata, esto ocurre porque se considera que la adopción de un remedio sobre otro puede ser una medida de mitigación en sí misma, es lo que se denomina gestión razonable de los remedios. Pero volvemos al punto de partida porque a pesar de que afecta a los demás remedios de ésta manera, los efectos prácticos se manifiestan exclusivamente en la indemnización de perjuicios, ya que es esta la que se ve reducida en caso de que el remedio adoptado no sea el adecuado manteniendo o incrementando los daños causados por el incumplimiento. Por tanto, concluimos que el ámbito de la carga de mitigar daños desde una perspectiva estricta es solo en la indemnización de perjuicios, pero que visto de manera amplia, afecta a todos los remedios al ser un factor que debe considerar el acreedor al momento de elegir qué remedio utilizar¹⁷¹.

Se puede justificar la posición que defiende la aplicación general del deber de mitigar el daño a todos los remedios en un sistema que limita la obligación del deudor solo a reparar los daños en caso de incumplimiento como ocurre en el sistema norteamericano, ya que ahí la indemnización de perjuicio (*damages*) es el remedio prioritario y el único con que cuenta el acreedor en la mayoría de los casos, salvo en casos cuando excepcionalmente hay cumplimiento forzado. En un sistema así, es consistente, según Soler, extender la carga de mitigar daños a los remedios más excepcionales como la pretensión de cumplimiento¹⁷² ya que en esos sistemas la carga de mitigar deja de ser una regla especial dentro de un

¹⁷¹ El tema fue objeto de discusión dentro de los trabajos preparatorios de la Convención ya que la delegación estadounidense dentro de dos propuestas presentadas, pretendió extender el ámbito de aplicación de la carga de mitigar daños a los demás remedios disponibles para el acreedor. VIDAL, A., *op. cit.*, pp. 156 y 157.

¹⁷² SOLER, A., *op. cit.*, pp. 14 y 15.

remedio determinado y pasa a ser una regla de aplicación general a los casos de incumplimiento. Esto no ocurre en la Convención, donde rige el principio de la libertad para el acreedor de elegir el remedio que estime que satisface mejor sus intereses y donde las reglas sobre la carga de mitigación se refieren exclusivamente a los efectos de un remedio en particular, como lo es la indemnización de perjuicios.

Existen otras normas relevantes en la Convención de Viena que sirven para complementar la anterior; dentro de estas están los artículos 75 y 76 que se refieren a los casos en que el afectado por el incumplimiento de la otra parte recurre a una operación de reemplazo dentro de un plazo razonable después de haber resuelto el contrato. El artículo 75 permite a la víctima del incumplimiento demandar al deudor por la diferencia entre el monto de la operación original y la de reemplazo. Según esta norma: “Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”. Por lo tanto existe una medida de mitigación que consiste en la celebración de una operación de reemplazo la que permite disminuir el total de la indemnización sustrayendo del total lo que obtuvo por la segunda compraventa.

La doctrina ha recalcado que no sirve cualquier operación para efectos de aplicar este artículo, ya que el mismo señala que debe ser una operación celebrada de manera razonable, esto significa que el afectado debe actuar como un comerciante prudente y cuidadoso lo que implica que el precio pactado en la operación de reemplazo debe ser uno razonable¹⁷³. Si la operación no cumple con lo anterior, no cabe aplicar el artículo 75 sino que el artículo 76, si resulta aplicable al caso concreto, que como veremos resulta menos beneficioso para la víctima en un caso así.

El artículo 76 - 1) va más allá porque supone que existen sectores en que hay precios corrientes para ciertas mercaderías; si es el caso, entonces podrá solicitar solo el monto que corresponda a la diferencia entre el precio estipulado en la operación y el precio de mercado. Dice la norma: “1) Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución”.

¹⁷³ RODRÍGUEZ, M. 2007. El Deber de Mitigar el Daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una breve aproximación al tema. *Revist@ e-mercatoria* volumen 6, número 2. p. 11.

Aplicando esto al caso que dejamos pendiente al tratar el artículo 75 podemos concluir que resulta mucho menos beneficioso si la víctima no celebra una operación de reemplazo de manera razonable porque en ese caso se le aplica esta norma, que vendría a funcionar como un mecanismo de protección para el deudor en caso de que la víctima celebre una operación de reemplazo bajo un precio que no sea considerado razonable. Esto porque el deudor no tendrá que indemnizar la diferencia entre el precio de la operación original y el precio excesivamente bajo de la operación de reemplazo, sino que será entre el precio original y el precio de mercado lo que será mucho más favorable para el deudor. La razón de esto es que la Convención busca promover un actuar diligente y cuidadoso entre los comerciantes. Lo que en definitiva significa promover la buena fe en el comercio internacional que es uno de los objetivos consagrados en el artículo 7 de la Convención.

Otras normas que imponen cargas a la víctima que se refieren a la mitigación de daños son los artículos 85 y 86. El primero se refiere a la conservación de mercaderías cuando el comprador demora su recepción. El segundo a la conservación de las mercaderías en caso de que son recibidas pero no son conforme al contrato, dando además un derecho al reembolso por los gastos incurridos en su mantención. Estas normas también tienen por objetivo imponer cargas a las partes con la finalidad de que no se incrementen los daños como consecuencia de un incumplimiento, evitando así un desperdicio de recursos y

reiterando la idea de que no se pueden reparar los daños que eran evitables por no ser estos una consecuencia directa del incumplimiento.

A partir de lo anterior podemos concluir que la mitigación de daños es un principio que inspira la Convención de Viena donde lo que se busca es que tanto el deudor como el acreedor, se comporten conforme al estándar de la conducta razonable imponiéndoles cargas de conducta para disminuir daños cuyo incumplimiento conlleva una reducción en el monto que puede exigir como indemnización de perjuicios¹⁷⁴. Así lo ha reconocido la doctrina y es uno de los principios a partir de los cuales se ha sostenido que en la Convención de Viena se construye un sistema nuevo y distinto a los existentes en materia de responsabilidad contractual, siendo de carácter objetivo y estricto¹⁷⁵, lo que como dijimos, tiene como objetivo crear un sistema que toma elementos de los principales sistemas jurídicos para servir como herramienta de unificación normativa del comercio internacional.

Establecida la mitigación de daños como principio de la Convención y habiendo señalados las principales normas al respecto, concentraremos nuestro análisis en el artículo 77 que es el que se refiere de manera sustancial a la mitigación de daños.

¹⁷⁴ VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 36 y ss.

El artículo 77 según Vidal cumple dos funciones¹⁷⁶, en primer lugar cumple con una función inmediata que se refiere a las medidas propiamente tal que debe tomar el acreedor en el caso concreto para disminuir y evitar sus propias pérdidas; en segundo lugar, cumple una función mediata que se refiere particularmente a la gestión razonable de los remedios con que cuenta el acreedor para que cause el menor daño posible al momento de tomar medidas para hacer frente al incumplimiento del deudor. En el fondo, el artículo 77 manda al acreedor a tomar medidas razonables de manera amplia, el hecho de referirse a medidas concretas o a la gestión razonable de remedios no es más que mencionar dos medidas posibles, no siendo excluyentes entre sí. Es más, si el objetivo de la Convención es promover el comportamiento de buena fe y la disminución de las pérdidas evitables, entonces debemos concluir, estando de acuerdo con Vidal, que el acreedor debe tomar todas las medidas (o velar por que se cumplan todas las funciones) del artículo 77 en la medida que sean razonables.

Pero entonces debemos determinar qué significa “razonable” en la Convención. La razonabilidad de las medidas adoptadas es condición para que se entienda cumplida la carga de mitigar el daño junto con el conocimiento acerca del incumplimiento¹⁷⁷. Según Vidal y siguiendo una sentencia austriaca de 1996, son razonables las medidas que “un operador del tráfico ubicado en la misma posición del acreedor, actuando de buena fe y con la debida prudencia y moderación,

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 155.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ, M. 2007, *op. cit.*, p. 15.

adoptaría para mitigar y evitar las pérdidas¹⁷⁸. Se trata de medidas que el juez debe analizar si son razonables atendiendo a las circunstancias concretas del caso y por lo tanto no es posible armar una regla general aplicable a cada caso. Podemos tomar como referencia al menos en lo que se refiere a los límites de estas medidas, lo señalado en el *Uniform Commercial Code* donde se establecía como límite el que las medidas provocaran un perjuicio al acreedor, por ejemplo, que significara su ruina o que lo llevara a otros incumplimientos ya que este tipo de medidas están fuera de las que adoptaría una persona razonable.

Para que opere es necesario que el acreedor tenga conocimiento del incumplimiento del deudor ya que es a partir del mismo que se generan las consecuencias que esta carga busca evitar o disminuir¹⁷⁹. Esto resalta claramente en el artículo 77 ya que pone como exigencia para reclamar la indemnización de perjuicios ante un incumplimiento el adoptar las medidas razonables para mitigar daños para poder obtener una indemnización completa.

La situación que se aparta de lo señalado se da en los casos en que se hace evidente el futuro incumplimiento del deudor pero donde aun no hay todavía incumplimiento propiamente tal. La Convención no se refiere expresamente a esta situación en el artículo 77 que supone un incumplimiento, pero se puede recurrir al artículo 72¹⁸⁰ que en materia de resolución permite resolver el contrato cuando es evidente que se incurrirá en incumplimiento esencial. A partir de esto encontramos

¹⁷⁸ VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, p. 158.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ, M. 2007, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ Artículo 72: Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

la solución al problema ya que necesitábamos saber si era necesaria la adopción de medidas de mitigación de daños ante un incumplimiento futuro.

