

# El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano\*

The duty to mitigate damages for breach of contract.  
Study on its adoption in colombian private law

Jorge Luis Barone González\*\*

Citar este artículo como: Barone, J. (2018). El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual.  
*Revista Verba Iuris*, 13(39), pp. 81-106

## Resumen

El presente estudio tiene por objeto abordar el deber de mitigar los daños en el contexto del Derecho privado colombiano, con el propósito de establecer si puede considerarse o no como una regla exigible en todos los contratos. Lo anterior, a pesar de que en Colombia no existe norma alguna que en forma general y expresa imponga un deber de morigerar el perjuicio en materia contractual. Para tal efecto, se ha adelantado una investigación que comprende la aproximación a la jurisprudencia y la doctrina más relevante sobre la materia, tanto nacional como extranjera, además del análisis dogmático de las normas pertinentes. Con base en dichas fuentes se ha establecido el contenido, naturaleza jurídica y alcance del deber de mitigar los daños, para finalmente precisar los postulados normativos presentes en el régimen contractual colombiano, a partir de los cuales puede inferirse la figura como regla general.

**Palabras clave:** Contratos, responsabilidad contractual, deber de mitigar los daños.

The purpose of this study is to address the duty of mitigating damages in the context of Colombian Private Law, with the purpose of establishing whether or not it can be considered as an enforceable rule in all contracts. The foregoing, despite the fact that in Colombia there is no rule that in a general and express way imposes a duty to mitigate the damage in contractual matters. To that end, an investigation has been carried out that includes an approach to the Jurisprudence

---

Fecha de Recepción: 6 de septiembre de 2017 • Fecha de Aprobación: 6 de noviembre de 2017

\* El artículo es producto del proyecto de investigación: “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, gestionado en el programa de la Maestría en Derecho en la Universidad Sergio Arboleda.

\*\* Abogado con Maestría en Derecho otorgada por la Universidad Sergio Arboleda. Socio de la firma Gamboa & Acevedo Abogados en la cual se desempeña como miembro de su área de litigios. Correo electrónico: jlbarone@galegal.co

Reception Date: September 6, 2017 • Approval Date: November 6, 2017

\* This article is the product of the research project “The Duty to Mitigate Damages for Breach of Contract. Study on its Adoption in Colombian Private Law” managed in the Master Program of Universidad Sergio Arboleda.

\*\* Lawyer with LLM - Master Degree in Law granted by Universidad Sergio Arboleda. Partner of the Firm Gamboa & Acevedo Abogados, in which he is a member of its litigation area. Electronic mail: jlbarone@galegal.co

and the most relevant Doctrine on the subject, both national and foreign, as well as the dogmatic analysis of the pertinent norms. Based on these sources, the content, legal nature and scope of the duty to mitigate the damages has been established, to finally specify the normative postulates present in the Colombian contractual regime, from which the figure can be inferred as a general rule.

**Keywords:** Contracts, Contractual Responsibility, Duty to Mitigate Damages.

## Introducción

El deber de mitigar los daños es, en principio, ajeno al sistema de Derecho europeo continental. A manera de ejemplo, en Colombia sólo está consagrado de forma expresa y especial para el contrato de seguros, en el artículo 1074 Código de Comercio<sup>1</sup>. Adicionalmente, se contemplada en el artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980<sup>2</sup>, adoptada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999 y en vigor desde el 1° de agosto de 2002<sup>3</sup>.

La ausencia en nuestro régimen contractual de una cláusula general que imponga al acreedor el deber de aminorar las pérdidas causadas por el incumplimiento del deudor permitiría pensar que la mitigación de daños es sólo aplicable a las figuras contractuales arriba señaladas. Sin embargo, cabe evaluar el papel del acreedor ante el daño que le ha sido infringido con ocasión del incumplimiento del deudor en todo tipo de contratos y, por ello, preguntarse si existen los fundamentos para predicar que el deber de mitigar los daños es o no una regla general, toda vez que el tráfico moderno exige replantear los fundamentos de la responsabilidad civil, para centrarse no solo en el problema del daño y su indemnización, sino también en su prevención y aminoramiento.

En ese sentido, en este trabajo se plantea la hipótesis de que el deber de mitigar los daños es una carga general del Derecho de contratos colombiano<sup>4</sup>, por no resultar aceptable que

el acreedor permanezca inerte ante el daño causado para posteriormente reclamar una indemnización de perjuicios que pudo evitar o mitigar, en todo o en parte. En consideración a lo anterior, el objetivo general del estudio será determinar la naturaleza jurídica y alcance del deber de mitigar los daños ante el incumplimiento contractual, para precisar si corresponde a una carga o una obligación y, finalmente, explorar si puede sostenerse que se trata de una figura jurídica aplicable a todas las operaciones contractuales en el Derecho privado colombiano.

De acuerdo con lo anterior, se ha dividido el presente escrito en tres secciones que, en su orden, pretenden atender los siguientes objetivos específicos: (I) establecer el origen del deber de mitigar los daños; (II) determinar su naturaleza y alcance; y (III) establecer los fundamentos para considerar que en el Derecho colombiano existe un deber general de mitigar los daños en los eventos de incumplimiento contractual. En esta última sección también se hará una breve referencia al deber de mitigar los daños en el contexto de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que como ya se anotó forma parte del Derecho nacional.

Para la preparación este trabajo se ha examinado la jurisprudencia<sup>5</sup> y la doctrina nacional y extranjera más relevante sobre la materia, además del análisis dogmático de las normas pertinentes, de forma que pueda verificarse o informarse la hipótesis planteada según la cual la mitigación de daños corresponde a una carga general del Derecho colombiano de contratos.

## Origen y vigencia del deber de mitigar los daños

En esta sección se hará una breve aproximación al origen histórico del deber de mitigar los daños, así como su vigencia en las distintas legislaciones modernas. En primer lugar, se revisará la existencia de la figura en el Derecho romano. Luego se estudiará el deber de mitigar los daños en el contexto del *Common Law*. Finalmente, se hará una breve referencia al reconocimiento del deber de mitigar los daños en la tradición del Derecho continental europeo.

### El deber de mitigar en el derecho romano

Aunque los romanos no desarrollaron una noción del deber de mitigar los daños, San Martín (2012, p. 101-105) sostiene que, de todas maneras, sí entendían que el daño evitable por el acreedor no formaba parte del *quantum respondeatur*. San Martín atribuye a Alfeno Varo (D. 9, 2. 52 pr.) la primera referencia romana al entendimiento del deber de mitigar los daños, que se desarrolló a partir de la teoría de la causalidad y concretamente del problema de las concausas en la producción del daño, así como del deber de diligencia en el tratamiento de los asuntos propios o ajenos. El caso estuvo referido a un esclavo herido por un tercero, cuyo dueño demora unos días en llevarlo al médico y, en consecuencia, muere. El jurisconsulto concluye que el dueño solo tendrá la acción por la muerte del esclavo si ésta no se produjo por la ignorancia del médico, ni por la “negligencia del dueño”.

Por su parte, Rodríguez (2008, p. 115), González (2004, p. 130) y Adame (1993, p. 77) hacen particular referencia a un texto atribuido al jurisconsulto romano Ulpiano (D. 18, 6. 1. 3), en el que se invita al vendedor a no derramar el vino por no haberse hecho presente su comprador en el lugar previsto

para su medición y entrega. En tal evento, se indica que el vendedor puede recuperar el valor equivalente al arriendo de las tinajas, si hubiere tenido interés en que estuvieran vacías o si arrendó otras para evitar derramar el vino, o venderlo a un tercero con el menor detrimento para el comprador incumplido, con lo cual se quiso expresar que tiene derecho a recuperar la diferencia.

De hecho, San Martín (2012, p. 192 y ss.) y D’Aoust (1991, p. 329) precisan que no sólo los romanos consideraban que el daño evitable debía ser excluido del daño resarcible, sino también que dicho entendimiento se vio reflejado en las obras de Du Molin, Domat y Pothier y que sólo vino a desaparecer en la época previa a la codificación, a partir de las obras de Demolombe, y de Colin y Capitant. De todas maneras, lo anterior indica que el sentido actual del deber de mitigar los daños no se encontraría en el Derecho romano ni el antiguo derecho francés. Su significado y alcance moderno se habría desarrollado en la tradición del *Common Law* como se verá a en seguida.

### El deber de mitigar los daños en el *Common Law*

La doctrina mayoritaria coincide en que la noción moderna del deber de mitigar el daño se desarrolla en el sistema del *Common Law*. Soler (1998, p. 621) ubica su origen en la pandectística alemana, aunque de todas maneras acepta que su desarrollo se ha dado en el marco del Derecho anglosajón. En efecto, López (2007, p. 325) trae a colación el caso *Staniford Vs. Lyall* de 1830, en el que se estableció que la víctima no puede ser indemnizada por los perjuicios que pudo haber evitado mediante la adopción de las medidas razonables a su alcance. Inclusive, indica un caso norteamericano de 1677 en el que se hizo alusión a la carga de mitigar los daños, que también refiere Troncoso. (2011, p. 361)

Se trata del asunto *Vertue Vs. Bird* que versó sobre un comerciante que ante el rechazo injustificado de la mercancía, dejó abandonados los caballos que la transportaban expuestos a una tormenta. Los animales murieron, el vendedor demandó y, adicional a los perjuicios por la inejecución contractual, solicitó la reparación por la pérdida de los animales. El tribunal al fallar el caso determinó que el vendedor bien pudo poner a resguardo los caballos para evitar su muerte, razón por la que no tenía derecho a la indemnización por ese concepto.

En el sistema del *Common Law* se han decantado tres límites al derecho del acreedor a ser indemnizado por causa del incumplimiento de su deudor (Farnsworth, 2004, pp. 759-760): (i) la parte afectada no puede recuperar los perjuicios que la parte incumplida no habría podido razonablemente prever como resultado del incumplimiento; (ii) el afectado no puede recuperar sino los daños probados con razonable certeza; y (iii) tampoco puede recuperar las pérdidas que habría podido evitar tomando las medidas razonables según el caso, que enmarca el deber de mitigar los daños.

Mc Kendrick (2010, p. 899), Poole (2008 p. 427) y Treitel (2003, p. 1062) sitúan el origen de la definición dogmática del deber de mitigar los daños en el caso inglés *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. Vs. Underground Electric Railways Co of London Ltd.*, ventilado ante la Cámara de los Lores en 1912.

