



La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú*

Mitigation of Damages in Liability for Breach of Contract: Brief Comparative Analysis between Argentinian and Peruvian Civil Law

DANIEL UGARTE MOSTAJO**

Universidad Católica San Pablo

Resumen: Los códigos civiles de Argentina y Perú son de los pocos códigos sudamericanos que han recogido expresamente, aunque con fórmulas distintas, el deber o carga que tiene el acreedor de evitar o mitigar los daños. Atendiendo a esta particularidad, en el presente trabajo, luego de una aproximación general al deber o carga de mitigar los daños en casos de incumplimiento contractual, arribamos a un breve enfoque comparativo de la regulación que dicha figura ha recibido en ambas legislaciones, abordando aspectos referidos no solo a la estructura y contenido de las respectivas reglas, sino vinculados también con la naturaleza jurídica y los fundamentos de la mitigación. Todo ello, con el fin de establecer las semejanzas y diferencias existentes entre las reglas que recogen el deber de mitigar los daños en los códigos civiles de Argentina y Perú, la posibilidad de encontrar un fundamento jurídico común a ambas legislaciones, y la incidencia de dicho fundamento en los alcances interpretativos de las citadas reglas.

Palabras clave: mitigación de daños, deber de prevención, incumplimiento contractual, buena fe, derecho comparado, Argentina, Perú

Abstract: The civil codes of Argentina and Perú are two of the few South American civil laws that, with different legal formulas, recognize on the creditor party a burden or duty of mitigate damages. On this basis, this paper aims to arrive, after a general approach to the duty or burden of mitigate damages in case of breach of contract, to a brief comparative analysis about the regulation that this figure has received in both civil codes, dealing with matters related not only to the structure and content of rules concerning this duty, but also to the juridical nature and foundations of the mitigation. All in order to stablish the existing similarities and differences between rules that incorporate the duty to mitigate damages in the civil codes of Argentina

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Límite y fundamento de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual en el ordenamiento peruano», ganador del Concurso de Proyectos de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades (UCSP 2016-2017), financiado por la Dirección de Investigación de la Universidad Católica San Pablo. Asimismo, es parte de la tesis doctoral que el autor viene desarrollando en el marco de los estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Zaragoza, España.

** Profesor Ordinario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú). Abogado. Máster Oficial en Investigación y Especialización en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España.

Código ORCID: 0000-0002-4571-4061. Correo electrónico: dugarte@ucsp.edu.pe

and Perú, the possibility of finding a common juridical foundation to both legislations, and the incidence of such a foundation in the interpretative scope of the rules mentioned.

Key words: duty of mitigate, duty of prevention, breach of contract, good faith, comparative law, Argentina, Perú

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL DEBER DE MITIGAR.- II.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.- II.2. LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO COMPARADO.- III. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA MITIGACIÓN DE DAÑOS.- III.1. NATURALEZA JURÍDICA.- III.2. FUNDAMENTO DE LA MITIGACIÓN.- IV. LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE ARGENTINA Y PERÚ: BREVE ANÁLISIS COMPARADO.- IV.1. APROXIMACIÓN GENERAL AL CONTENIDO DE LA REGLA.- IV.2. CAUSALIDAD, MITIGACIÓN Y PREVENCIÓN.- IV.3. ¿RAZONABILIDAD DE LAS MEDIDAS MITIGADORAS O DILIGENCIA ORDINARIA DEL ACREEDOR? DOS SENDEROS, UN MISMO DESTINO.- IV.4. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA REGLA MITIGADORA EN ARGENTINA Y PERÚ.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual y supuesto que el principio de reparación integral no debe entenderse en términos absolutos (Domínguez, 2005, p. 74; 2010, pp. 9-28), resulta fundamental —no solo a nivel teórico, sino también en la cotidiana solución de los casos concretos— determinar, con la mayor precisión posible, qué daños —dentro de todos los que han sido materialmente causados— son indemnizables y cuáles no. En otras palabras, determinar la extensión del daño indemnizable a cargo del deudor (*quantum respondeatur*).

En este sentido, en el presente trabajo analizaremos el denominado «deber» de mitigación de los daños, que constituye uno de los criterios o límites para la determinación del *quantum* indemnizatorio en los casos de responsabilidad por incumplimiento del contrato¹. Este análisis tiene la finalidad de arribar a un enfoque comparativo entre la regulación que dicho límite encuentra en los códigos civiles de Argentina y Perú, por tratarse de dos de los pocos países sudamericanos de habla hispana —además de Bolivia y Paraguay²— que recogen expresamente en sus códigos el deber que tiene el acreedor de evitar o mitigar los daños.

1 Si bien el problema de los «límites» del deber de indemnizar es común a la responsabilidad civil toda, no es menos cierto que las relaciones obligatorias de origen contractual presentan particularidades que responden a la «naturaleza de las cosas», lo que en nuestra opinión justifica un tratamiento separado cuando del remedio indemnizatorio se trata.

2 El Código Civil de Bolivia recoge el deber de evitar los daños en su artículo 348, con una formulación muy parecida a la del Codice civile de 1942 y, por ende, a la del Código Civil peruano. El Código Civil de Paraguay recoge el deber de mitigar en los artículos 1610 y 1611, pero no lo hace con carácter general, sino referido exclusivamente al contrato de seguro.