En caso del artículo 72 lo que hace en el fondo es permitir justamente la adopción de una de las medidas específicas que se pueden tomar, en este caso la resolución del contrato dentro de una gestión razonable de los remedios con que cuenta el acreedor. La idea es que ante un caso de ese tipo el acreedor pueda resolver el contrato incumplido para poder celebrar una nueva operación de reemplazo. Esto que es conocido como anticipatory breach se fundamenta en que las condiciones actuales del mercado exigen rapidez en los negocios, y no es posible exigir al acreedor mantener el vínculo contractual cuando es patente que no será satisfecho, y por tanto como medida para evitar los daños que acarreará el mantenimiento de dicho contrato, se le permite resolverlo.

Es además posible respecto de otras medidas que se puedan tomar estando aun en una fase anterior al incumplimiento pero siendo este claro en su ocurrencia. Por tanto el acreedor debe tomar medidas cuando tiene conocimiento del incumplimiento del deudor y cuando es patente que este incumplirá con el contrato¹⁸¹.

Lo anterior se refiere a qué medidas debe tomar y cuándo las debe tomar, pero aun no queda claro cuál es el resultado al que deben llegar. Vidal asimila la carga de mitigar el daño, en su estructura, a las obligaciones de medios, debido a que no

¹⁸¹ RODRÍGUEZ, M. 2007, *op. cit.*, p. 16.

es necesario alcanzar un resultado determinado con la adopción de las medidas, basta con haberlas tomado todas y con que fueran razonables. Por tanto, el acreedor cumple con la carga si prueba que adoptó medidas en tales condiciones, no siendo necesario probar que se llegó a un determinado resultado. Cumpliendo con esto, no será posible rebajar el monto de la indemnización e incluso será posible en esos casos solicitar la indemnización por los gastos en que se incurrió por tomar tales medidas aunque no llegaran al resultado deseado¹⁸².

Por último, nos falta determinar cuál es el contenido específico que esta carga impone mitigar; para eso es necesario conocer las medidas a las que está sometido el acreedor si desea mantener intacta su indemnización. Esto se hace a través de la determinación de los daños que debe mitigar.

La situación más clara al respecto es que el acreedor debe evitar la agravación de daños ya causados por el incumplimiento. Está fuera de discusión ya que se trata de daños que ya fueron causados, y por lo tanto, son presentes y de lo que se trata es que respecto de éstos se tomen las medidas razonables para mantener los daños que emanan de una fuente determinada tal como están, y que no aumenten por la pasividad del acreedor. Es considerado el contenido esencial de esta carga¹⁸³ y está comprendido en el artículo 77 al señalar que se deben tomar las medidas razonables para reducir el daño resultante del incumplimiento.

¹⁸² VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, p. 156.

¹⁸³ TRONCOSO, M.I., *op. cit.*, p. 374.

A lo anterior se pueden sumar las medidas que tienen por objetivo reducir el daño ya causado. Aquí se discute la procedencia de estas medidas ya que implican realizar un esfuerzo adicional cuya exigibilidad se pone en duda debido a que significan la imposición de una carga muy alta al acreedor. Para algunos autores significa un nivel de sobreprotección exagerado del deudor¹⁸⁴, ya que se señala que no se debe olvidar que los daños se causaron en primer lugar por causa del incumplimiento del deudor. Pero podemos sostener la exigencia de tales medidas, considerando que no se trata de perjuicios que tienen vínculo causal directo con el incumplimiento, sino que provienen de la pasividad del acreedor que permite que estos se generen y aumenten no habiendo intervención del deudor en estos daños.

Además es consecuente con la idea de consecuencias evitables, doctrina que originó la idea de mitigación de daños en Norteamérica. Porque sostenemos que este tipo de daños al ser evitables resultan lejanos al incumplimiento siendo la verdadera causa la negligencia del acreedor, es por eso que éste se ve en la necesidad adicional de tomar medidas para reducir el daño ya causado. Un daño evitable de todos modos no puede ser considerado dentro del monto a indemnizar, sin perjuicio de estar relacionado con el incumplimiento. Esta no es la causa inmediata, ya que lo que en definitiva provoca que los daños se mantengan como tales es la negligencia del acreedor y por eso la Convención le ordena reducir los daños bajo la sanción de considerarlos al momento de solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 37.

Recordemos además que la Convención de Viena forma un sistema distinto de los sistemas continentales y de los sistemas del *Common Law*, y que sin perjuicio de que la idea de causalidad nos parece que es la fundamentación dogmática correcta. La misma Convención se basa en otros principios que deben ser considerados también. Es así que el principio de mitigación de daños es como dijimos, siguiendo a Vidal, uno de los que rige a la Convención, y nos llevaría a incluir la adopción de medidas que rebajen el daño causado.

Al respecto los autores están de acuerdo y se entiende que es un daño futuro, el que según Vidal está considerado en el artículo 77 de la Convención al señalar que la carga de mitigar el daño se extiende al lucro cesante, lo que según el autor hace posible incluir el daño futuro en general¹⁸⁵.

Todo lo anterior es desde la perspectiva del que ya incumplió. Pero esta situación no se refiere a todo el contenido de la carga de mitigar daños. Es posible ir más atrás, a la etapa en que aún están pendientes las obligaciones. Recordemos que existe la facultad resolutoria cuando el incumplimiento esencial, no habiéndose concretado, es previsible, de acuerdo con lo señalado en el artículo 72 de la Convención y que se ha entendido que esta situación también incide en el ámbito de aplicación de la carga de mitigar daños. Es a partir de esta norma, en conjunto con lo señalado en el artículo 77 de la Convención, que podemos concluir

¹⁸⁵ VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, pp. 157 y 158. VIDAL, A. 2008, La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios contractuales. En: GUZMAN, A. (editor científico), Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Segunda edición, Santiago, Editorial Legal Publishing. p. 444.

que el contenido de la carga de mitigar daños se extiende a daños provenientes de un incumplimiento que es previsible. Es por esto que el acreedor, atendidas las circunstancias que rodean el contrato, debe adoptar medidas razonables cuando toma conocimiento de hechos que le permiten alcanzar la convicción de que el deudor incumplirá el contrato para evitar el acaecimiento de daños evitables, bajo la sanción de ver reducida su indemnización por el monto del daño que pudo ser evitado.

La carga, como la trata la Convención, no se aleja de los efectos contemplados para la misma como ya se ha examinado en otros sistemas; ella produce dos efectos, que siguiendo a Vidal podemos denominar efecto positivo y efecto negativo¹⁸⁶.

El efecto positivo consiste en el reembolso de los costos incurridos por el acreedor en la adopción de las medidas razonables. Estamos ante un cumplimiento de la carga, el acreedor adoptó medidas razonables para mitigar el daño producto del incumplimiento, estas dieron resultado pero significaron un costo para el acreedor. En estos casos el acreedor puede exigir dentro de la indemnización de los perjuicios la suma a que asciende el costo de la medida. Este efecto que no está reconocido en forma expresa por el texto de la Convención, no ha sido puesto en duda por la doctrina y la jurisprudencia. En el mismo compendio de jurisprudencia emanado por la UNCITRAL se confirma la existencia de este efecto al señalar que la parte que toma tales medidas puede

¹⁸⁶ VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, p.160. VIDAL, A. 2008, *op. cit.*, p. 446.

recuperar los gastos razonables¹⁸⁷. Es así que la Cámara de Comercio Internacional resolvió en un asunto puesto a su conocimiento que ante un incumplimiento del vendedor, el comprador tenía derecho a la indemnización por los gastos en que había incurrido para conservar razonablemente la mercancía¹⁸⁸. Los costos de tales medidas se deben limitar a aquellas medidas razonables que una persona razonable hubiere adoptado¹⁸⁹, no puede ser una suma excesiva que termine siendo mucho más perjudicial que el daño producto del incumplimiento.

Al momento de adoptar la medida se puede incurrir en costos que pueden ser considerados excesivos, el problema es determinar si tales costos excesivos, dentro del ámbito de las medidas razonables, pueden ser indemnizados al acreedor. Al respecto Vidal establece la siguiente regla en primer lugar, el límite está establecido por la razonabilidad de la medida, es decir, la que una persona razonable hubiera adoptado en su misma situación, luego, los costos de la medida, son los que se someten al estándar de lo razonable y por tanto a los gastos en que otro operador en su misma posición, de buena fe, con prudencia y moderación hubiera incurrido. Es en este segundo análisis, si se concluye que una persona razonable hubiera podido adoptar la misma medida a un costo menor, no se indemniza sino hasta la concurrencia de tal monto menor. Se llega a tal conclusión aplicando las normas generales de la Convención, se entiende que la indemnización por el monto de las medidas, al no estar regulado por ninguna

¹⁸⁷ UNCITRAL Digest 2012. pp. 344 a 368. [en línea] <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf> [consulta: 18 febrero 2013].

¹⁸⁸ Caso CLOUT N° 304. [en línea]

<http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1527&lng=es> [consulta: 07 febrero 2013]

¹⁸⁹ VIDAL, A. 2008. *op. cit.*, p. 447. VIDAL, A., *op. cit.*, p.161.

norma especial, queda sometido a las reglas generales del artículo 74 y siguientes de la Convención. Es por esto que también se hace aplicable el artículo 77 de la Convención, y por tanto se aplica la carga de mitigar daños, de lo contrario se verá expuesto a una reducción en el monto de la indemnización hasta el punto en que pudo haberlo evitado¹⁹⁰.