La controversia se originó por el incumplimiento de un contrato de venta de turbinas, cuya eficiencia en el consumo de carbón resultó inferior a lo pactado. El comprador demandó al vendedor y, paralelamente, adquirió unas turbinas que resultaron más eficientes a las previstas en el contrato incumplido. Como consecuencia de lo anterior, se generaron ventajas económicas para el comprador por disminución de los costos de operación de las turbinas. En el curso del proceso, la Cámara

de los Lores sostuvo que el demandante no podía solicitar una indemnización por pérdida de utilidad partiendo de la hipótesis del daño que pudo haber generado el incumplimiento del contrato, pues lo concreto era que había tomado medidas para mitigar sus perjuicios, las cuales inclusive le generaron una mayor utilidad. Por tanto, estableció las siguientes reglas: (i) el demandante no puede recuperar los daños por la pérdida que era evitable; (ii) el demandante no puede recuperar los daños por la pérdida que evitó; y (iii) el demandante puede recuperar el valor de los gastos incurridos para evitar o tratar de evitar la pérdida.

Esta jurisprudencia ha servido de fundamento para la consagración normativa del deber de mitigar los daños en el derecho inglés, *The Sale of Goods Act* de 1979 -artículos 50 y 51-, así como su incorporación en el *Uniform Commercial Code* -artículo 2-715-, el *Restatement (Second) of the Law of Contracts* -§350- y el *Restatement (Second) of the Law of Torts* -§918- del *American Law Institute*. En todas estas fuentes se excluye del daño resarcible el perjuicio que razonablemente pudo ser evitado por el acreedor afectado o víctima<sup>6</sup>.

En resumen, aunque algún sector de la doctrina ha podido acreditar que los romanos se aproximaron a la noción del deber de mitigar los daños, la figura en su acepción actual deriva del sistema del *Common Law* donde corresponde a uno de los tres criterios de limitación del daño resarcible, de tal suerte que el acreedor no puede recuperar el daño que razonablemente habría podido evitar.

## El deber de mitigar los daños en el Derecho europeo continental

Durante la investigación que dio lugar a este trabajo se pudo constatar que en varios países del sistema de Derecho europeo continental<sup>7</sup>, el problema sobre la existencia del deber de

mitigar los daños está resuelto favorablemente, mediante norma expresa que lo consagra. Tal es el caso de Alemania: § 254 del BGB; Bolivia: artículo 348 del Código Civil; Canadá (Provincia de Quebec): artículo 1479 del Código Civil; Holanda: artículo 6:101 del Código Civil; Italia: artículo 1227-1 del Código Civil; Perú: artículo 1327 del Código Civil; y Suiza: artículo 44 del Código de las Obligaciones.

En otros escenarios la doctrina ha aceptado el deber de mitigar los daños, a pesar de la ausencia de norma general que lo imponga y para justificarlo brinda distintas soluciones. Así, De Lorenzo *et. al.* (2012, p. 105) señalan que en Argentina la doctrina acepta que, tanto en los escenarios contractuales como extracontractuales, el afectado tiene el imperativo del propio interés de tomar las medidas ordinarias para impedir la propagación del perjuicio.

En Brasil la doctrina y la jurisprudencia lo aceptan como una derivación del principio de la buena fe objetiva y, concretamente, como una expresión del deber de colaboración contractual (De Almeida *et. al.*, 2012, p. 200 y 201). Esta aproximación del deber de mitigar los daños a partir de la buena fe es compartida en Paraguay por Dos Santos *et. al.* (2012, p. 472), en Uruguay por Díaz *et. al.* (2012, p. 544) y en Venezuela por Annicchiarico y Madrid (2012, p. 635).

En Chile por Bahamondes *et. al.* (2012, p. 370) consideran el deber de mitigar los daños como una expresión de la buena fe. Por su parte, Domínguez (2005, p. 90 y 91) estima que el fundamento técnico de la mitigación de daños se encuentra en el plano de la causalidad y de lo que denomina como “principio de autorresponsabilidad”. Para este autor, si quien sufre el daño, aunque no hubiere intervenido en su producción, se abstiene de realizar lo necesario para mitigarlo, tal omisión interviene en la magnitud final del perjuicio. Bajo la anterior premisa, afirma que la negligencia del acreedor es culpable y, en consecuencia, tiene el efecto

de romper con el vínculo causal existente entre la culpa del deudor que inicialmente causa el daño y el perjuicio final.

Por el contrario, en Francia la doctrina ha podido averiguar que el deber de mitigar los daños es considerado extraño al sistema, a tal punto que la jurisprudencia de ese país expresamente la ha rechazado (Delebecque, 2012; San Martín, 2012, p. 197; López, 2007, p. 327). Tanto para asuntos contractuales como extracontractuales, se ha sostenido que el deber de mitigar los daños es un criterio de delimitación del daño resarcible ajeno al derecho francés y contrario al principio de reparación integral.

No obstante, con excepción del escenario francés puede notarse que la carga de mitigar el perjuicio goza de aceptación mayoritaria entre los países que al igual que Colombia pertenecen al sistema del Derecho continental europeo, lo que justifica la aproximación a la figura en el panorama doméstico.

## **Concepto, naturaleza jurídica y alcance del deber de mitigar los daños**

En esta sección se abordará la noción dogmática del deber de mitigar los daños, su naturaleza jurídica y su alcance en la forma como ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de una figura poco estudiada en nuestro sistema y, por tanto, lo propio es iniciarse por la definición misma de lo que es objeto este trabajo.

### **Concepto**

El deber de mitigar los daños, también denominado deber de cooperación u obligación para sí mismo (Opie, 2005, p. 2), constituye un límite a la protección del derecho del afectado con el incumplimiento en lo que concierne a la cuantía de la indemnización (Vidal, 2006, p. 455), que

surge con posterioridad a la causación del daño. (Treitel 2003, p. 1058; Soler, 1998, p. 622)

Esta figura jurídica impone al acreedor el deber de adoptar las medidas razonables a su alcance para disminuir el daño derivado del incumplimiento del contrato (Mc Kendrick, 2010, p. 899; Vidal, 2007, p. 444; Farnsworth, 2004, p. 779) y, correlativamente, abstenerse de aquéllas irrazonables que puedan incrementarlo (Fuentes, 2005, p. 230; Treitel 2003, p. 1058). Esto significa que el deber de mitigación opera como un mecanismo de desincentivo a las actitudes pasivas o negligentes del acreedor frente al incumplimiento, y lo conmina a impedir la agravación del daño. (Farnsworth, 2004, p. 779; Soler, 1998, p. 622)

El reconocimiento del deber de mitigar el daño produce inicialmente un impacto en la posición del deudor, mas no puede afirmarse lo mismo de su observancia. Lo que protege al deudor es la aceptación del deber de mitigar los daños en un ordenamiento jurídico, pues dado lo anterior su observancia será del especial y exclusivo interés del acreedor, quien no podrá recuperar los perjuicios que razonablemente pudo evitar (Jaramillo, 2013, p. 191-197; Farnsworth, 2004, p. 779). Si en cambio adopta las medidas mitigadoras que resulten razonables, entonces tendrá derecho al resarcimiento de los costos en que para tal efecto hubiere incurrido. (Block, 1985, p. 1113; Reino Unido, Cámara de los Lores, 1912)

## Naturaleza jurídica

En forma preliminar es necesario precisar que algún sector de la doctrina parece haber entendido que el deber de mitigar los daños corresponde a una expresión de la concurrencia de culpas (Honnold, 1999, §417; Larenz, 1958, p. 219). Sin embargo, la concurrencia de culpas gira en torno al problema de la responsabilidad, es decir, del *an debeat* y se refiere a una circunstancia en la cual tanto el deudor como

el acreedor le resulta imputable la aparición del daño. En cambio, en la mitigación de daños el problema del *an debeat* ha sido resuelto en el sentido de que el daño surge por causa imputable al deudor. (San Martín, 2012, p. 27; López, 2007, p. 333). De no observarse el deber de mitigar, la culpa o inactividad del acreedor sería considerada como causa de la agravación del daño, de ser el caso, pero no de su aparición. Es por ello por lo que en el *Common Law* los problemas de concurrencia de culpas son resueltos bajo la órbita de la figura equivalente denominada "*contributory negligence*" y no como un asunto de mitigación de daños. (Poole, 2008, p. 415; Treitel, 2003, p. 1064)

Hecha la anterior precisión, debe determinarse si el deber de mitigar los daños es una obligación jurídica o, en su defecto, establecer cuál sería entonces su naturaleza. Para ello es necesario dejar sentada la premisa de que en el *Common Law* es claro que quien tiene interés por mitigar la pérdida es el acreedor. Como bien lo señala Treitel si éste "falla en adoptar las medidas razonables para minimizar su pérdida, no puede recuperar nada con respecto al daño adicional por dicha falla". (2003, p. 1059). Con base en el referido supuesto es posible entrar a estudiar cuál es la naturaleza del deber de mitigar los daños y, consecuencialmente, su ubicación en la estructura de la relación obligatoria.

Al respecto, tradicionalmente se ha concebido la obligación como un vínculo jurídico por el cual una o varias personas (parte deudora) están constreñidas a dar, hacer o no hacer algo (prestación) a favor de otra u otras (parte acreedora) (Diez-Picazo, 2008, p. 64; Hinestrosa, 2002, p. 55; Ospina, 1987, p. 20). Si el deudor no cumple o no se allana a cumplir con la prestación a su cargo, el acreedor puede compelerlo a ello<sup>8</sup>. Bajo esta perspectiva, la relación obligatoria corresponde a una situación integrada por dos partes, acreedora y deudora, en la que la primera tiene un derecho subjetivo y la segunda

la obligación de satisfacerlo (Diez-Picazo, 2008, p. 89; Vázquez, 1995, p. 184). Esta obligación correlativamente faculta al acreedor para exigir en forma coactiva el cumplimiento cuando el deudor se abstiene de hacerlo o lo hace en forma defectuosa.

Sin embargo, la anterior es una visión simplista de la relación obligatoria. Autores destacados sobre la materia han concluido que la posición acreedora no se agota en la existencia de un derecho subjetivo y las facultades que de éste derivan, sino que también le asigna cargas y deberes. (Diez-Picazo, 2008, p. 102; Cabanillas, 1988, p. 21)

El concepto de carga tiene su origen en el Derecho procesal y ha sido especialmente estudiado por la doctrina alemana e italiana (Cabanillas, 1988, p. 22). Según Diez-Picazo (2008, p. 110, 134) su formulación dogmática se le atribuye a Goldschmidt y Carnelutti. Con la noción de carga se buscó explicar aquellos eventos en los cuales las partes de un proceso debían adoptar una determinada conducta para evitar un perjuicio procesal. Un ejemplo elemental corresponde a la “carga de la prueba”: si el demandante no prueba los hechos en que basa sus pretensiones, obtendrá al finalizar el proceso una sentencia desfavorable. No es que el demandante esté obligado a probar pues nadie puede exigirle que pruebe, pero si no lo hace debe asumir las consecuencias desfavorables de tal circunstancia. Ello explica que los alemanes hayan acuñado la expresión “imperativos del propio interés” para explicar el concepto de carga. (Vázquez, 1995, p. 186; Cabanillas, 1980, p. 22)

En ese sentido, la obligación se distingue de la carga por cuanto la primera está destinada a satisfacer un interés ajeno, lo que explica que pueda ser exigida en forma coactiva (Betti, 2000, p. 96). La carga en cambio se encamina a satisfacer un interés propio, por lo que su inobservancia no constituye un acto antijurídico y solo supone la imposibilidad de satisfacer dicho

interés. (Lagos 2006, p. 8; Rocco, 1970, p. 174; Carnelutti, 1956, p. 322; Chioyenda, 1940, p. 85)

### **a.1 El deber de mitigar los daños como carga**

La posición mayoritaria asumida por la doctrina es que el deber de mitigar los daños corresponde a una carga (Troncoso, 2011, p. 357; Rodríguez, 2008, p. 114; Vidal, 2007, p. 442; Diez-Picazo, 1999, p. 322; Soler, 1998, p. 622), lo que además refleja el entendimiento que se tiene de esta figura en el *Common Law*. En efecto, Farnsworth (2004, p. 789) sostiene que el acreedor no incurre en responsabilidad por no adoptar las medidas razonables para mitigar el daño, sino que simplemente se verá imposibilitado para recuperar los perjuicios derivados de su inactividad. Ello es compartido por Treitel (2003, p. 1059), para quien la inobservancia del deber de mitigar impide recuperar el daño adicional que por tal causa se hubiere producido, sin que para ello el autor refiera la existencia de una acción de disminución de perjuicios en cabeza del deudor.

El deber de mitigar los daños como carga parte de la afirmación de la premisa indicada al principio de esta sección, en el sentido de que es el acreedor quien tiene el interés por evitar el incremento de los perjuicios, de ahí que la inobservancia del deber tendrá la consecuencia jurídica de afectar dicho interés propio, sin necesidad de que el deudor ejerza acción alguna.

### **a.2 El deber de mitigar los daños como obligación**

Al analizar el artículo 77 de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, Tomás Vázquez (1995, p. 188) llega a la conclusión de que el deber de mitigar los daños en el contexto de ese tratado es una obligación y no una carga.

En ese sentido, afirma que el incumplimiento del deber de mitigar se sanciona mediante el otorgamiento de una acción de reducción de perjuicios a favor del deudor.

Esta posición, compartida por Adame (1994, p. 178), podría estar fundada como lo afirma San Martín (2012, p. 238) en el comentario histórico a la Convención, que literalmente expresa que el deber de mitigar los daños –inicialmente contemplado en el artículo 73 y posteriormente en el 77– contiene “una obligación de la parte perjudicada respecto de la parte perjudicante”. (Secretaría Uncitral, 1979)

Es cierto que, si un ordenamiento jurídico no reconoce la exigencia del deber de mitigar los daños, el deudor pudiera verse constreñido a reconocer una indemnización agravada por la ausencia de medidas mitigadoras por parte del acreedor. Pero si este deber es aceptado, el beneficio del deudor no es más que un simple reflejo del que percibe el acreedor (Betti, 2000, p. 104), pues en realidad se encuentra protegido aún en caso de inobservancia del deber. En otras palabras, si el deber de mitigar el daño está reconocido y el acreedor no lo observa, no por ello el deudor se verá expuesto a reconocer una mayor indemnización.

Por esta razón, no se comparte la posición de que el deber de mitigar los daños es una verdadera obligación jurídica. Quizá la palabra “deber” ha jugado un papel desafortunado en el entendimiento de esta figura, pues incluso en el sistema del *Common Law* la doctrina y la jurisprudencia se han visto en la necesidad de precisar que la mitigación de daños no apareja una acción de reducción de perjuicios en cabeza del deudor. (Farnsworth, 2004, 779)

Así las cosas, se tiene que el deber del deber de mitigar los daños no es una verdadera obligación jurídica, sino una carga del acreedor. Por tanto, su inobservancia en un caso determinado conlleva la reducción de la indemnización en el *quantum* que el acreedor pudo razonablemente

evitar, sin que ello signifique que el deudor goza de una acción autónoma para la reducción del perjuicio evitable.

## b. Alcance

Una primera lectura del tema podría sugerir que se trata de una imposición de resultado y, además, que incorpora cualquier medida que en el caso concreto conlleve la merma de los efectos del incumplimiento. Ambas afirmaciones son equivocadas.

Lo primero que debe anotarse es que el deber de mitigar los daños no se verifica con el resultado. Se entiende que el acreedor lo ha satisfecho si ha adoptado las medidas razonables a su alcance para mitigar el perjuicio una vez ha tenido noticia del incumplimiento (Rodríguez, 2007, p. 15), aun cuando dichas medidas no hayan resultado provechosas. Por tanto, los gastos irracionales no son recuperables, pero los razonables sí (Troncoso, 2011, p. 376; Fuentes, 2005, p. 228; Block, 1985, 1113), incluso cuando a la postre no hubieren producido el esperado efecto de minimizar el daño. (Soler, 2009, p. 13; *Restatement (Second) of The Law of Contracts*, § 350. 2)

El reembolso de los gastos derivados de las medidas razonablemente adoptadas por el acreedor constituye un efecto determinante del deber de mitigar los daños. Como lo señala Jaramillo, “no olvidemos que en tratándose de la hipótesis de la mitigación ya es víctima de un daño, al que se sumaría otro sino mediare el reembolso en cuestión” (2013, p. 189). Por tanto, si el acreedor no tuviere derecho al reembolso de los gastos razonables se estaría desconociendo el principio de reparación integral, pues lejos de verse restituido a la situación anterior a la causación del daño, se encuentra constreñido a agravar su posición asumiendo costos no recuperables para evitar que el perjuicio se extienda.

En segundo lugar, según se ha venido indicando, las medidas deben ser razonables



según las circunstancias (Opie, 2005, punto III; Farnsworth, 2004, p. 780). Esto es, según Ana Soler (1998, p. 625), las que un comerciante diligente habría adoptado en la misma situación del acreedor. Este razonamiento corresponde al de la Cámara de los Loes en el referido caso de 1912, al sostener que en el marco de la mitigación de daños no eran exigibles medidas ajenas al *ordinary course of business*. Por su parte, Treitel (2003, p. 1062) afirma que las medidas mitigadoras no pueden suponer para el acreedor el riesgo de un litigio, el menoscabo de su reputación comercial o la causación de gastos irrazonables, posición que concuerda con el *Restatement (Second) of the Law of Contracts* (§350.1) al señalar que el daño debe ser evitado sin incurrir en humillación, cargas o riesgos innecesarios.

Dicho lo anterior es necesario precisar que ni la doctrina ni la jurisprudencia han señalado una especie de catálogo que determine en forma taxativa cuáles son las medidas mitigadoras. Estas dependerán de las circunstancias del caso, según los criterios generales aquí señalados.

### La mitigación de daños en el régimen contractual nacional

En este punto se busca analizar los fundamentos a partir de los cuales puede considerarse que en el régimen colombiano existe un deber de mitigar los daños, tal y como ha sido entendida la figura, en los eventos de incumplimiento contractual. Para ello se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, se estudiará el deber de mitigar los daños el contexto de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, por tratarse de un instrumento ratificado por Colombia. Luego se precisará el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre la materia. Finalmente, se indicarán cuáles de los varios criterios deducidos como fundamento del deber de mitigar los daños, puede ser de recibo en el ordenamiento nacional.

### El deber de mitigar en la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

La carga de mitigar los daños es una regla común en varios instrumentos de derecho mercantil internacional, por lo que Oviedo (2012, p. 53), Zeller (2005, p. 1) y Derains (1987, p. 377) afirman que esta carga constituye uno de los principios de la *Lex Mercatoria*. En efecto, está contemplada en la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería de 1980 "CISG" -artículo 77- y los Principios Unidroit sobre los Contratos Mercantiles Internacionales -artículo 7.4.8-. Así mismo, ha sido incluida en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos -artículo 9:505- y en el actual borrador del Marco Común de Referencia -Sección 3:705-.

Ahora bien, a continuación, se expondrá brevemente la forma como ha sido entendido el deber de mitigar los daños en el marco de la CISG, cuya pertinencia se justifica en consideración a que dicho tratado fue ratificado por Colombia mediante la Ley 518 de 1999.

### Norma y contenido del deber de mitigar los daños en la CISG

El deber de mitigar los daños se encuentra contemplado en el artículo 77 de la CISG, que establece:

*"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".*

En el artículo 77 de la CISG subyace la idea central de la mitigación, es decir, la

imposibilidad del acreedor afectado por el incumplimiento para reclamar los perjuicios que razonablemente hubiera podido evitar (Saidov, 2001, II.3; Schlechtriem, 1986, p. 99). Aunque es cierto que la norma nada refiere sobre la facultad de recuperar los gastos de las medidas mitigadoras razonablemente adoptadas, tal reconocimiento es un punto pacífico en la jurisprudencia y la doctrina (Riznic, 2010, p. 279). Vidal (2008, p. 446) sostiene sobre el particular que a pesar de que el artículo 77 no se refiere a la posibilidad de recuperar los costos incurridos para mitigar el daño, a este resultado se llega a partir del artículo 74 de la CISG que contiene la regla general de indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

De esta manera la carga de mitigar los daños conlleva, como lo anota Vidal (2008, p. 446-448), un doble efecto –positivo y negativo–, así: si el acreedor adopta las medidas razonables para aminorar las pérdidas derivadas del incumplimiento contractual, tendrá derecho a recuperar los costos en que para tal efecto hubiere incurrido. Por el contrario, si no observa la carga, la indemnización de perjuicios será reducida precisamente en el *quantum* del perjuicio evitable; esta solución también es aplicable al evento en que el acreedor adopte medidas irrazonables cuyo costo tampoco podrá recuperar.

A lo largo de las siguientes líneas se expondrán algunos casos atinentes al tema en estudio, que reflejan la forma como la jurisprudencia se aproxima al problema de la razonabilidad de las medidas mitigadoras y que permitirán evidenciar los efectos derivados de la observancia o no de la carga.