El efecto negativo consiste en la rebaja en el monto de la indemnización a beneficio del deudor en el caso en que el acreedor incumpla con su carga de mitigar daños, esto ocurre cuando no se adoptan tales medidas o estas no son razonables. Tal efecto está expresamente contemplado en el artículo 77 de la Convención que señala que: “Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

Se discute si el deudor debe pedir la rebaja en la indemnización o si es el tribunal el que debe considerar si se tomaron las medidas de mitigación al momento de determinar el monto en qué consistirá la indemnización por el incumplimiento, llegando la jurisprudencia de la Convención a soluciones tan dispares como señalar que el tribunal debe actuar de oficio, o en el otro extremo en que el deudor debe indicar que el acreedor incumplió con su carga de mitigar, qué medidas debía tomar y cuáles eran los costos pudieron haber sido evitados¹⁹¹. En Chile, Vidal siguiendo a Stoll, ha señalado que la norma contemplada en el

¹⁹⁰ VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, p. 161.

¹⁹¹ UNCITRAL. Digest 2012. pp. 370 a 373. [en línea] <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf> [consulta: 18 febrero 2013].

artículo 77 está dirigida al operador jurídico. Es por esto que el efecto del principio de mitigación, como lo denomina el autor, “no queda supeditado, como podría pensarse, a la reclamación que haga el deudor dentro del juicio, igualmente éste se desplegará a pesar del silencio de este último, puesto que el destinatario final de la norma es el operador jurídico (el juez), debiendo excluir igualmente aquellas pérdidas que podían ser razonablemente evitables para el acreedor”¹⁹².

Podemos apreciar que existe un alto desarrollo de la materia a nivel internacional debido a la importancia de la Convención de Viena como instrumento unificador de derecho para facilitar el intercambio comercial internacional. A pesar de eso a Convención por sí sola, no nos permite señalar que existe este deber de forma general en nuestro ordenamiento por ser una materia especial. Sin perjuicio de lo anterior, es posible hacer un alcance en esta materia y es el carácter de *Lex Mercatoria* que ha alcanzado la Convención. Ya nos referimos brevemente a este estado y la importancia pero ¿qué consecuencias podemos extraer de tal estado?

Ya hemos señalado anteriormente que debido a que es parte de la *Lex Mercatoria* el deber de mitigar el daño es contemplado expresamente en los principios Unidroit. Por lo que cada vez que las partes, dentro de su autonomía material¹⁹³, deciden hacer aplicables estos principios a un contrato con elementos internacionales, el juez debe hacer aplicación de la regla de mitigación. Pero la

¹⁹² VIDAL, A. 2008, *op. cit.*, p. 448

¹⁹³ La autonomía material “consiste en la facultad que tienen las partes de escoger y crear a través de su contrato, normas especiales que lo regulen, evitando así aplicar ciertas normas internas de la legislación que se va a aplicar puedan perjudicar sus intereses, aun cuando sean de aquella legislación que ellas mismas han escogido por medio de su autonomía conflictual”. PICAND, E. 2005. Arbitraje comercial internacional. Tomo I. Santiago. Editorial jurídica, p. 391.

importancia va mucho más allá, ya que fuera de esta regulación expresa en los principios, la aplicabilidad que tiene la *Lex Mercatoria* queda manifestada principalmente en la forma en que regularmente es aplicada por los árbitros con facultad de amigable componedor al momento de tomar decisiones y cuya ejecutabilidad queda entregada a medios especiales como garantías independientes u otro tipos de sanciones gremiales¹⁹⁴. Esto además expresamente es reconocido en la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional cuyo artículo 28 en su numeral cuarto señala que: “4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Según Picand esta norma incorpora expresamente a la *Lex Mercatoria* y a la costumbre generalmente aceptada en el comercio internacional como fuente del arbitraje comercial en Chile¹⁹⁵, introduciendo por tanto en forma indirecta al deber de mitigar el daño en cualquier asunto que se refiera al incumplimiento de un contrato internacional.

5.5 Reconocimiento en nuestra Doctrina y Jurisprudencia.

El deber de mitigar el daño no ha sido uno de los temas que tradicionalmente se tratan por la doctrina nacional; se aprecia su ausencia en muchas de las obras generales sobre esta materia. Sin perjuicio de lo anterior, existen referencias indirectas. Veamos algunos casos:

¹⁹⁴ ANDRADE, A. 2012. Historicidad, jurídica y aplicabilidad de la noción de *Lex Mercatoria*: Un análisis desde el pluralismo jurídico”. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago. Universidad de Chile. pp. 71 y ss.

¹⁹⁵ PICAND, E., *op. cit.*, pp. 337 y ss.

Luis Claro Solar no hace una mención expresa, pero sí encontramos algunas ideas que se acercan bastante a nuestro tema. Como vimos al referirnos al tratamiento que se da a la mitigación de daños en Francia, Pothier efectivamente se refería al requisito de que el daño fuera una consecuencia necesaria e inevitable del incumplimiento para que pudiera proceder su indemnización. Pues bien, Claro Solar al referirse al artículo 1558 del Código Civil se remite a las mismas ideas y señala que: “el deudor a quien se le puede imputar dolo es responsable de los daños aun imprevistos que sufre el acreedor con tal que sean una consecuencia inmediata o directa, es decir necesaria, de la inejecución de la obligación” y a continuación agrega que cuando estamos ante un daño evitable, el incumplimiento no es la única causa de los daños y es por eso que no se puede imponer al deudor la indemnización del daño evitable sin incurrir en un abuso del principio de la responsabilidad por el dolo¹⁹⁶.

Otra mención que se hace al problema que tratamos la encontramos en la obra de Sergio Gatica Pacheco titulada “Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por el Incumplimiento de Contrato”, ahí se menciona el agravamiento del daño ya producido cuando el acreedor omite tomar medidas para aminorar el daño, lo hace a propósito de los momentos en que puede ocurrir la conculpabilidad del acreedor¹⁹⁷. A pesar de referirse a una clara situación que cabe tratar como daños evitables y deber de mitigar el daño, se confunde con la conculpabilidad. Esta es

¹⁹⁶ CLARO, L. 1979. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol. V. Santiago. Editorial Jurídica. pp. 756 y ss.

¹⁹⁷ GATICA, S., *op. cit.*, pp. 187 y ss.

una institución que a pesar de compartir la misma finalidad que el deber de mitigar del daño, opera en planos distintos pero nos sirve para apreciar la preocupación que ya se había manifestado con anterioridad respecto al problema que significaría indemnizar daños no atribuibles directamente al incumplimiento del deudor.

El deber de mitigar el daño ha sido objeto de investigación por parte de nuestra doctrina solo en los últimos años. Es así que el trabajo clásico sobre esto es la publicación de Ramón Domínguez que fundamenta al deber de mitigar el daño en Chile por razones económicas y morales. Las razones económicas apuntan a evitar el despilfarro de recursos y a promover el uso racional de los recursos ya que al ser daños evitables no tiene sentido el permitir su producción y posteriormente forzar al deudor a reparar tales daños. Se basa en la función económica del contrato y en las ideas aportadas por la doctrina del análisis económico del derecho, referentes a la eficiencia y a minimizar los costos de los intercambios¹⁹⁸. Las razones morales se refieren a los deberes de este tipo que se imponen a la partes en materia contractual, entre estos el deber de coherencia por cual se “exige que las partes mantengan un comportamiento razonable que no implique contradicciones que se opongan al deber de colaboración o cooperación”¹⁹⁹ deber que de acuerdo al autor ha sido acogido por nuestra

¹⁹⁸ DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, pp. 88 y 89.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 89.

jurisprudencia; y en general a los deberes de lealtad derivados del principio de la ejecución de contrato de buena fe²⁰⁰.

Pero es en la causalidad donde Domínguez encuentra la principal razón de que este deber deba ser acogido en Chile. Siendo éste su fundamento técnico y general, toma el artículo 2330 (que sabemos que más bien se refiere a la concurrencia de culpa o de causas) y de él extrae un principio de autorresponsabilidad de acuerdo al cual la pasividad de la víctima da lugar a una conducta culpable contraria a la de un hombre prudente que interviene en el daño final siendo así la causa principal del daño y desplazando al incumplimiento como factor más relevante que concurre a ocasionar el daño. Agrega que estos daños no son una consecuencia necesaria del incumplimiento del deudor lo que nos permite sostener que al intervenir este factor entre incumplimiento y daño evitable, que es la negligencia del acreedor, se interviene el nexo causal lo que permite una rebaja en el monto de la indemnización en la medida que el daño pudo ser evitado.

No hay jurisprudencia que haga mención expresa al deber de mitigar el daño, pero sin perjuicio de lo anterior, existen casos en que se ha aplicado, estos son citados por Fuentes en su tesis doctoral sobre “La Extensión del Daño Contractual en los Derechos Español y Chileno”²⁰¹. Dentro de estos casos encontramos una sentencia de la Corte Suprema con fecha 5 de diciembre de 2002. Este fallo

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 89 y 90

²⁰¹ FUENTES, R., 2009, *op. cit.*

resolvió una demanda interpuesta por un agricultor en contra de una municipalidad debido a que el municipio cerró una compuerta para evitar la inundación de un pueblo, pero provocó la inundación del predio del agricultor, que en definitiva, provocó la pérdida de su cosecha. En el fallo, la Corte finalmente redujo el monto de la indemnización en casi un cuarenta por ciento debido a que: “La omisión del cuidado de su plantación en la etapa en que se encontraba, permite al tribunal presumir negligencia de su parte, pues una intervención oportuna hubiera podido eventualmente, haber salvado parte de lo perdido”²⁰². Es así que la Corte, sin referirse expresamente a los conceptos de deber de mitigar el daño y daño evitable, decide reducir el monto de la indemnización por existir esta negligencia, que en el fondo, se traduce en la omisión de tomar medidas aptas para reducir los daños, es por tanto un daño evitable y en definitiva no indemnizable. Fuentes Guíñez resalta este caso por aplicar bien la idea, señala en cambio otros casos en que si bien se aplica la idea de mitigar el daño; se hace de forma incorrecta lo que lleva a una aplicación de la regla del “todo o nada”.