### **Medidas mitigadoras en el contexto de la CISG**

En términos generales la CISG exige que el contrato de compraventa internacional se interprete y sus partes actúen bajo el estándar

de una “persona razonable” (Oviedo, 2008 p. 127; Perales, 2001; Ferrari, 1998, 174; Vilus, 1989, p. 1441). Respecto del artículo 77 esto se refleja y concreta en el deber de “adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias”. Aunque el estándar de la “persona razonable” se menciona en treinta y siete provisiones de la CISG, ninguna precisa cuál es su contenido (Riznic, 2009, §4). Opie afirma que para determinar si una medida es razonable habrá de tenerse en consideración varios factores, tales como el “carácter perecedero de la mercancía, la disponibilidad de mercado, la fluctuación en el precio y las obligaciones frente a terceros”. (2005, punto III)

Según lo expuesto es claro que no existe un catálogo definitivo sobre las medidas razonables para mitigar el daño, aunque la realidad es que tampoco tendría por qué existir (Jaramillo, 2013, p. 180). No obstante, la práctica judicial ha permitido precisar unas conductas que usualmente atienden el requerimiento de mitigar los daños, algunas de las cuales se exponen a continuación, a fin de aclarar lo que habría de esperarse por parte del acreedor en un ordenamiento cualquiera que acepta la existencia de esta carga. Veamos:

#### **- La operación de reemplazo**

Un sector de la doctrina ha identificado la operación de reemplazo como la más usual de las medidas mitigadoras (Farnsworth, 2004, p. 781; Treitel, 2003, p. 1062). Un caso referente a esta medida fue conocido por una corte de Düsseldorf, en el que un comerciante italiano se negó a despachar un encargo de ciento cuarenta pares de zapatos a otro alemán que se encontraba en mora en el pago de facturas por envíos anteriores, mientras no fuera otorgada una garantía. Como el comprador se negó a garantizar los pagos adeudados, el comerciante italiano decidió resolver el negocio, vender los zapatos a un tercero y demandar al comerciante alemán por la diferencia en los precios. Al decidir el caso, la corte estimó que

la decisión del comerciante italiano correspondía a una medida razonable para mitigar el daño y, en consecuencia, condenó al demandado a reconocer la diferencia entre el precio del contrato incumplido por falta de garantía y el del negocio de reemplazo. (Alemania, Oberlandesgericht (Corte de Apelaciones) de Düsseldorf, 1994)

En similar sentido se pronunció un tribunal de arbitramento en China, sobre un caso en el cual un vendedor chino hizo retornar a su país un pedido de camisas para hombre puesto en Italia, cuyo pago fue incumplido por el comprador alegando una supuesta falta de conformidad. Llegada la mercancía a China procedió a venderla a menor precio y demandó a la sociedad italiana por la diferencia. El tribunal que dirimió la controversia desestimó la objeción por falta de conformidad, consideró que la venta de reemplazo era una medida razonable para mitigar el daño y accedió a la pretensión del vendedor. (China, Tribunal de Arbitramento, 1997)

Resulta interesante contrastar los casos anteriores con uno decidido por otro tribunal de arbitramento en China, sobre un productor australiano de lana que se negó a despachar la mercancía al comprador chino ante la falta de emisión de la carta de crédito convenida. En agosto de 1997 el vendedor informó al comprador que vendería la mercancía a un tercero si no se emitía la carta de crédito, pero aun así se enfrascó en una negociación con el comerciante chino que se prolongó varios meses. Finalmente, celebró la venta sustituta y demandó la diferencia de precios, los intereses sobre dicha diferencia, y los costos por mayor tiempo de almaje. El tribunal de arbitramento estimó que la operación sustituta era adecuada para mitigar el daño, pero sostuvo que el vendedor se tomó un tiempo irrazonable en adoptarla. Por lo tanto, accedió a reconocer la diferencia precio, pero limitó los intereses y mayores costos de almacenaje al valor causado

para agosto de 1997. (China, tribunal de arbitramento, 1999)

Como puede observarse el tribunal de arbitramento no cuestiona que la operación de reemplazo sea una medida razonable para mitigar el daño en los términos del artículo 77 de la CISG, pero sí es importante evidenciar que la oportunidad para la adopción de tal medida, y en general de cualquier otra, no es un asunto que quede sometido a la simple discreción de la parte afectada.

Otro interesante caso envolvió a un comerciante italiano que adquirió a uno americano una decena de miles de compresores para la fabricación de aires acondicionados. En vista de que las unidades despachadas eran distintas a las especificadas en el contrato, el comprador resolvió el negocio, solicitó a un tercero agilizar, mediante envío aéreo, un pedido de compresores efectuado con anterioridad al incumplimiento del vendedor norteamericano, y posteriormente demandó. La corte americana que conoció el caso consideró que la decisión del demandante correspondía a una medida razonable para mitigar el daño y que, por ello, tenía derecho a recuperar la diferencia entre el precio del envío por aire de los compresores y valor del transporte marítimo inicialmente contratado. (Estados Unidos, Corte Federal del Distrito, 2do° circuito, 1994)

En similar sentido se pronunció un tribunal de arbitramento francés que conoció de un caso que involucraba un proveedor ruso, un distribuidor y un comprador noruegos. La controversia surgió porque el carbón resultó tener un índice de volatilidad tan bajo que lo hacía inútil, por lo que el comprador se negó a pagar el precio y trasladó carbón desde sus propias reservas. El distribuidor convocó un tribunal de arbitramento para exigir el pago y el comprador contrademandó por daños y perjuicios entre los que incluyó los gastos de traslado de sus reservas de carbón. Al definir la controversia, el tribunal encontró demostrado

que el carbón vendido no cumplía con las especificaciones contractuales, y que la decisión del comprador de utilizar sus propias reservas de carbón era una medida razonable para mitigar el daño, lo que motivó la condena al distribuidor a pagar los gastos de traslado del stock de reserva, que fueron debidamente acreditados. (Francia, tribunal de arbitramento, 1996)

Tanto en el caso americano como en el francés puede observarse que si bien los afectados no celebraron una compraventa de reemplazo, la operación ejecutada en ambos asuntos permitió sustituir la mercancía defectuosa que entregaron los respectivos vendedores. Las medidas adoptadas, como se desprende de los hechos narrados, están determinadas por las circunstancias propias de los afectados con el incumplimiento contractual y por las alternativas disponibles y razonables para aminorar las pérdidas.

#### **- La contratación temporal de un servicio**

En algunas oportunidades, cuando el vendedor incurre en mora en la entrega del objeto contractual, puede resultar razonable proveerse temporalmente de los servicios de un tercero, mientras el vendedor cumple. Al respecto puede consultarse un caso que involucró a un comerciante holandés de pieles, quien adquirió a una compañía<sup>9</sup> alemana varias máquinas curtidoras. Cuando el comprador informó que estaba listo para recoger la maquinaria y precisó que las requería con urgencia, el comerciante alemán le comunicó que debía realizar unos ajustes en los barriles, pero que se comprometía a tenerlas listas para su entrega antes de la fecha límite acordada. Como en definitiva las máquinas no estuvieron a disposición del comprador en la fecha límite, este remitió doscientas cuarenta pieles a un tercero curtidor. Luego de realizados los ajustes el vendedor solicitó al comprador el pago del precio, pero éste a su vez exigió la compensación de los costos incurridos al tener que contratar a un tercero para curtir las pieles. El

vendedor no aceptó compensar y manifestó que ejercería el derecho de retención sobre las máquinas por falta de pago, situación que llevó al comprador a instaurar una demanda.

Al estudiar el caso, la corte estimó que el vendedor había invocado en forma no legítima el derecho de retención contemplado en el artículo 71 de la CIGS. Sobre el particular sostuvo que había sido acreditado el compromiso de la sociedad alemana de entregar en tiempo las máquinas, lo que en la práctica no ocurrió a pesar de que el comprador había sido preciso en cuanto a la urgencia con que las requería. Por otra parte, consideró que la contratación de un tercero para curtir las pieles mientras la maquinaria era entregada, correspondía a una medida razonable para mitigar el daño producido por la falta de entrega oportuna, por lo que condenó a la vendedora a pagar la suma correspondiente a dicho servicio. (Alemania, Oberlandesgericht –Corte de Apelaciones– de Köln, 1997)

Sobre este fallo es importante destacar que la corte de apelaciones expresamente señaló que cuando el acreedor ha adoptado las medidas razonables para mitigar el daño en los términos del artículo 77 de la CISG, tiene derecho a recuperar los costos de dichas medidas a título de daño resarcible con fundamento en el artículo 74. Esta posición es coincidente con lo propuesto por Vidal (2008, p. 446) en su estudio referido al inicio de esta sección.

### **El ejercicio oportuno de facultades o acciones legales**

En el curso de esta investigación se pudo observar que el oportuno ejercicio de las acciones legales frente al incumplimiento contractual, puede ser considerado como una medida para evitar o mitigar el daño. Así lo estimó un tribunal de arbitramento convocado en Ucrania para dirimir un conflicto referido al incumplimiento en el pago de un cargamento

de papel higiénico, vendido por un comerciante ucraniano a otro húngaro. Resulta que, ante la falta de pago oportuno, el vendedor fue sancionado por las autoridades tributarias ucranianas por el retorno tardío de sumas desde el extranjero.

El vendedor decidió demandar al comerciante húngaro para exigir el pago del precio y también el valor de la multa. Al examinar el caso el tribunal estimó que el demandante tenía derecho al pago del precio, pero observó que conforme las leyes de Ucrania la convocatoria del tribunal de arbitramento dentro de los noventa días siguientes a la fecha de pago acordada en el contrato habría evitado la imposición de la multa. Esta dilación, según el tribunal, era contraria a las exigencias del artículo 77 de la CISG y, por ello, consideró que el demandante no le asistía derecho a recuperar el valor de la sanción impuesta. (Ucrania, tribunal de arbitramento, 2004)

En todos los casos referidos puede notarse la proporcionalidad de la medida adoptada o exigida. La observancia del deber de mitigar los daños excluye medidas que impliquen un sacrificio desproporcionado para el acreedor o que lo perjudiquen. Simplemente a lo que aspira esta exigencia es una gestión razonable frente al daño sufrido, a fin de evitar su propagación cuando ello es posible.

### **El estado actual de la doctrina y la jurisprudencia colombiana en materia de la mitigación de daños**

En Colombia el deber de mitigar los daños sólo está consagrado en forma especial para el contrato de seguro en el artículo 1074 del Código de Comercio (Alarcón *et. al.*, 2012, p. 284). Sin embargo, un sector de la doctrina nacional se muestra inclinado hacia un entendimiento más amplio de la carga y la ha analizado como una expresión de la buena fe

(Jaramillo 2013, p. 160; Suescún, 2003, p. 206) y como un evento de la culpa de la víctima en lo que se refiere a la agravación del perjuicio. (Hinestrosa, 2002, p. 780)

Ahora bien, las primeras referencias nacionales al deber de mitigar los daños en materia contractual se encuentran en los laudos dictados por dos tribunales de arbitramento constituidos ante la Cámara de Comercio de Bogotá, el primero del 22 de abril de 1998 y el segundo del 7 de mayo 2001, ambos estudiados por Suescún. (2003, p. 205 y ss.)

El primer laudo decidió un trámite convocado por Geofundaciones S. A. contra Consorcio Constructores Asociados de Colombia S. A., con ocasión del incumplimiento de un contrato de pilotaje suscrito en 1996. Para esa época la convocante adelantaba la construcción de un puente sobre el río Magdalena y subcontrató con Geofundaciones la operación de maquinaria para la cimentación de la obra, la cual se desarrollaría en un planchón sobre el río cuyo mantenimiento estaba a cargo del consorcio.