El primero de los casos fue resuelto por la Corte Suprema el 18 de agosto de 1999, y es un fallo que recayó sobre la demanda de indemnización de perjuicios fundada en un error de un banco que, en el acto de protesto de un cheque, mencionó un nombre distinto al de su verdadero girador; lo que produjo que se iniciara una acción contra una persona que no correspondía, provocando que prescribieran las acciones emanadas del documento, por lo que en definitiva, llevó a que no se pudiera recuperar la suma allí señalada. Se rechaza la demanda en

²⁰² FUENTES, R. 2005, *op cit.*, p. 248.

primera instancia, se revoca en segunda y finalmente la Corte Suprema acoge el recurso de casación en la forma confirmando la sentencia de primera instancia rechazando la demanda²⁰³. Señala en su considerando segundo que: “Debe concluirse que el no pago de la obligación que representa dicho cheque, no es directa ni necesariamente imputable al banco”. Agrega que “no puede afirmarse categóricamente que al darse cuenta del error del Banco, el actor no hubiera podido recuperar el cheque o presentar dentro de la querrela iniciada una acción por estafa, si la firma del girador hubiese sido disconforme con la registrada en el Banco”. Finalmente señala que: “Dicho error del Banco no es consecuencia directa y necesaria de la imposibilidad en que se encontraría el actor para recuperar la cantidad que el cheque representa”²⁰⁴.

El segundo fallo de la Corte Suprema con fecha 26 de enero de 2004 llega al resultado contrario tratándose de una situación semejante. En primera instancia se acogió la demanda indemnizatoria, no considerando la negligencia de la actora al no tomar medidas para evitar el daño. En segunda instancia, en cambio, se siguió la tesis anteriormente adoptada por la Corte Suprema, pero nuestro máximo tribunal casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la de primera instancia señalando que “tradicionalmente se ha estimado que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa (...). El primero exige una relación natural de causalidad que se expresa en un nexo de causa a efecto, y el segundo, que el daño resulte atribuible normativamente al hecho”. Agrega que

²⁰³ FUENTES, R. 2009, *op. cit.* pp. 539 y 540.

²⁰⁴ Revista derecho y jurisprudencia. 1999. Santiago, Chile (96). p. 95

“el error del banco demandado al verificar el domicilio del cuentacorrentista no puede considerarse como un hecho doloso o culposo que haya causado daño, evidentemente ha incurrido (la Corte) en un error de derecho en cuanto a la atribución normativa del daño al hecho ilícito...”²⁰⁵ Lo que en definitiva llevó a la Corte Suprema a acoger la demanda.

El problema de ambas sentencias es que aplican la regla del todo o nada, confundiendo ambas funciones de la causalidad. Como sabemos, el deber de mitigar el daño opera al momento de determinar los montos sobre los cuales se debe responder, una vez que ya se ha atribuido un incumplimiento a una persona determinada. Aquí, los fallos llegan a condenar por el total o a absolver completamente, pero si se hubiera realizado el examen como señalamos, las consecuencias se habrían traducido en reducción en los montos de indemnización.

A partir de los casos estudiados en este capítulo, tanto de la regulación como de la doctrina y la jurisprudencia, es posible concluir que no resulta tan extraño a nuestro sistema la idea de la existencia de una regla de mitigación de daños en nuestro sistema, a continuación veremos cómo se puede armar una regla de mitigación aplicando y haciendo una reinterpretación a nuestro Código.

²⁰⁵ Gaceta Jurídica. 2004. Santiago, Chile (283). pp. 121 y ss.

**CAPÍTULO VI: CONSTRUCCIÓN DE UNA REGLA DE MITIGACIÓN DE DAÑOS
DE CARÁCTER GENERAL EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL CHILENO.**

**6.1 Daño evitable y causalidad jurídica como fundamentos de la regla de
mitigación de daños en Chile. Rol del principio de la Buena Fe.**

A lo largo de nuestro estudio hemos podido descubrir que, a pesar de que el mayor desarrollo del deber de mitigar el daño está en los sistemas del *Common Law*, existen antecedentes en la tradición del derecho continental, primero en el derecho romano y posteriormente, en los aportes de la doctrina francesa anterior a la codificación. Estos demuestran un interés a favor de la no indemnización del daño evitable, a partir de lo cual creemos que el deber de mitigar el daño no es una institución extraña a nuestro derecho. Afirmación que es confirmada, primero, a través de una serie aplicaciones específicas dentro del derecho chileno, como ocurre en materia de seguros donde se aplica la misma lógica; y segundo, por medio de su reconocimiento a nivel internacional, incluyendo instrumentos internacionales ratificados por Chile. Por lo que queda preguntarnos si es posible armar una regla general dentro de la responsabilidad contractual chilena.

Es a partir del reconocimiento de la categoría del daño evitable que se puede armar un fundamento para reconocer al deber de mitigar el daño en Chile, ya que si consideremos que los daños evitables o innecesarios no son una consecuencia

inmediata o directa del incumplimiento²⁰⁶, utilizando la terminología del artículo 1558 del Código Civil, podemos sostener que no existe una relación causal entre daños no mitigados e incumplimiento, y por lo tanto, aquellos no deben ser indemnizados por el deudor, por tener tales daños su causa en la pasividad y negligencia del acreedor en el cuidado de sus propios intereses.

Para sostener esto, primero debemos distinguir entre las dos funciones de la causalidad, para así determinar en primer lugar el *an respondeatur*, es decir, quien debe responder, y se refiere a la primera función de la causalidad que imputa a una persona un hecho como un todo. Estamos así entre una relación causa-efecto traducido para estos efectos en persona-hecho, la que es denominada como causalidad material; y en segundo lugar el *quantum respondeatur*, o sea, determinar cuál es el monto por el que en definitiva se debe responder, que se denomina causalidad jurídica y tiene como presupuesto al nexo causal anterior entre persona-hecho²⁰⁷. Pero se refiere en términos de Corral a “la extensión de los daños sucesivos o conectados con dicho hecho (el que ya se determinó por medio de la primera función) que deben ser puestos a cargo e indemnizados por el causante de este último”²⁰⁸. Como señala Corral “La causalidad se presenta así en

²⁰⁶ Lo que ya había sido reconocido por Pothier en su Tratado de las obligaciones, cuyo párrafo 167, después de referirse al clásico ejemplo del que vende a otro animales enfermos causando un daño enorme a la totalidad del patrimonio del comprador, señala: “La pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante (...) yo podría, no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que podría comprar, o, en caso de que no tuviera ese medio, que hubiese podido alquilar; o bien sub-arrendando mis tierras, si no tenía medios para hacerlas producir por mí mismo. Empero, como, por más que se recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mí mismo, con mis bueyes que he perdido por el dolo del tratante, esto puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos”. POTHIER, R. *op. cit.*, pp. 98 y 99.

²⁰⁷ PREVOT, J. M. 2010, El Problema de la Relación de Causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Civil. Revista Fueyo N° 15 p. 146. CORRAL, H. 2008. *op. cit.*, p. 118.

²⁰⁸ CORRAL, H. 2008, *op. cit.*, p. 118. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

su función discriminante entre los varios perjuicios sobrevivientes por o después del incumplimiento buscando cuál debe ser puesto de cargo del deudor”²⁰⁹.

Resumiendo lo anterior, primero hacemos un examen para determinar cuáles son todos los elementos que fácticamente concurren para alcanzar un resultado que causa daño, determinando así quienes son los responsables de tales hechos, siendo relevante en materia de contratos el incumplimiento como hecho que causa daño. Una vez hecho esto, se realiza un segundo examen, ya no para buscar quién responde, sino que para determinar cuáles fueron las consecuencias del incumplimiento y ver como se vinculan el incumplimiento y las consecuencias patrimoniales ocurridas a partir de este, y así determinar la existencia de otros factores que hayan intervenido entre incumplimiento y daños, para en definitiva excluir del total aquellos daños que fueron causados por otros factores ajenos a la conducta del deudor.

Aplicamos lo anterior a un problema de incumplimiento en que el acreedor no tomó medidas para mitigar los daños, provocando no solo que estos se mantuvieran, sino que además su aumento. Primero se vincula al deudor con el incumplimiento que causa daño en el patrimonio del acreedor, obtenemos así al primer responsable por el total de los daños. Pero nosotros agregamos dos factores que alteran esta situación, en primer lugar, la evitabilidad del daño, en segundo lugar, la negligencia del acreedor al omitir la adopción de medidas

²⁰⁹ *Íbid.*, p. 142.

razonables para mitigar el daño. Factores que alteran el vínculo entre el incumplimiento y los daños no mitigados.

Es en este punto donde debemos hacer la siguiente distinción según la clase de daños. Si el acreedor agrava su daño, claramente este aumento es directamente causado por él, y por lo tanto, no corresponde al deudor por ser un hecho de la víctima; en cambio sí son daños que no fueron reducidos y que se mantuvieron por la inactividad del acreedor, debemos concluir que el acreedor incurre en una omisión que causa un daño a sí mismo y que implica una infracción a la carga de mitigar el daño, carga que le es impuesta al acreedor por el principio de la buena fe, de acuerdo con lo expresado en el artículo 1546 que señala que las partes no solo se obligan a lo que expresamente se señala en el contrato, sino que a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella; y que le da posición de garante al acreedor consistente en evitar tales aumentos.

Es la denominada función integradora de los contratos²¹⁰, la que nos permite armar este deber previo, por lo que la omisión de medidas mitigadoras por parte

²¹⁰ Según Fueyo, en caso del artículo 1546 la buena fe en la ejecución del contrato permite integrar la norma del contrato "con elementos capaces de sobrepasar la literalidad contractual y que representan verdaderas máximas ético-jurídicas que coadyuvan en definitiva a la fijación de límites extremos de la alternativa del cumplimiento o incumplimiento del contrato" Señala entre tales máximas al principio de la buena fe propiamente, lo cual de acuerdo al autor es fuente de conductas para el contratante que debe "obrar según las reglas de la corrección, la buena conducta, la moral y la honestidad" y agrega "que en el contrato moderno no deberá perderse de vista la conducta o comportamiento con arreglo al interés social, al bien común, como viene sosteniéndose en el último tiempo". Lo cual no deja de ser absolutamente aplicable al caso del deber de mitigar el daño que tiene la misma finalidad en el sentido de promover tal actuar correcto y honesto entre las partes. FUEYO, F. 1990. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago, Editorial Jurídica. pp. 143 y ss. Boetsch refiriéndose a la función integradora de la buena fe señala que para las partes es imposible prever todas las situaciones que pueden ocurrir durante el desenvolvimiento del contrato, originándose lagunas como ocurre con el deber de mitigar daños del acreedor y que no pudiendo ser llenadas esta lagunas por medio del

del acreedor significa un infracción al deber de mitigar el daño, lo que en conjunto con la evitabilidad del daño y la falta de relación causal entre daño evitable e incumplimiento, hacen posible el reconocimiento del deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena.

6.2 Naturaleza de la regla de mitigación de daños como carga. Efecto negativo de la carga de mitigar daños.

En un punto anterior aclaramos que a pesar de usar el término “deber de mitigar el daño”²¹¹ por ser más el común en la práctica y en la doctrina, su naturaleza en realidad no es la de un deber o de una obligación toda vez que ante un incumplimiento de dicho deber no operan los mecanismos para forzar su cumplimiento. Por eso, que corresponde más bien hablar de una carga, debido a que, en primer lugar, mira al interés propio del que está sujeto a la carga, y además, por el tipo de sanción a que está sujeta en caso de su incumplimiento que se traduce en la pérdida de un derecho. En este caso, la sanción por infringir el deber de mitigar el daño es únicamente una reducción en el monto de la

ordenamiento positivo, hace que sea necesario recurrir al principio de la buena fe. Citando a Emilio Betti señala que por un lado se le impone al deudor no solo lo prometido, sino que todo lo necesario para hacer que el acreedor pueda llegar al resultado pleno y útil de la prestación debida y por otra parte el acreedor debe ejercer su derecho de manera leal y correcta, cooperando con el deudor para que pueda cumplir con su obligación de la manera que le sea lo menos perjudicial posible. BOETSCH, C. 2011. La buena fe contractual. Santiago. Editorial Jurídica, pp. 115 y ss. Es dentro del último punto donde más encontramos una vinculación con nuestra regla en estudio, ya que justamente la manifestación de la buena fe en la mitigación de daños está en que el acreedor coopere con el deudor para que su cumplimiento (por equivalencia) le sea lo menos perjudicial posible.

²¹¹ Es en este punto donde debe hacerse presente una distinción en la regla de mitigación de daños, en primer lugar tenemos la carga de mitigar daños que se refiere al principal objeto examinado y que se funda en el daño evitable y la causalidad; y en segundo lugar un deber de mitigar daños que es aquel que le confiere al acreedor la calidad de garante que no le permite mantener la pasividad, al momento de tener que adoptar medidas mitigadoras.

indemnización de perjuicios correspondiente a los daños que pudieron ser evitados, no existiendo ningún mecanismo compulsivo que pueda utilizar el deudor para hacer efectivo su cumplimiento. A esta reducción en el monto de la indemnización de perjuicios, Vidal la denomina el efecto negativo de la carga de mitigar daños²¹², por suponer el incumplimiento de la misma y que se distingue del efecto positivo que veremos más adelante.

Lo anterior es consecuente con lo ya dicho, porque, al operar dentro del juicio del *quantum respondeatur*, no tiene por objetivo excluir la responsabilidad de una persona determinada (cuya acción u omisión concurre a la producción de un resultado lesivo), sino más bien se busca determinar sobre cuales daños, que en definitiva, se debe responder. Por eso, el resultado de su aplicación debe llevar a reducir el monto de la indemnización y no a excluir totalmente a una persona como responsable. Por el contrario, no es correcto realizar un juicio de “todo o nada”²¹³ en esta instancia, pues opera en un momento en que no se puede atribuir a los daños un nuevo curso causal material²¹⁴ que pueda excluir totalmente la participación del deudor. Al operar dentro del segundo examen de causalidad jurídica, su función es la de servir como mecanismo para excluir del monto de

²¹² VIDAL, A. 2006. *op. cit.*, pp. 162 y 163.

²¹³ De acuerdo a Prevof la teoría del todo o nada supone que el daño debe ser una consecuencia directa y única de la conducta del responsable. Esto se fundamentaba en que la causa del daño era indivisible y en la exigencia de que el nexos causal debía ser demostrado en forma indubitada. La consecuencia de lo anterior es que si no es posible alcanzar dicha prueba, el reclamo debía ser rechazado completamente, lo que posteriormente sería reemplazado por una noción de corte probabilística. PREVOF, J. M., *op. cit.*, pp. 151 y 152. Esta indivisibilidad del nexos causal no permitía fraccionar las causas del daño lo que no permitía reducir una indemnización por aquella parte del monto que era causada por la pasividad del acreedor. Debemos agregar que tal apreciación del nexos causal puede resultar adecuada para la causalidad material, pero no resulta aplicable si estamos realizando un examen de causalidad jurídica que por el contrario supone el fraccionamiento de causas para relacionarlas con daños específicos según su relevancia a la ocurrencia del daño.

²¹⁴ FUENTES, R. 2005. *op. cit.*, pp. 246 y 247.

indemnización, daños de otras fuentes, para que corresponda a aquellos que tienen su fuente en el incumplimiento del deudor. Lo anterior es consecuente, dentro de un sistema en que la indemnización de perjuicios tiene una finalidad reparadora o compensadora y no punitiva.

6.3 Cumplimiento de la carga de mitigar daños. Medidas que se deben adoptar.

Corresponde determinar qué clase de medidas se deben adoptar. Estas deben ser medidas razonables, es decir, las que otro sujeto en la misma posición y condición hubiese adoptado para reducir daños bajo las mismas circunstancias²¹⁵, y propósito de lo último se debe determinar que daños se deben mitigar.

Rodríguez señala que una medida es razonable “si en buena fe puede esperarse, en las circunstancias que rodean la transacción, la ejecución de dicha conducta o medida²¹⁶. La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, es decir, un concepto que el legislador intencionalmente consagra sin delimitación clara, con la finalidad de que pueda ser determinado por el juez al aplicarlo a un caso concreto, porque la razonabilidad opera en un ámbito en que no es posible determinarla a priori para que cumpla su objetivo²¹⁷. Debido a lo anterior, la enunciación de carácter general que hace la doctrina sobre la razonabilidad ha

²¹⁵ Es la forma en que tradicionalmente se ha entendido, definición hecha a partir de una sentencia de la Corte Suprema de Austria. RODRÍGUEZ, M. 2008. *op. cit.*, pp. 134 y 135.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 134.

²¹⁷ SAN MARTÍN, L. 2011. El Criterio de “lo razonable” Una Herramienta para Delimitar la Carga del Perjudicado de Evitar o Mitigar el Daño. *Revista de Derecho y Justicia* N° 1. pp. 54 a 57.

sido complementada por la misma doctrina y por la jurisprudencia por medio de la aplicación de este concepto a casos concretos.

El profesor Fuentes enumera algunas reglas más concretas para determinar la razonabilidad de la medida. Es así que una medida razonable:

1. No pone en riesgo la vida o la reputación moral o comercial del que adopta la medida.
2. No implica causar daños a terceros.
3. No es contraria a la condición económica del que la adopta.
4. No implica un riesgo excesivo al capital del que la adopta.
5. No puede ser tardía. Esta tardanza se le imputa al acreedor si era el que estaba en condiciones de adoptarla.
6. Es la más económica posible. Lo contrario implica un lucro para el acreedor a costa del deudor si consideramos el efecto positivo que veremos²¹⁸.

Las reglas anteriores sirven como guía, pero no podemos olvidar que, en último término, la razonabilidad de la medida solo se podrá determinar atendiendo a las circunstancias concretas del caso²¹⁹. Por ejemplo, pensamos que puede ser razonable dañar a un tercero para evitar un daño mayor en la medida que se le pueda indemnizar y que ese daño no sea en la persona del tercero. Aun así,

²¹⁸ FUENTES, R. 2005. *op. cit.* pp. 227 y 228.

²¹⁹ Por eso según Vidal es imposible definir las medidas razonables que se pueden adoptar en cada caso. VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, p.159. Cfr. SAN MARTÍN, L. 2011, *op. cit.*, p. 62.

podemos apreciar que, en general, una medida razonable no puede atender de ninguna manera en contra del mismo acreedor que la debe adoptar.