En julio de 1996 el planchón se hundió junto con la maquinaria de Geofundaciones, lo que dio origen a una discusión de más de tres meses sobre quién debía rescatar y reparar la maquinaria. En octubre de 1996 el consorcio contrató el rescate de la maquinaria y la puso a disposición de Geofundaciones, que se negó a recibirla por falta de indemnización y, finalmente, demandó al consorcio ante la instancia arbitral prevista en el contrato.

Al estudiar el caso el tribunal de arbitramento concluyó que el contrato había sido incumplido por el consorcio, al no haber mantenido en buenas condiciones el planchón. Sin embargo, al estimar el lucro cesante se refirió al deber de mitigar los daños y sostuvo que la carga había sido inobservada por Geofundaciones, al permitir que la maquinaria se mantuviera sumergida durante tres

meses. Por ello, señaló que solo procedían los perjuicios por un “período razonable de inmovilización” de cuatro meses (uno de rescate y tres de reparación) y no por los seis pretendidos por la demandante. Dicho de otra manera, el tribunal estimó que, como medida para mitigar el daño, Geofundaciones debió encargarse tan pronto le hubiere sido posible del rescate de la maquinaria, ante la negativa del consorcio a realizar dicha gestión.

En el otro trámite arbitral se dirimió una demanda instaurada por Concesionaria Vial de los Andes S. A. –Coviandes– contra el Instituto Nacional de Vías –Invías–, derivada del incumplimiento de un contrato suscrito en 1994 para los estudios, construcción y operación de un sector de la carretera Bogotá – Villavicencio. La ejecución del contrato requería maquinaria especializada, la cual se encontraba extranjero. Su movilización hacía Colombia, que tardaría cerca de dos meses, iniciaría una vez el Invías confirmara la adquisición de los predios de la obra y concluyera los estudios previos.

El inicio de la construcción estuvo marcado por serios inconvenientes derivados de la adquisición tardía de los predios y, adicionalmente, porque los estudios previos arrojaron una mayor cantidad de obra en proporción del 58%. Esto condujo a que Coviandes postergara la movilización de las máquinas hasta procurar el reajuste del contrato. Para ello adelantó negociaciones con el Invías que se prolongaron cerca de veinte meses, durante los cuales la maquinaria siguió parqueada y en reserva en el extranjero.

Luego de reajustado el contrato e iniciada su ejecución, Coviandes solicitó la indemnización por el término de veinte meses que la maquinaria estuvo sin operación alguna a disposición de la obra del Invías. Como no hubo una solución concertada, convocó el tribunal de arbitramento previsto en el contrato de concesión.

En su laudo el tribunal de arbitramento sostuvo que Coviandes no observó el deber de mitigar los daños por haber mantenido inutilizada la maquinaria durante el término de las negociaciones, en vez de cancelar las reservas y trasladarlas a otros proyectos. Afirmó que desde el 31 de marzo de 1995 cuando se presentó el estudio que puso en evidencia las mayores cantidades de obra, era previsible que la ejecución del contrato no iniciaría en el corto plazo, como consecuencia de las necesarias negociaciones para su reajuste. En ese sentido, desde esa época debió la convocante adoptar la medida mitigadora esperada, es decir, la cancelación de las reservas sobre las máquinas y su traslado a otros proyectos.

Siguiendo el estudio del caso el tribunal observó que entre los precios de construcción consignados en el contrato estaban los costos de reserva por un período de dos meses. Por tanto, concluyó que el lucro cesante sólo podía abarcar el tiempo que excediera la reserva sin prolongarse más allá del 31 de marzo de 1995, cuando se conoció el estudio sobre los mayores costos de obra.

Recientemente, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2010, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia se pronunció expresamente sobre el deber de mitigar los daños. El caso, analizado en profundidad por Oviedo (2012, pp. 49 y ss.), vinculaba un contrato entre Marítimas Internacionales S. A. y Distribuidora Petrofert Ltda., para el transporte de algo más de mil toneladas de fosfato de bicalcio. El destinatario de la mercancía era la Caja Agraria y el agente aduanero Almagrario S. A. El buque arribó al puerto de Barranquilla en noviembre de 1982 sin poder atracar, pues para ello requería el pago previo de los fletes por la destinataria. Luego de cinco meses sin descargar la mercancía, Marítimas Internacionales adelantó los trámites pertinentes para rematarla y demandó a Distribuidora Petrofert,

la Caja Agraria y Almagrario por los perjuicios derivados de la inmovilización del buque.

El fallo de primera instancia absolvió a todos los demandados por falta de prueba. Al resolver la apelación de Marítimas Internacionales, el Tribunal Superior de Antioquia condenó a Distribuidora Petrofert al pago de perjuicios por el incumplimiento del contrato de transporte. No obstante, sostuvo que hubo concurrencia de culpas, pues la demandante actuó de manera negligente al dejar transcurrir cinco meses antes de solicitar la autorización de remate, a pesar de que el artículo 1033 del Código de Comercio la facultaba para hacerlo pasados treinta días desde la fecha en que el remitente tenga conocimiento de la retención de la mercancía por el transportador. En consecuencia, solo se reconoció el lucro cesante correspondiente a los treinta días que la norma en comento ordena esperar, más los cuarenta y dos adicionales que demoró el procedimiento de autorización de remate ante un juez civil del circuito de Barranquilla.

En sede de casación la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo del Tribunal Superior, pero corrigió sus fundamentos en el sentido de que no se trataba de un caso de concurrencia de culpas, sino de la violación del deber de mitigar los daños por parte la demandante, para lo cual acudió al entendimiento de la figura conforme el artículo 77 de la CISG ya analizado en este trabajo. Al respecto, concluyó que de acuerdo con el principio de la buena fe quien padece un daño debe *“procurar (...) sin colocarse en una situación que implique para sí mismo nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente (...)”*. Así, la Corte buscó precisar que el demandante no tenía responsabilidad alguna por la aparición del daño, pero que la falta de diligencia en el ejercicio de sus facultades legales explicaba el incremento del lucro cesante por la inactividad del buque.

Ahora bien, aunque esta investigación no dio con fallos nacionales más antiguos sobre el deber de mitigar en materia contractual que los dos laudos inicialmente estudiados, es importante destacar que existe evidencia jurisprudencial sobre la carga en materia extracontractual desde mediados del siglo pasado. A continuación, se exponen brevemente las sentencias halladas, mas no con la finalidad de ampliar los límites de estudio, sino como simple referencia al hecho constatado de que la jurisprudencia colombiana no ha generado resistencia a considerar el daño evitable como un criterio de limitación del resarcimiento.

El primer pronunciamiento encontrado es una sentencia del 22 de febrero de 1945, dictada por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuyos hechos fueron los siguientes: en 1936 un tranvía de la Compañía de Tranvías de Pereira fue destruido por una locomotora del Ferrocarril de Caldas, propiedad del Departamento de Caldas, al colisionar en la intersección de sus respectivas carrileras en la ciudad de Pereira. El accidente se produjo porque en la intersección no se colocaron oportunamente las cadenas de seguridad, lo cual impidió prever que la locomotora estaba próxima a cruzar. Por esta razón la propietaria del tranvía demandó al Departamento de Caldas y solicitó la reparación por concepto de daño emergente y lucro cesante.

En primera instancia el Tribunal Superior de Manizales le halló la razón a la demandante y condenó al Departamento al pago de \$6.500,00 por daño emergente (el valor del vehículo) y lucro cesante a razón de 12,34 pesos diarios (utilidad neta) desde la fecha del accidente y hasta que se produjera el pago. En segunda instancia, la Corte revocó el fallo, pues consideró que había concurrencia de culpas en la producción del accidente, pues ambas partes pagaban en igual proporción el salario de la persona encargada de poner y remover las cadenas de seguridad, por lo

que redujo las indemnizaciones a la mitad. Adicionalmente, al referirse a la extensión del lucro cesante la Corte estimó que “*parece razonable que el período (...) solo pueda extenderse desde la fecha en que quedó inutilizado el carro tranvía (...), hasta el vencimiento de un término prudencial que se considere suficiente para la adquisición por la empresa de un nuevo carro (...)*” y, por tanto, ordenó que antes de establecer el valor del lucro cesante, se practicara un dictamen pericial para establecer dicho término prudencial.

Resulta entonces que la Corte inicialmente establece el *an debeat* y concluye que ambas partes son responsables de la producción del accidente. Acto seguido se preocupa por establecer la extensión *quantum* del lucro cesante, y lo limita al tiempo prudencial que le hubiera tomado al demandante adquirir un nuevo tranvía para reemplazar el destruido, con lo cual deja sentado el interés de la jurisprudencia en la gestión diligente del perjudicado respecto de sus propios intereses.

Otro fallo relevante fue dictado por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia el 31 de octubre de 1950. El caso tuvo lugar en la ciudad de Bucaramanga en el año 1947, cuando un funcionario de la Policía Nacional adscrito al Departamento de Santander y que manejaba un bus oficial, estrelló un vehículo de transporte público. El propietario afectado demandó al Departamento de Santander y solicitó la indemnización de los costos de reparación y la utilidad neta dejada de percibir durante el período de inmovilización.

En primera instancia, el Tribunal Superior de Santander condenó al Departamento por encontrar acreditado que el agente de policía estaba en ejercicio de sus funciones, manejaba a exceso de velocidad y en estado de embriaguez. En segunda instancia, la Corte le halló nuevamente razón al demandante pero ordenó practicar un nuevo dictamen pericial para

definir el valor del lucro cesante, y estableció que se debía tener únicamente en cuenta el “*tiempo que, dada a naturaleza de los daños recibidos, era necesario para la reparación*”, con lo cual es evidente que la demora del afectado en disponer el arreglo del vehículo no podía ser imputada a la Administración.

Estos casos acreditan que de vieja data la jurisprudencia de la Corte exige al perjudicado que actúe en forma diligente ante el daño infringido, a pesar de que no invoque expresamente el deber de mitigar los daños y, además, ponen de relieve que la temática no se agota, en principio, en el panorama contractual objeto de esta investigación.

De acuerdo con todo lo expuesto, se puede concluir que en el escenario nacional la jurisprudencia y la doctrina se muestran receptivas a la consideración del daño evitable como un criterio para la limitación del *quantum respondeatur*.

## **Criterios para el reconocimiento del deber de mitigar los daños en el régimen contractual colombiano**

La doctrina que se ha preocupado por el estudio de la carga de mitigar los daños ha indicado varios criterios que le sirven de fundamento. Como bien lo señala Jaramillo (2013, p. 159), estos no se excluyen necesariamente los unos a los otros y, por el contrario, se podrá notar que son incluyentes y complementarios.