En nuestro país el estándar de conducta que consagra nuestro código para el cumplimiento de las obligaciones es el del buen padre de familia. Este es un modelo abstracto que define *a priori* cómo se debe comportar el deudor al cumplir, modelo que es complementado con la referencia a la razonabilidad de la medida, ya que la sola referencia a la diligencia resulta insuficiente para determinar el cumplimiento de la carga. Por eso, San Martín señala que el acreedor para cumplir con la carga “deberá realizar un “esfuerzo razonable”, llevado a cabo con la diligencia ordinaria o, lo que es lo mismo, del buen padre de familia”²²⁰.

Para determinar los daños que se deben mitigar hay que distinguir dos momentos que son lo que provocan el nacimiento de la carga. En primer lugar, una vez materializado el incumplimiento, puesto en conocimiento del acreedor, éste debe tomar medidas para que los daños producto del incumplimiento no aumenten. Creemos que además debe procurar reducir los daños en la medida que sea posible, siendo estos daños de carácter evitable. En segundo lugar, puede nacer cuando, no habiendo incumplimiento aún, es patente que el deudor incumplirá, ya sea porque le es imposible cumplir, o porque no quiere hacerlo²²¹. En ese caso estamos ante daños futuros pero ciertos. Las medidas deben apuntar a reducir tales daños que también tienen el carácter de evitables.

²²⁰ SAN MARTÍN, L. 2011, *op. cit.*, pp. 45 a 49.

²²¹ RODRÍGUEZ, M. 2008, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

Un tema vinculado con el cumplimiento de la carga es el derecho que tiene el acreedor a exigir el reembolso de los gastos incurridos por la adopción de las medidas razonables. Es la contrapartida de la adopción de las medidas por parte del acreedor y se le denomina efecto positivo de la carga de mitigar las pérdidas por Vidal²²². Es importante destacar que el monto del costo de la medida es en sí un elemento para medir su razonabilidad y por tanto no puede ser desproporcionado y siguiendo a la Convención en esta materia creemos que no se indemniza al acreedor por los gastos incurridos en exceso²²³.

6.4 Información que se deben las partes mutuamente ante la carga de mitigar el daño

Ante el deber de mitigar el daño, ¿Cuál es el papel que juega la información que se deben recíprocamente las partes?

En principio, quien toma las medidas para mitigar el daño solo se encuentra obligado a informar a su contraparte que ha incumplido el contrato una vez que ha tomado conocimiento de dicho incumplimiento o cuando existen fundados temores de que el contrato celebrado no se cumplirá: es decir, “cuando se hace evidente para una de las partes la falta de capacidad o disposición de su contraparte para cumplir sus obligaciones, situación que lo lleva a declarar la terminación anticipada

²²² VIDAL, A. 2006, *op. cit.*, p. 160.

²²³ *Ibíd.*, p. 161.

del contrato (anticipatory breach)²²⁴. En este caso, los artículos 72 de la Convención de Viena y 7.3.4 de los Principios Unidroit prescriben que en los supuestos de resolución anticipada de contrato por presunción de incumplimiento, se le comunique a la parte en estado de sospecha de incumplimiento, con antelación razonable, sobre la intención de declarar resuelto el contrato.

En síntesis, el estado y naturaleza del incumplimiento deben ser informadas. Claro ejemplo de ello es el caso señalado anteriormente en que una Corte alemana no dio lugar a la compensación alegada por un comprador que a su propia costa había traducido unos manuales que no venían en su idioma, ello sin haber previamente notificado o informado al vendedor de que el cumplimiento de su obligación había sido imperfecto.

Sin embargo, el deber de información no incide en las medidas que efectivamente el acreedor toma para mitigar el daño, esto es, el acreedor no tiene la obligación de informar a su deudor que tomará o ha tomado medidas para mitigar el daño ocasionado por su incumplimiento, ni mucho menos dar a conocer la naturaleza de aquellas medidas.

El límite de la medida adoptada no es su información o divulgación al deudor que ha incumplido el contrato; sino que este se encuentra en el criterio de lo razonable, entendiendo por ello aquellas medidas esperables de un contratante

²²⁴ RODRÍGUEZ, M. 2008. *op cit.*, p. 95.

diligente ante el incumplimiento de su contraparte, pues se han podido prever y son menos costosas que el daño ocasionado.

6.5 Resultado de la carga de mitigar daños. Carga de la prueba.

La estructura de la carga de mitigación en cuanto a su cumplimiento se asemeja, siguiendo a Vidal, en un comentario al artículo 77 de la Convención de Viena, a las obligaciones de medio. Esto ocurre porque una vez que se han adoptado las medidas razonables se entiende cumplida la carga, no considerando por tanto el resultado alcanzado por las medidas ya que no se apunta al hecho de que hayan sido o no satisfactorias en sus resultados. La razón por la que se sostiene lo anterior lo encontramos en los mismos fundamentos de la carga. Siempre se debe partir de la base que los daños deben ser inevitables e irremediablemente deben ser considerados como tal, aquellos daños que no pudieron ser mitigados por medio de medidas que son razonables. Por lo que no se trata tan de solo de mantener un monto, sino que apunta a calificar ciertos daños como inevitables. Tal razonamiento es plenamente aplicable al sistema que defendemos por basarse en los mismos fundamentos que nuestra materia en estudio²²⁵.

Lo relevante en este punto, por lo tanto, es la razonabilidad de la medida, el hecho de que después la medida falle puede no deberse a la medida propiamente tal, que podía ser vista como razonable y se podía apreciar como eficaz *ex ante*,

²²⁵ VIDAL, A. 2006. *op. cit.* p. 156.

sino más bien a elementos fortuitos externos que no son imputables al acreedor y nos lleva a concluir que desde su perspectiva, son inevitables. No es necesaria la certeza absoluta de la eficacia de la medida, basta una probabilidad objetiva de su resultado, atendiendo al “curso normal de las cosas y de los pormenores del caso concreto”²²⁶.

Es por eso que si la medida es razonable, se tendrá por cumplida la carga aunque la medida falle. En cualquier caso, corresponderá al deudor probar que la medida no era apta o que no era razonable si es que considera que no se adoptaron medidas de mitigación, o que habiéndolo hecho estas no eran razonables, debe probar además el monto en que habría disminuido la indemnización, para así obtener la reducción de lo que deberá al acreedor. Por eso se ha sostenido que la carga de la prueba en esta materia corresponde al deudor que es el principal beneficiado, y al que en definitiva le corresponde probar que ciertos daños eran evitables por medio de medidas razonables, por tanto debe señalar cuales eran esas medidas y a cuánto asciende el monto por el cual podían reducirse los daños²²⁷.

²²⁶ SAN MARTÍN, L. 2011, *op. cit.*, p. 60.

²²⁷ Cfr. FUENTES, R. 2005. *op. cit.*, pp. 22 y ss.

6.6 Casos especiales de medidas para mitigar el daño. Problemas que se generan.

a. Operación de reemplazo y problema del volumen perdido.

Una de las medidas más comunes que se puede adoptar frente a un incumplimiento es la celebración de una operación de reemplazo con un tercero, por medio de la cual el acreedor puede satisfacer su interés del mismo modo como si hubiera cumplido el deudor. Uno de los típicos problemas de la operación de reemplazo para el acreedor, es el valor de la contraprestación, ya que puede celebrar otra operación que le reporte un beneficio inferior al del contrato que originalmente lo vinculaba con el deudor incumplidor provocando un perjuicio por la diferencia. La celebración de estas operaciones de reemplazo se consideran medidas razonables y permiten al acreedor, para solucionar el problema mencionado, perseguir la diferencia entre la operación original y la de reemplazo con un tercero, en la medida que tal diferencia sea negativa para el acreedor y en todo caso perseguir además una indemnización por los gastos en que haya incurrido adoptando esa medida, por ejemplo los incurridos en la búsqueda de un nuevo contratante o todos los causados por la negociación del nuevo contrato.

Por lo general, esta medida puede aparecer como suficiente y tiende a ser considerada como apta para cumplir con la carga de mitigar daños, pero hemos hecho notar que siempre la medida dependerá de la situación concreta. Es por

eso que a veces podemos encontrarnos con un problema de volumen perdido al que ya nos habíamos referido anteriormente, pero que nos vuelve a llamar la atención por ser un problema plenamente aplicable dentro del sistema chileno. Tomaremos el mismo ejemplo allí señalado, una compraventa de una especie fungible, cuyo incumplimiento lleva a su contraparte a celebrar una nueva compraventa²²⁸; el daño se mantiene igual debido a que esa compraventa de reemplazo podría haber sido celebrada de todas formas sin mediar el contrato incumplido. Lo que pudo haber sido vendido al deudor que incumplió es lo que forma un volumen perdido y es un daño que no se repara con la sola celebración de una operación de reemplazo²²⁹. Pero debemos que considerar que para que esta situación se dé, es necesario un mercado con una amplia demanda y por eso es necesario probar tal circunstancia para poder alegar la pérdida de volumen. Creemos que en estos casos la carga para el acreedor se extiende a adoptar otras medidas distintas a la operación de reemplazo que resulta insuficiente para mitigar el daño.

b. Aceptación de una nueva oferta del deudor

El problema de esta medida es que implica restarle fuerza al contrato. Si consideráramos que el acreedor tiene la carga de aceptar siempre las nuevas ofertas del deudor incumplidor, las que normalmente le serán menos

²²⁸ Necesariamente deben ser operaciones fungibles para las cuales hay una oferta ilimitada o al menos bastante amplia por parte del acreedor que permita sostener que habiéndose cumplido con una, no impediría proveer de la misma prestación a otros, como ocurre con algunas cosas fungibles o con algunos servicios, dentro de estos últimos el tiempo puede ser un factor que ayude a determinar la real posibilidad de poder prestar tal servicio conforme a uno de los contratos, sin afectar la eventual celebración de otro de reemplazo.

²²⁹ HILLMAN, R., *op. cit.*, pp. 568 y ss.

convenientes, pondríamos en peligro la fuerza obligatoria del contrato y en general a todo el derecho de los contratos. Es por eso que debe determinarse en qué casos es posible exigir tal conducta al acreedor.

Al respecto presentamos un modelo propuesto por Hillman para determinar si el acreedor está en la necesidad de aceptar una nueva oferta del deudor. Parte el autor armando tres categorías de factores a considerar, en primer lugar las razones del incumplimiento donde se puede distinguir si este fue o no voluntario; en segundo lugar la posición del perjudicado después del incumplimiento, incluyendo factores como el nivel de humillación de continuar negociando o el monto de las pérdidas causadas por el incumplimiento; y en tercer lugar los términos de la oferta sustituta, incluyendo factores como la necesidad de renunciar a las acciones nacidas en el contrato anterior (si es que opera como novación), la onerosidad de los nuevos términos, si es la mejor oferta disponible, entre otros.

De estos factores podemos extraer las cinco preguntas que proponía Hillman, las que si son respondidas afirmativamente, permiten concluir que es razonable aceptar la nueva oferta²³⁰. Estas preguntas son:

1. ¿La aceptación de la nueva oferta puede reducir daños?
2. ¿Se puede conformar el acreedor con la nueva oferta?
3. ¿Es la oferta del deudor la mejor disponible que hay?

²³⁰ HILLMAN, R., *op. cit.*, p. 598.

4. ¿Puede el acreedor exigir sus derechos conforme al contrato original a pesar de aceptar una nueva oferta?
5. ¿Puede el deudor dar garantías de que cumplirá?²³¹

Si las respuestas son afirmativas en el caso concreto, debemos concluir que la aceptación de una nueva oferta del acreedor puede ser considerada como una medida razonable, y resulta especialmente importante tenerla en consideración si le sumamos además un eventual problema de volumen perdido que nos llevaría a considerar como insuficiente en algunos casos la celebración de una operación sustituta con un tercero. La aceptación de esta oferta como medida de mitigación creemos que no excluye, la posibilidad de demandar por el monto de los daños resultantes de la diferencia entre la oferta original y la nueva oferta.

c. Incumplimiento de contrato como medida de mitigación de daños. Un caso de gestión razonable de los remedios.

Es la particularidad de esta medida lo que llama la atención y nos lleva a su examen. Se trata de casos particulares en que la única medida que aparece como razonable es que el acreedor a su vez incumpla con un contrato. Esta situación se dio en un caso estadounidense de 1929 llamado *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* El condado de Rockingham contrató a Luten para que construyera un puente para unir una carretera cuya construcción también estaba programada; ocurrió que la carretera se canceló y se le dio aviso a Luten para no perseverara

²³¹ *Ibíd.*, pp. 598 y ss.

con la construcción del puente, del que llevaba muy poco avance, ascendiendo el total de los costos a \$ 1900, pero a pesar de este aviso, la compañía continuó con el trabajo. Debemos considerar que aquí no ha operado ninguna forma de terminación del contrato, por lo que estrictamente Luten cumplía con sus obligaciones. Meses más tarde, Luten demandó al condado de Rockingham por la suma de \$ 18.301,07. La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito consideró que la compañía no podía continuar con la construcción y acumular de esta manera daños ya que después del aviso del incumplimiento estaba en el deber de no hacer nada que pudiera aumentar los daños. Por lo que finalmente condenó al condado de Rockingham, pero descontó los gastos incurridos entre el aviso y la demanda²³².

El caso presentado es interesante porque el acreedor simplemente cumplió con el contrato y solo demandó los daños ocasionados a propósito del incumplimiento. Esto nos demuestra que no es posible anticipar en forma teórica qué medida se puede considerar razonable ya que esta dependerá de las circunstancias especiales del caso concreto. Demuestra además que el acreedor no se puede asilar en el cumplimiento de sus obligaciones para aumentar los daños por los que va a demandar. El razonamiento de la Corte es plenamente aplicable en nuestro Derecho porque en definitiva los daños excluidos son innecesarios o evitables, y por lo tanto, tienen su causa en la obstinación del acreedor y no en el incumplimiento del deudor.

²³² Caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* [en línea]
<<http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/LutenBridge.pdf>> [consulta:08 febrero 2013]

Además se vincula con dos problemas ya examinados. En primer lugar, a la gestión razonable de remedios; esto lo tratamos a propósito de la Convención de Viena y nos remitiremos a lo señalado en el cuarto punto del quinto capítulo, solo agregar que a pesar de que la gestión razonable de los remedios llevaba al demandante en este caso a detener las obras y demandar por los daños consistentes en los gastos incurridos y en el beneficio que pudo haber obtenido del contrato. Además, se vincula con el problema de determinar el momento en que se deben adoptar las medidas; sabemos que no es posible esperar a que el acreedor tenga conocimiento del incumplimiento para comenzar a adoptar medidas, basta con un conocimiento de que existe una posibilidad cierta de que va a incumplir, sea por que no puede o no quiere cumplir.

6.7 Aparente contradicción entre la carga de mitigar el daño y el principio de reparación integral del daño.

El principio de reparación integral del daño es uno de los pilares fundamentales en los que se sustenta todo el sistema de responsabilidad civil contractual, toda vez que éste persigue colocar al acreedor en la misma situación jurídico-económica de haber sido cumplido íntegra y efectivamente el contrato celebrado.

En términos simples, este principio se traduce en que el perjuicio es el límite de la reparación. Se indemniza el perjuicio, pero nada más que el perjuicio²³³.

Sin embargo, este principio existe paralelamente a un sinnúmero de excepciones que obedecen a diversas justificaciones; excepciones que lejos de poner en duda su existencia, lo confirman. Dichas excepciones son variadas. Algunas derivan del funcionamiento mismo del sistema de reparación, otras en razones de tipo económico y, otras, tienen un fundamento legal, jurisprudencial o convencional²³⁴.

Dentro de los límites legales a la reparación integral del daño, nos encontramos con los límites legales clásicos, esto es, que el perjuicio sea directo y, en los casos de incumplimiento culpable, previsible. Como ocurre con el artículo 1558 del Código Civil de acuerdo al cual solo son resarcibles los daños directos o inmediatos y que además son previsibles cuando el incumplimiento es culpable.

Como hemos venido sosteniendo hasta ahora, la carga de mitigar el daño se analiza dentro del elemento causalidad; como una excepción implícita dentro de él; y es por ello que sostenemos que no existe una contradicción entre este principio fundante de la responsabilidad civil contractual y la carga de mitigar.

²³³ DOMÍNGUEZ, R. 2010. Los Límites al Principio de Reparación Integral. Revista Chilena de Derecho Privado, N°15: pp. 9 a 28.

²³⁴ DOMÍNGUEZ, R. 2010., *op. cit.*, p.11.

Esta última constituye una más de las otras tantas excepciones recogidas en nuestro ordenamiento jurídico²³⁵, cuya existencia y consagración se hacen necesarias por diversos motivos, razón que hace de la reparación integral de todo daño una mera ilusión que en la realidad se ve limitada incluso por tendencias jurisprudenciales y por la capacidad económica del obligado a indemnizar.

La indemnización supone un peso económico para quien debe soportar la carga de la reparación, consideración que requiere de especial preocupación cuando la indemnización va a recaer, de cualquier modo, en el Estado, que tiene sus fondos sujetos a determinaciones presupuestarias. Y así, aunque la doctrina estima, en general, que la evaluación de la reparación queda limitada sólo por la dimensión del daño, consideraciones económicas llevan en la práctica a tener en cuenta la situación de quien debe reparar, para que la indemnización no llegue a significar un peso económico ruinoso o a recargar imprevistamente presupuestos acotados²³⁶.

En este contexto la carga de mitigar el daño no se encuentra en oposición al principio de reparación integral: solo constituye una excepción necesaria para efectos de conservar la coherencia del sistema clásico de responsabilidad, el cual requiere el elemento de vínculo causal entre el actuar del agente y el perjuicio ocasionado. Lo que es consecuente con que en definitiva el monto de la indemnización deba coincidir con el daño causado, habiendo ya expuesto porque

²³⁵ Otros casos solo a vía ejemplar es lo que ocurre con la indemnización en el caso de incumplirse con obligaciones monetarias; cláusula penal y cláusulas limitativas de la responsabilidad civil.

²³⁶ DOMÍNGUEZ, R. 2010, *op. cit.*, pp. 13 a 14.

no existe el vínculo causal entre daño evitable e incumplimiento, no queda más que concluir que no se justifica la indemnización de estos daños con la excusa de que con ellos se obtendrá una reparación integral, por exceder el ámbito de daños reparables amparado por el principio.

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, sostenemos que frente al incumplimiento contractual del deudor, el acreedor no puede quedarse en una absoluta pasividad, sino que debe tomar una actitud activa y velar porque los daños producto del incumplimiento no aumenten y, en lo posible, que disminuyan como consecuencia de la adopción de medidas razonables.