Algunos criterios son eminentemente persuasivos, es decir, no corresponden a un fundamento técnico jurídico para la deducción de la carga de mitigar los daños en un ordenamiento concreto. Simplemente muestran la necesidad de reconocer la figura. Entre estos podemos destacar las razones económicas y morales. (Vidal, 2008, p. 448; Domínguez, 2005, pp. 88-89)



Las primeras se refieren a la necesidad de evitar costos económicos innecesarios. Bajo este criterio se conmina a las partes de una relación contractual cualquiera, a gestionar razonablemente los recursos disponibles. Así, en el evento de un incumplimiento contractual el acreedor debe adoptar las medidas a su alcance para aminorar las pérdidas, siempre que su costo sea inferior al beneficio.

Las razones morales, por su parte, ponen en evidencia que las personas también están en el deber de propender hacia la cautela de sus propios intereses. Se asume que quien ha recibido un daño hubiera preferido no verse envuelto en tal circunstancia, pero dado que ello no es posible –se parte del supuesto de que el daño es un hecho dado–, entonces su equivalente interés es el de hacer lo que razonablemente está a su alcance para morigerar los efectos.

Ahora bien, las anteriores formulaciones se muestran insuficientes para derivar la existencia de la carga de mitigar los daños en un ordenamiento que, como el colombiano, carece de norma general que la consagre. Por este motivo la doctrina también se ha centrado en estudiar en forma técnica esta carga, a partir de instituciones jurídicas –esas sí reconocida por el ordenamiento– que puedan servir de fundamento para acreditar su existencia, sin que por ello se rechacen las justificaciones mediatas de orden moral y económico. Entre estas destacan, principalmente, la buena fe objetiva, las cargas de autorresponsabilidad y la causalidad.

## La buena fe

La buena fe tiene origen en la noción romana de *“fides bona”*, que obligaba no sólo al cumplimiento de la palabra empeñada, sino también a todo aquello exigible a una persona de bien. (Neme, 2010, p.156; Bianca, 2007, p. 526; Solarte, 2004; Galgano, 1992, p. 453; Larenz, 1958, p. 145)

Así mismo, la buena fe contractual es entendida como un canon de conducta que exige a cada una de las partes que coopere en la realización del interés de la otra. (Ordoqui, 2012, p. 365; Boetsch; 2011, p. 118; Espinosa, 2010, p. 227; Roppo, 2001, p. 497; Betti, 2000, p. 101)

La buena fe contractual ha sido reconocida en el ordenamiento colombiano al tenor de los artículos 1603 del Código Civil<sup>10</sup> y 871 del Código de Comercio<sup>11</sup>, que establecen que los contratos no obligan solamente a lo que expresamente ha sido convenido en ellos, sino también a todo aquello que se desprenda de su naturaleza.

A partir de la buena fe contractual se han derivado deberes secundarios de conducta que integran el contenido del contrato (Boetsch, 2011, p. 115; Solarte, 2004, p. 203 y ss.; De los Mozos, 1965, pp. 123 y ss.), la doctrina de los actos propios (Diez-Picazo, 1963), y también el deber de mitigar los daños según varios autores. (Jaramillo, 2013, p. 160; Vélez, 2013, p. 27; Soler, 2009, p. 9; Rodríguez, 2008, p. 114; Vidal 2008, p. 451; Suescún, 2003, p. 206; Diez-Picazo, 1999; Vázquez, 1995, p. 188)

Esta postura sostiene que cuando el acreedor no mitiga el daño pudiendo razonablemente hacerlo, atenta contra los deberes de lealtad y cooperación con la otra parte derivados de la buena fe, pues agrava la posición del deudor en lo que se refiere a la obligación de indemnizar los daños causados con ocasión del incumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, cuando el acreedor no toma ninguna medida razonable a su alcance para mitigar el daño, bien por simple negligencia o porque reflexivamente se abstiene de ello bajo la consideración de que el deudor habrá de indemnizar cuanto daño se cause, se aparta del deber de actuar en forma honrada, proba, diligente y transparente y, por tanto, contraviene el postulado de la buena fe.

## Las cargas de autorresponsabilidad

Esta posición es compartida por Domínguez (2005, p. 90) bajo lo que denomina como “principio de autorresponsabilidad”, que exige al individuo atender diligentemente sus propios intereses, pero ha sido desarrollada principalmente por San Martín (2012, pp. 312 y ss.), como alternativa disidente a la consideración de la carga de mitigar los daños como una expresión de la buena fe. La autora se centra en el estudio de la buena fe objetiva, en la forma como ha sido entendida desde el derecho romano. Al efecto concluye que la institución tiende hacia la cautela de los intereses ajenos mientras que la carga de mitigar los daños exige un actuar diligente para la protección del interés propio del acreedor o la víctima, esto es, evitar la propagación del daño.

Esta diferencia entre los intereses protegidos, propios o ajenos, lleva a la autora a considerar que la carga de mitigar los daños no puede fundarse en la buena fe. Teniendo en cuenta lo anterior, San Martín (2012, p. 323) se sumerge nuevamente en las fuentes romanas y colige que la noción de “culpa” era utilizada no solo para los eventos en que se causaba daño a otra persona, sino que a ella pertenecía una carga de diligencia en los asuntos propios. En consecuencia, concluye que si la culpa afecta los intereses de terceros se está frente a un caso de “responsabilidad”, pero si lo hace sobre intereses propios deriva en “autorresponsabilidad”.

Así, la autorresponsabilidad vendría a ser la sanción del deber de mitigar los daños y, en general, de cualquier carga, por cuanto el sujeto sobre quien recae no puede transferir a otro las consecuencias jurídicas que derivan de su inobservancia. (San Martín, 2012, 326)

## La causalidad

La responsabilidad requiere que entre la culpa o el incumplimiento contractual, por

una parte, y el daño, por otra, exista un vínculo causal. Es decir que el daño debe ser la consecuencia cierta y directa del incumplimiento o la culpa imputada al deudor o agente (Mazeaud, Mazeaud & Tunc, 1963, p.1). En Colombia, este elemento se encuentra contemplado el artículo 1616 del Código Civil<sup>12</sup>.

En ese sentido, un sector de la doctrina estima que el deber de mitigar los daños se fundamenta en el rompimiento del vínculo causal con ocasión de la negligencia o inactividad injustificada del acreedor frente al perjuicio que le ha sido causado (Troncoso, 2011, p. 380). Sin embargo, la ruptura del vínculo causal es la consecuencia de la inobservancia del deber de mitigar el daño y no propiamente su fundamento. Por esta razón, es válida la afirmación de Vidal en el sentido de que “el criterio de la causalidad no es suficiente, dado que antes debe explicarse por qué el acreedor debe adoptar medidas mitigadoras”. (2008, p. 451)

Al respecto, es importante precisar que la doctrina se ha percatado de esta cuestión y, consecuentemente, sin negar que la inobservancia de la carga de mitigar los daños impacta en el nexo causal, se ha concentrado en la determinación el criterio sustancial a partir del cual puede establecerse la figura.

En ese sentido, para Hinestrosa (2002, pp. 779) el rompimiento del vínculo causal por no mitigar el daño corresponde a una expresión de la culpa de la víctima respecto de la agravación del perjuicio. De acuerdo con lo anterior, al resolver el problema de la imputación, esto es, determinar la persona responsable del daño (Giraldo, 2010, p. 89), se llega a la conclusión de que el deudor es responsable de su aparición en determinada magnitud, pero el acreedor lo es del agravamiento.

Por otra parte, Mosset (2004, p. 147) y De Ángel (1993, p. 845) estiman que el deber de mitigar los daños es un evento de la concurrencia de culpas, por lo que en Colombia con

dicha postura podría justificarse la carga a partir del artículo 2357 del Código Civil<sup>13</sup>, aplicable a los escenarios contractuales.

Para Jaramillo (2013, p. 160), Vélez (2013, p. 27) y Vidal (2008, p. 451), la solución estaría dada a partir de la buena fe objetiva. En otras palabras, cuando el acreedor no adopta las medidas razonables a su alcance para mitigar el daño, infringe el postulado de la buena fe y, por tanto, dicha omisión tiene el efecto de romper el vínculo causal.

Finalmente, San Martín (2012, p. 302 y ss.) advierte que la omisión de la adopción de medidas razonables para mitigar el daño, como factor que rompe el nexo de causalidad, debe estar expresado en una norma dada por el principio de la autorresponsabilidad, que estima presente en los ordenamientos de la tradición del Derecho europeo continental, proveniente de las fuentes romanas.

## La posición adoptada en este estudio

Se considera acertado que la causalidad es un criterio a ser considerado en el análisis de la carga de mitigar el daño en el ámbito contractual, pero que a su vez es necesario encontrar el fundamento normativo cuya violación rompe el vínculo entre el incumplimiento del deudor y el mayor perjuicio.

De acuerdo con los resultados de este trabajo, no puede ser compartida la posición de Mosset (2004, p. 147) y De Ángel (1993, p. 845) quienes consideran la inobservancia del deber de mitigar los daños como una expresión de la concurrencia de culpas. Según se ha dicho, la concurrencia de culpas corresponde a un escenario en el cual la culpa del deudor y del acreedor son concausas de la aparición del daño. En cambio, en el contexto de la carga mitigación se da por sentado que la culpa del deudor fue la que dio origen a la aparición del daño, mientras que la eventual pasividad del acreedor sólo podría explicar su agravamiento.

Por el contrario, la buena fe y los deberes de autorresponsabilidad se muestran como fundamentos lógicos para la carga de mitigar el daño en los ordenamientos que no gozan de norma expresa sobre la materia.

De una parte, si en el evento de un incumplimiento contractual el acreedor no realiza ninguna gestión a su alcance para mitigar el daño, bien por simple negligencia o porque concluye que cualquiera sea la magnitud del daño este será indemnizado por el deudor, falta a sus deberes de corrección y lealtad derivados de la buena fe. Ciertamente mientras no exista claridad sobre la existencia del deber de mitigar el daño, el deudor puede verse constreñido a resarcir aún la porción del perjuicio que el acreedor pudo evitar, con lo cual se haría patente la violación del postulado de la buena fe concretado en el deber de facilitar la liberación del deudor.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede pasarse por alto que en tal circunstancia el acreedor también afecta sus propios intereses, en una especie de efecto *boomerang*, pues la agravación del daño también mella la real posibilidad de verse exitosamente restituido al escenario anterior al incumplimiento de su deudor.

Ahora bien, en lo que respecta al postulado de la buena fe, ningún esfuerzo debe hacerse para acreditar su existencia en el régimen contractual colombiano, pues como ya se precisó se encuentra expresamente consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. No sucede lo propio con el principio de la autorresponsabilidad, el cual siguiendo la ruta marcada por San Martín (2012, p. 327 y ss.) tendría que ser hallado por vía inductiva a partir de normas referidas a distintos tipos contractuales. Para el caso colombiano valga referir el artículo 1899 del Código Civil que establece que el comprador contra quien se sigue un juicio de evicción debe citar al vendedor para que comparezca al proceso a defender la cosa. Si no lo hace,

perderá el derecho a exigir el saneamiento. De la misma manera, del artículo 1915 se deduce que el comprador no puede solicitar el saneamiento por vicios redhibitorios si conocía los defectos de la cosa al momento de la celebración del contrato. Así mismo, el artículo 1992 indica que el arrendatario no puede solicitar la indemnización de perjuicios por vicios en la cosa arrendada, cuando contrató a sabiendas de los defectos y el arrendador no se obligó a sanear. Las anteriores normas contienen toda una carga de autorresponsabilidad, que permite inferir la exigencia en el ordenamiento colombiano de la gestión razonable y diligente del acreedor frente a los asuntos de su propio interés.

Bajo las anteriores consideraciones, se estima en este trabajo que en un ordenamiento que, como el colombiano, carece de norma expresa sobre la carga de mitigar los daños, ésta estaría soportada a partir del postulado de la buena fe objetiva y el principio de autorresponsabilidad. La violación de estos criterios tendría por efecto la ruptura del nexo causal respecto de la mayor magnitud del daño.

## Conclusiones

Culminada la investigación que dio lugar a este trabajo, se llegaron a las siguientes conclusiones:

1. El deber de mitigar los daños se entiende como una carga que pesa sobre el acreedor de una obligación a quien le han incumplido, y le exige adoptar las medidas razonables a su alcance para evitar la agravación del perjuicio derivado de dicho incumplimiento contractual. Por tanto, no resulta admisible la postura que lo entiende como una obligación, por cuanto el deber de mitigar los daños no contempla el reconocimiento en cabeza del deudor de una acción de reducción de perjuicios. Simplemente bajo la órbita de esta figura el daño evitable no forma parte del daño resarcible.
2. La observancia del deber de mitigar los daños otorga al acreedor el derecho a recuperar, a título de daño resarcible, los costos razonables en que para ello hubiere incurrido.
3. El deber de mitigar los daños tiene su origen en el *Common Law*, aunque los romanos también se aproximaron a la idea de que el daño evitable no es resarcible, a partir de los problemas sobre la imputación causal. Así mismo, y no obstante su origen anglosajón, el deber de mitigar los daños se encuentra expresamente reconocido en varios ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema de Derecho continental europeo.
4. El deber de mitigar no exige que las medidas efectivamente eviten la agravación del daño. Es suficiente con que su adopción para tal efecto resulte razonable en las circunstancias del caso concreto.
5. El deber de mitigar los daños se encuentra reconocido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, adoptada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999 y en vigor desde el 1° de agosto de 2002. En este instrumento, al tenor de su artículo 77, se establece expresamente la imposibilidad del acreedor de obtener la indemnización de los perjuicios que razonablemente pudo evitar. Al respecto, la doctrina mayoritaria reconoce que el deber de mitigar los daños en el contexto de la CIGS es una carga y, aunque no existe un catálogo taxativo de medidas mitigadoras, se ha considerado las operaciones de reemplazo, la contratación temporal de un servicio y el ejercicio oportuno de las acciones legales como expresiones del deber de mitigar.
6. La jurisprudencia colombiana desde mediados del siglo XX se ha aproximado a la figura de la mitigación de daños. Las primeras referencias expresas a un deber contractual de mitigar los daños en la jurisprudencia colombiana se encuentran en laudos dictados

en 1998 y 1999. Recientemente, en el año 2010, hubo un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en el que haciendo una precisión doctrinal a un fallo del Tribunal Superior de Antioquia, en sede de casación, estableció que el acreedor debe adoptar las medidas razonables de cara a las circunstancias del caso concreto, tendientes a evitar la intensificación del daño. En este caso, la Corte Suprema de Justicia se basó en el artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, para reconocer que la figura es aplicable en el Derecho colombiano de contratos.

7. El deber de mitigar los daños está justificado en el régimen contractual colombiano a partir del postulado de la buena fe y las cargas de autorresponsabilidad. Desde la primera óptica debe observarse que ante la falta de norma expresa que reconozca el deber de mitigar los daños, el deudor podría verse constreñido a indemnizar un perjuicio que el acreedor razonablemente pudo haber morigerado. Por tanto, en tal evento se considera acertado estimar que el acreedor ha faltado al postulado de la buena fe y, concretamente, al deber de facilitar la liberación de su deudor. En cuanto al segundo criterio, resulta correcto afirmar que, ante la falta de adopción de medidas mitigadoras, el acreedor también afecta su propio interés de verse real y plenamente indemnizado.
8. En definitiva, la mitigación de daños se trata de una figura que, si bien no está regulada de forma expresa en Colombia en las reglas que conforman la teoría general del contrato, tanto en materia civil como mercantil tiene cabida bien sea por aplicación del artículo 77 de la Ley 518 de 1999, o por inferirla del postulado de la buena fe en materia contractual y del principio de autorresponsabilidad y, por ello, predicarla para los acreedores de cualquier tipo contractual.

## Referencias bibliográficas

### Fuentes

Adame, J. (1993). *Libro XVIII del Digesto, sobre la compraventa*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Adame, J. (1994). *El contrato de compra venta internacional*. México D. F.: Mc Graw-Hill.

Alarcón, F., Cortés, E., Koteich, M., Mc Causland, M., López, Y., Mantilla, E., & Ternera, F. (2012). Informe Colombia. En C. Pizarro (Ed.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (pp. 207-295). Bogotá: Externado de Colombia y Universidad del Rosario.

Annicchiarico, J. & Madrid, C. (2012). Informe Venezuela. En C. Pizarro (Ed.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (pp. 561-639). Bogotá: Externado de Colombia y Universidad del Rosario.

Ángel, L. (2016). Autonomía de la voluntad ¿Decadencia o auge? En *Revista Verba Iuris*. No. 36 • julio-diciembre 2016 • pp. 71-91. Documento extraído el 5 de noviembre de 2017 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/36/autonomia-voluntad.pdf>

Aubert, J. L. (2008). Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. En *Études offertes á Geneviève Viney* (pp. 55-61). París: Lextenso Éditions.

Bahamondes, C., De la Maza, I., Pizarro, C., Vidal, A., (2012). Informe Chile. En C. Pizarro (Ed.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (pp. 297-378). Bogotá: Externado de Colombia y Universidad del Rosario.

Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Traductor: A. Martín Pérez. Granada: Editorial Comares.

Bianca, M. (2007). *Derecho Civil, El contrato, Tomo III*. Traductores: Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Bogotá: Externado de Colombia.

Block, N. (1985). Wrongful Birth: The Avoidance of Consequences Doctrine in Mitigation of Damages. *Fordham Law Review*, 53 (5), p. 1107-1125. Disponible en <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2646&context=flr>

Boetsch, C. (2011). *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cabanillas, A. (1988). *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*. Madrid: Montecorvo.

Carnelutti, F. (1956). *Instituciones del proceso civil, volumen I, parte 5*. Traductor: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Chiovenda, G. (1940). *Instituciones de derecho procesal civil, volumen III*, Traductor: José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Comisión sobre el Derecho Contractual Europeo. Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Disponible en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

D'Aoust, C. (1991). Minimisation de dommages: sources et application en cas de congédiement. *Revue Générale de Droit, Université d'Ottawa*, 22 (2), p. 325-342. Disponible en <http://www.revuegeneralededroit.ca/articles-rgd>.

De Almeida, M. Birman, P., Espirito, G., Gabbay, D., Konder C., & Povoá, M. (2012). Informe Brasil. En C. Pizarro (Ed.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (pp. 117-206). Bogotá: Externado de Colombia y Universidad del Rosario.

De Ángel, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.

De Cupis, A. (1970). *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch.

Delebecque, P. (2012). Que recouvre l'obligation de minimiser son préjudice? *Gazette de la Chambre, Chambre Arbitrale Maritime de Paris*, 28, editorial. Disponible en <http://www.arbitrage-maritime.org/>.

De Lorenzo, M., Kemelmajer A., Molina, M., Picasso S., Fulvio G., & Sáenz, L., (2012). Informe Argentina. En C. Pizarro (Ed.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (pp. 19-116). Bogotá: Externado de Colombia y Universidad del Rosario.

De los Mozos, J. (1965). *El principio de la buena fe*. Barcelona: Bosch.

Derains, Y. (1987). L'obligation de Minimiser le Dommage dans la jurisprudence Arbitrale. *RDAL*. Londres: Thomson Reuters/Sweet & Maxwell, pp. 375-382.

Díaz, H., Mariño, A., Mirande, S., & Nicola, J. (2012). Informe Uruguay. En C. Pizarro (Ed.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (pp. 485-560). Bogotá: Externado de Colombia y Universidad del Rosario.

Diez-Picazo, L. (1963). *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch.

Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial, volumen 2º*. Madrid: Civitas.

Diez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

Domínguez, C. (2011). Deber de mitigar los daños de la víctima o el acreedor. En M., Aramburo (Ed.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho, estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo, tomo I* (pp. 113-138). Medellín: Diké.

Domínguez, R. (2005). Notas sobre el deber de minimizar el daño. *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, 5, pp. 73-98. Disponible en [http://www.fundacionfueyo.udp.cl/revista/5\\_Revista\\_Fundacion\\_Fueyo.pdf](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/revista/5_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf)

Dos Santos, J., Ángulo, J., Breuer, J., Godoy, L., Moreno, Rodríguez, A. (2012). Informe Paraguay. En C. Pizarro (Ed.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (pp. 379-484). Bogotá: Externado de Colombia y Universidad del Rosario.

Espinosa, J. (2010). Interpretación del negocio jurídico. En J. Oviedo (Ed.), *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo* (pp. 201-260). Medellín: Diké.

Farnsworth, E. (2004). *Contracts*. New York: Aspen Publishers.

Ferrari, Franco (1998). General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Conventions and the 1988 Unidroit Conventions on International Factoring and Leasing. *Pace International Law Review*, 10 (1), pp. 157-185. Disponible en <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1257&context=pilr>.

Fuentes, R. (2005). El deber de evitar o mitigar el daño. *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, 217-218 (I-2), pp. 223-248.

Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Traductores: Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch.

Giraldo, L. (2010). La imputación como elemento estructural de la responsabilidad. *Revista Responsabilidad Civil y del Estado, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado*, 28, pp. 81-114.

González, E. (2004), *Derecho Romano II. Obligaciones-Fuentes*. Bogotá: Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de obligaciones, tomo I*. Bogotá: Externado de Colombia.

Honnold, J. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Conventions*. La Haya: Kluwer Law International.

Jaramillo, C. (2013). *Los deberes de evitar y mitigar el daño: funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*. Bogotá: Temis y Universidad Javeriana.