Esta regla de mitigación, que comúnmente se denomina deber de mitigar el daño, tiene la naturaleza de una carga, considerando los efectos de su incumplimiento, toda vez que no da lugar a ejecución forzada ni a los demás remedios que contempla nuestro ordenamiento para el evento que la obligación no se cumpla. El acreedor se ve perjudicado en el ejercicio de un derecho, en este caso, en aquel que dice relación con la indemnización de perjuicios que le corresponde.

Cumple así un importante rol en materia de incumplimiento de contratos ya que nos permite ajustar los montos de la indemnización a los daños que efectivamente tienen su fuente en el incumplimiento, sirviendo así como una herramienta para excluir daños del monto de la indemnización.

La gran interrogante que nos propusimos resolver con este trabajo fue: La legislación civil contractual chilena ¿Acoge la carga de mitigar el daño? Y de ser

ello afirmativo, ¿Cuál es la o las bases sobre las cuales se puede fundamentar esta carga?

Concluimos que es posible sostener la existencia de la carga de mitigar el daño en nuestra legislación; y que las bases sobre las que debe cimentarse deben buscarse en la falta de relación de causalidad existente entre los daños no mitigados y el incumplimiento del deudor; como asimismo en el concepto de buena fe objetiva. Todo ello teniendo en cuenta que los daños no mitigados son daños evitables, por lo que no pueden ser considerados como una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, siguiendo al artículo 1558 del Código Civil.

Fundamentar la aplicación del principio de la mitigación del daño sólo en la causalidad es un error, pues para poder construir la interrupción del vínculo causal es necesario primero construir un deber de conducta que pueda serle exigible al acreedor para luego, partiendo de él, pueda pasarse, en un segundo examen, a analizar la interrupción del vínculo causal entre el incumplimiento y el daño. El deber de conducta del acreedor de desplegar una conducta mitigadora razonable, de acuerdo a las circunstancias, lo encontramos, como lo decíamos con anterioridad, en el principio de la buena fe objetiva.

Es por eso que la base de la construcción de este principio descansa además en el artículo 1546, debido a que el fundamento último de esta carga del acreedor es el deber que tienen las partes durante todo el *iter* contractual (incluyendo la

fase precontractual) de comportarse acorde a las expectativas razonables de su contraparte, es decir, actuar de buena fe.

A partir de lo anterior concluimos que es posible reconocer la carga del acreedor de mitigar el daño, como una regla de general aplicación dentro de nuestro sistema de responsabilidad contractual; regla que necesariamente debe ser construida conforme y a partir de los artículos 1546 y 1558 del Código Civil siendo, por tanto, aplicable la institución en estudio a cualquier clase de contrato.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, TESIS Y REVISTAS

ACHURRA, J. 2005. Derecho de seguros. Tomos 2 y 3. Universidad de los Andes. Santiago.

ALESSANDRI, A. 1943. Responsabilidad extracontractual. Editorial Universitaria. Santiago.

ANDRADE, A. 2012. Historicidad, jurídica y aplicabilidad de la noción de *lex mercatoria*: Un análisis desde el pluralismo jurídico”. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Universidad de Chile. Santiago.

ATIYAH, P. S. 1966. The sale of goods. Tercera edición. Sir Isaac Pitman and sons Ltd. Londres.

ATIYAH, P., SMITH, S. 2006. Atiyah's introduction to the law of contracts. Sexta edición, Clarendon press, Oxford University. New York.

BARAONA, J. 2008. La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual). Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de Los Andes, número 15.

BARROS, E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica. Santiago.

BIGLIAZZI, L.; BRECCIA, H.; BUSNELLI, F. y NATOLI, H. 1992. Derecho Civil, tomo I, volumen 2, Hechos y Actos Jurídicos, 1ª edición en español, traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

BOETSCH, C. 2011. La buena fe contractual. Editorial Jurídica. Santiago.

CLARO, L. 1979. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen V. Editorial Jurídica. Santiago.

CORRAL, H. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

CORRAL, H. 2008 Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual. Cuadernos de extensión jurídica (Universidad de los Andes) N° 15. 2008.

COURTNEY, T. 2011. Mitigation of damage. Smart Business Inc. [en línea] <<http://www.novackmacey.com/wp-content/uploads/2011/12/Courtney-Tedrowe-Interview-in-Smart-Business-Dec-2011.pdf> >

DÍEZ PICAZO, L. 1996. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Tomo I. Quinta edición. Editorial Civitas. Madrid.

DIEZ PICAZO, L. 1996. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial .Tomo II. Quinta edición. Editorial Civitas. Madrid.

DIEZ PICAZO, L.; ROCA, E.; MORALES, A. 2002. Los principios del derecho europeo de los contratos. Editorial Civitas. 1ª edición. Madrid.

D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M.; y BURILLO, J. 1968. Digesto de Justiniano, versión castellana. Editorial Aranzadi. Pamplona.

DOMINGUEZ, R. Notas sobre el deber de minimizar el daño. Revista Chilena de Derecho Privado, número 5.

EIRANOVAS, E. 1998. Código Civil Alemán Comentado. Ediciones jurídicas y sociales Marcial Pons. Madrid.

FARNSWORTH, E. 2004. Contracts. Aspen Publishers. Nueva York.

FUENTES, R. 2005. El deber de evitar o mitigar el daño. Revista de derecho, Universidad de Concepción Números 217-218.

FUENTES, R. 2009. La extensión del daño contractual en los Derechos español y chileno. Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Salamanca.

FUEYO, F. 1990 Instituciones de Derecho Civil Moderno. Editorial Jurídica. Santiago.

GALGANO, F. 2005. La globalización en el espejo del Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires.

- GANDARILLAS, C. 2008. Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual. Estudios de Derecho Civil IV. Editorial LegalPublishing. Santiago.
- GATICA, S. 1959. Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato. Editorial Jurídica. Santiago.
- HILLMAN, R. 1975-1976. Keeping the deal together after material breach-common law mitigation rules, the UCC and the restatement (second) of contracts. University of Colorado Law Review, Vol. 47.
- LARENZ, K. 1958. Derecho de obligaciones .Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- LOEWENWARTWER, V. 1935. Derecho Civil Alemán Tomo I. Prensas de la Universidad de Chile. Santiago.
- LOPEZ, J. 2007. Informe en derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización, de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo. Revista Chilena de Derecho Privado N° 8.
- LORENZETTI, L. 2000. Esquema de una teoría sistémica del contrato. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Palestra. Lima.
- MARKESINIS, B.; LORENZ, W.; DANNEMANN, G. 1997. The german law of obligations. Clarendon Press, Oxford.
- MESSINEO, F. 1958. Doctrina general del contrato. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- MORALES, A. 2006. La modernización del derecho de las obligaciones. Editorial Thomson Civitas. Madrid.
- PEÑAILILLO, D. 1996. El enriquecimiento sin causa. principio de derecho y fuentes de obligaciones. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, número 199.
- PICAND, E. 2005. Arbitraje comercial internacional. Tomo I. Editorial Jurídica. Santiago.
- POTHIER, R. 1947. Tratado de las obligaciones. Editorial Atalaya. Buenos Aires.

PREVOT, M. 2010. El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la responsabilidad Civil. Revista Fueyo N° 15.

RAMÍREZ, M. 2009. Derecho Internacional privado. Segunda Edición. Editorial Legalpublishing. Santiago.

RODRÍGUEZ, M. 2007. El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Una breve aproximación al Tema. Revist@ e-mercatoria, volumen 6, número 2.

RODRÍGUEZ, M. 2008. Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia número 15.

RODRÍGUEZ, P. 2003. Responsabilidad Contractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

SAN MARTÍN, L. 2009-2010. Del “deber” del acreedor de evitar o mitigar el daño. Tesis para obtener el grado de doctor. Università degli studi di Roma “Tor Vergata”.

SAN MARTÍN, L. 2011. El Criterio de “lo razonable” Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Revista de Derecho y Justicia número 1.

SMITH, S. 2007. Contract theory. Oxford University Press. New York.

SOLARTE, A. 2004. La buena fe contractual y los deberes secundarios de Conducta. [en línea] <http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf >

SOLER, A. 2009. La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR [en línea] <http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf >

TRONCOSO, M. 2011. La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, número 21.

VIDAL, A. 2005. La gestión razonable de los efectos del incumplimiento. Revista de Derecho (Valdivia) volumen 18, número 2.

VIDAL, A. 2006. La protección del comprador (en la compraventa internacional de mercaderías). Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil. Ediciones universitarias de Valparaíso PUCV. Valparaíso.

VIDAL, A. 2008. La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios contractuales. En Estudios de Derecho Civil III (coordinador) Alejandro Guzmán Brito. Segunda edición. Editorial LegalPublishing. Santiago.

JURISPRUDENCIA

- R. Motor s.n.c. v. M. Auto Vertriebs GmbH. [en línea] <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=118>> [consulta: 04 de febrero de 2013].

- Sentencia dictada en Alemania el 9 de mayo de 2000, por el Landgericht Darmstadt, disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=501&step=abstract>

- Sentencia dictada en Alemania el 25 de junio de 1997, por el Bundesgerichtshof, texto original y resumen en inglés disponibles en: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=257&step0abstract>

- Caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* [en línea] <<http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/LutenBridge.pdf>> [consulta:08 febrero 2013]

- Revista derecho y jurisprudencia N° 96. Santiago, 1999.

- Gaceta Jurídica N° 283. Santiago 2004.

SITIOS

- www.bcn.cl
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>
- http://www.michigan.gov/documents/entireuccbook_18831_7.pdf
- <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=821>
- <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>
- <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>
- <http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1527&lng=es>
- <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>
- <http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/LutenBridge.pdf>