Lagos, O. (2006). *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*. Madrid: Mapfre.

Larenz, K. (1958). *Derecho de obligaciones, tomo I*. Traductor: Jaime Santos Briz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

López, J. (2007). Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado. En F., Mantilla & F. Terner, *Los contratos en el derecho privado* (pp. 325-337). Bogotá: Legis y Universidad del Rosario.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1961). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual y delictual, tomo 2º, volumen II*. Traductor: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mc Kendrick, E. (2010). *Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.

Mosset, J. (2004). *Responsabilidad por daños, tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Neme, M. (2010). *La buena fe en el derecho romano*. Bogotá: Externado de Colombia.

Núñez J (2017). ¿Puede el nombre de una compañía de comercio ser registrado como signo

distintivo? Análisis del marco jurídico en Ecuador en *Revista Verba Iuris*. Verba Iuris 37 • enero-junio 2017 • pp. 59-78. Documento extraído el 4 de noviembre de 2017 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/37/signo-distintivo.pdf>

Opie, E. (2005). *Commentary on the manner in which the Unidroit Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/opie.html>.

Ordoqui, G. (2012). *Buena fe contractual*. Bogotá: Ibáñez, Universidad Católica y Universidad Javeriana.

Organización de las Naciones Unidas. Comisión para el Derecho Mercantil Internacional. Secretaría (1979). *A/CONF.97/5, Comentarios sobre el proyecto de convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/cisg/a-conf-97-5.pdf>

Ospina, G. (1987). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.

Oviedo, J. (2008). *Regulación del contrato de compraventa internacional*. Bogotá: Ibáñez.

Oviedo, J. (2012). La mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010. *Revista Usta, Universidad Santo Tomás*, 36, pp. 49-60.

Perales, M. (2001). El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980). Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>

Pérez, Á. (1957). *Teoría general de las obligaciones, parte 1º, volumen 2º*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Poole, J. (2008). *Casebook on Contract Law*. New York: Oxford University Press.

Riznik, P. (2009). *Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss*. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html#ii>

Riznik, P. (2010), Some Aspects of Loss Mitigation in International Sale of Goods. *14 VJ*. pp.

267-282. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik1.pdf>

Rocco, U. (1970). *Tratado de derecho procesal civil, parte general, volumen II*. Bogotá: Temis y Depalma.

Rodríguez, M. (2007). El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. *Revista E- Mercatoria, Externado de Colombia*, 6 (2), pp. 1-25.

Rodríguez, M. (2008). Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. *Revista de Derecho Privado, Externado de Colombia*, 15, pp. 109-142.

Roppo, V. (2001). *Il Contratto*. Milán: Giuffrè.

Saidov, D. (2001). *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#iv>

San Martín, L. (2012). *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*. Bogotá: Externado de Colombia.

Schlechtriem, P. (1986). *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena: Manz, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>.

Solarte, A. (2004). La buena fe y los deberes secundarios de conducta. *Revista Universitas, Universidad Javeriana*, 108, pp. 281-304.

Soler, A. (1998). Comentario al artículo 77 de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En L., Díez-Picazo (Ed.), *La compraventa internacional de mercaderías, comentario a la Convención de Viena* (pp. 621-629). Madrid: Civitas.

Soler, A. (2009). La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR. *Revista para el Análisis del Derecho Privado*, 2, pp. 1-32.

Study Group on a European Civil Code & Research Group on Existing EC Private Law. Proyecto del Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo. Disponible en [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

Suescún, J. (2003). *Derecho Privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo I*. Bogotá: Legis.

Tabares Cortés, F. (2017). La reforma del Código Civil Francés. Un premio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico. *Verba Luris*, (38), 155-169. doi:10.18041/0121-3474/verbaiuris.38.1074

Treitel, G. (2003). *The Law of Contract*. Londres: Sweet & Maxwell.

Troncoso, M. (2011). La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. *Revista de Derecho Privado, Externado de Colombia*, 21, pp. 353-391.

Vázquez, T. (1995). *La obligación de conservación en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vélez, R. (2013). *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro*. Bogotá: Ibáñez y Universidad Javeriana.

Vidal, Á. (2006). El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 33 (3), pp. 439-477.

Vidal, Á. (2008). La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento. En A. Guzmán, *Estudios de derecho civil III* (pp.429-457). Santiago: Legal Publishing.

Vilus, J. (1989). Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention, En *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Homenaje a Jorge Barrera Graf* (pp. 1431-1457). México D. F.: Universidad Autónoma de México. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=645>.

Zeller, B. (2005). *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller77.html>.

## Jurisprudencia:

Alemania. Oberlandesgericht –Corte de Apelaciones– de Düsseldorf (1994). *Sentencia del*



14 de enero de 1994. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>.

Alemania, Oberlandesgericht –Corte de Apelaciones– de Köln (1997). *Sentencia del 8 de enero de 1997*. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html>.

Alemania. Oberlandesgericht –Corte de Apelaciones– de Köln (1997). *Sentencia del 21 de agosto de 1997*. Disponible en inglés <http://www.uncitral.org/clout/searchDocument.do>.

Alemania. Oberlandesgericht –Corte de Apelaciones– de Braunschweig (1999). *Sentencia del 28 de octubre de 1999*. Disponible en inglés <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html>.

Austria. Oberster Gerichtshof -Corte Suprema- (1996). *Sentencia del 6 de febrero de 1996*. Disponible en inglés en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

Austria. Oberster Gerichtshof –Corte Suprema– (2002). *Sentencia del 14 de enero de 2002*. Disponible en inglés en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.

China. Tribunal de Arbitramento constituido ante el China International Economic & Trade Arbitration Commission (1997). *Laudo del 6 de marzo de 1997*. Disponible en inglés en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970306c1.html>.

China. Tribunal de Arbitramento constituido ante el China International Economic & Trade Arbitration Commission. *Laudo del 6 de enero de 1999*, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990106c1.html>.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales (1945). *Sentencia del 22 de febrero de 1945*. Ponente: Víctor Cock. En G. J. LVIII, pp. 800-808.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales (1950). *Sentencia del 31 de octubre de 1950*. Ponente: Gualberto Rodríguez. En G. J. LXVIII, pp. 493-497.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria (1993). *Sentencia del 29 de noviembre de 1993* (expediente 3579). Ponente: Héctor Marín Naranjo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria (1996). *Sentencia del 24*

*de junio de 1996* (expediente 4424). Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

Colombia. Tribunal de Arbitramento Constituido ante la Cámara de Comercio de Bogotá (1998). *Laudo del 22 de abril de 1998 (Geofundaciones S. A. contra Consorcio Constructores Asociados de Colombia S. A.)*. Árbitros: Julio César Uribe (Presidente), María Cristina Morales y Jorge Suescún.

Colombia. Tribunal de Arbitramento Constituido ante la Cámara de Comercio de Bogotá (2001). *Laudo del 7 de mayo de 2001 (Concesionaria Vial de los Andes S. A. “Coviandes” contra el Instituto Nacional de Vías “Invías”)*. Árbitros: Jorge Suescún (Presidente), Adelaida Ángel y Marcela Monroy.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria (2010). *Sentencia del 16 de diciembre de 2010* (expediente 1989-00042). Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

España. Tribunal Supremo (2000). *Sentencia del 28 de febrero de 2000*. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>.

Estados Unidos. Corte Federal del Distrito. 2do° Circuito (1994). *Sentencia del 19 de septiembre de 1994* (Delchi Carrier, S. P. A. Vs. Rotorex Corp, 88-CV-1078). Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>.

Francia. Tribunal de Arbitramento constituido ante la Cámara de Comercio Internacional de París (1996). *Laudo de octubre de 1996* (ICC N°8740). Disponible en inglés en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968740i1.html>.

Reino Unido (1677). *Vertue Vs. Bird*. 84 Eng. Rep. 1000. English Report disponible en <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1685/3811.pdf>.

Reino Unido. Cámara de los Lores (1912). *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. Vs. Underground Electric Railways Co of London Ltd., 1912*. Resúmenes del fallo disponibles en: <http://swarb.co.uk/lisc/Damag19001929.php>, <http://www.lawteacher.net/contract-law/cases/remedies-cases-1.php> y <http://www.lawindexpro.co.uk/cgi-bin/casemap.php?case=181348&rf=scu%20target=>.

Suiza. Handelsgericht –Tribunal Comercial- de St. Gallen (2002). *Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2002*. Disponible en inglés en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>.

Ucrania. Tribunal de Arbitramento constituido ante la Cámara de Comercio Internacional de Ucrania (2004). *Laudo del 27 de octubre de 2004*. Disponible en inglés en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041027u5.html>.

## Notas

1 La norma citada dispone: “Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones”.

2 La norma citada dispone: “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”.

3 En este trabajo se usará la abreviatura CISG, *Convention on International Sale of Goods*, que es una forma comúnmente usada en la doctrina para referirse a la Convención.

4 Al respecto, y de conformidad con Ángel es preciso no olvidar que en el marco de los contratos “*Cuando se habla de autonomía de la voluntad privada, es necesario ir a la génesis del instituto, ahondar en principios filosóficos que giran en torno a éste, como la libertad y la autonomía sin dejar de lado la ética; a este propósito cabe recoger los puntos de vista de algunos filósofos que en este campo construyeron sus teorías*”. (Ángel, 2016, p. 72)

5 Por razones de uniformidad, independientemente de la manera de citar los fallos judiciales en cada país, en este trabajo se hará referencia al Estado de la decisión, la autoridad que la ha dictado, las partes cuando hubiere sido posible conocerlas y el año en que fue adoptada. Si el fallo fue recuperado de la Internet, se agregará en la bibliografía la dirección Web donde se encuentre disponible.

6 A manera de ejemplo el §350 del *Restatement (Second) of the Law of Contracts* indica que “los daños no son recuperables si el perjudicado hubiera podido evitar la pérdida sin riesgos innecesarios, carga o humillación”.

7 De conformidad con Tabares, “La mayoría de los países latinoamericanos siguieron el modelo de derecho privado establecido en el Código Civil de Napoleón de 1804. Si bien cada país, por la vía legislativa y jurisprudencial, introdujo cambios a dichas normas, los aspectos esenciales del sistema de derecho privado se mantuvieron, siendo así herederos directos de la tradición jurídica romana”. (Tabares, 2017, p. 156)

8 En Colombia, esta regla está consagrada en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

9 De conformidad con Núñez “*Las compañías de comercio son organizaciones empresariales que, al constituirse cumpliendo los requisitos, formalidades y procedimientos exigidos por la ley, adquieren personalidad jurídica propia, teniendo la potestad legal de ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismas y, de ser representadas judicial y extrajudicialmente*”. (Núñez, 2017, p. 60)

10 El artículo citado dispone: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

11 El artículo citado dispone: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

12 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 consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

13 El artículo citado dispone: La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.