El enfoque comparativo propuesto nos permitirá responder a las siguientes interrogantes de orden dogmático y fundamental: ¿cuáles son las principales semejanzas y diferencias entre las reglas que recogen el deber de mitigar los daños en los códigos civiles de Argentina y Perú?, ¿es posible encontrar un fundamento jurídico que sea común a ambas legislaciones?, ¿qué incidencia tiene el fundamento de la mitigación en los alcances interpretativos de dichas reglas?

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas, en una primera parte del trabajo nos abocaremos a la tarea de precisar conceptualmente el deber de mitigación de los daños, lo cual supondrá aproximarnos a los antecedentes históricos y a la regulación que la mencionada figura recibe en el derecho comparado y en algunos instrumentos de *soft law*. Seguidamente, en la segunda parte del trabajo, abordaremos su naturaleza y fundamento, lo que nos permitirá —desde el principio de buena fe contractual— remitirnos hasta la estructura ontológica del ser humano como fundamento último de la mitigación. Por último, en la tercera parte y sobre la base de los alcances y planteamientos obtenidos previamente, procederemos a realizar un breve análisis comparativo de la regulación de la mitigación de daños en los códigos civiles de Argentina y Perú, abordando aspectos referidos a los alcances y contenido de la regla en uno y otro código, a la posibilidad de aplicar sendas acciones preventivas destinadas a la implementación por el acreedor de concretas medidas mitigadoras del daño adecuadas a las circunstancias, así como a algunos aspectos relevantes de la regulación legal de la mitigación, vistos desde la perspectiva del principio de buena fe contractual como fundamento inmediato de la regla.

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL «DEBER» DE MITIGAR

II.1. Antecedentes históricos

A) El derecho romano y la pandectística alemana

Las posiciones sobre el origen de la mitigación de daños no son pacíficas. Por un lado, se afirma que la figura ya se encontraba presente en el derecho romano y que el mismo pretor Paulo conocía y aplicaba el principio según el cual no procedía el resarcimiento del daño evitable (San Martín, 2012, p. 126; en general, San Martín ofrece un excelente y profundo estudio de los antecedentes históricos de la figura que nos ocupa). Asimismo, se ha señalado sus orígenes (Lamanna, 2012, p. 498) en un pasaje tímidamente mencionado en el *Digesto*, conocido como el «Pasaje de las Tinajas», en el que se expresa lo siguiente:

Aunque es lícito al vendedor derramar el vino si se hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador mediante

testigos que se lleve el vino o sepa que se va a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo [...] puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenían el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo la necesidad de tomar otras en arriendo. Pero es más conveniente tomar las [otras] vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga por el mínimo detrimento por el comprador («Del riesgo y del beneficio de la cosa Vendida, Digesto [Dig.] 18.6.3 (Ulpiano, ad Sabinum 28)).

Sin embargo, hay quien cuestiona tal afirmación bajo el argumento de que una figura como la que nos ocupa no podría estar presente en una concepción típicamente individualista del derecho como era la que se tenía en Roma; prefiriendo por ello situar su origen en la pandectística alemana más proclive a la solidaridad social (este sería el planteamiento de Giovanni Criscuoli, citado por Soler, 1995, p. 962; y por Pérez, 2015, p. 5). Aunque, a decir verdad, el texto del *Digesto* nos hace dudar de la validez de semejante cuestionamiento, más aún cuando hace expresa mención a la «buena fe» en la adopción de la medidas que, convenientemente, pudo adoptar el vendedor (arriendo de otras vasijas o venta del vino), y por la preocupación patente porque dichas medidas se hagan «sin perjuicio del vendedor» y, a la vez, procurando el «mínimo detrimento» para el comprador.

B) La doctrina de Pothier

Más allá de la discusión sobre el origen de la figura, sobre lo que sí existe consenso en la doctrina es en reconocer que la mitigación del daño se hace presente en Francia en el siglo XVIII en la obra de Domat (Troncoso, julio-diciembre de 2011, p. 358). Asimismo, aparece, y de manera especial —aun cuando no se le llame así—, en la obra de Pothier a propósito del famoso ejemplo del vendedor que, a sabiendas (con dolo), vende una vaca enferma (*pecus morbosus*) a su comprador y que, como consecuencia de ello, ocasiona diversos daños a este último. Los daños incluyen el daño en la propia vaca enferma objeto de la prestación; la muerte por contagio de los otros animales del comprador, entre ellos los bueyes con los que él solía labrar sus tierras; el lucro cesante por no haber podido el comprador cultivar sus tierras como consecuencia de las muertes de sus bueyes; y, por último, el embargo y venta a precio vil de los bienes del comprador por sus acreedores, como consecuencia de no haber podido pagar sus deudas al no haber obtenido el provecho de sus tierras (Morales, 2010, pp. 120-121).

El deber de mitigación de los daños —aunque con argumentos que hacen mención expresa a la causalidad— se haría presente en la obra

de Pothier al momento de justificar la exclusión de la indemnización de la última clase de daños antes mencionados, es decir, de las pérdidas derivadas de la falta de cultivo de las tierras del comprador. En efecto, para Pothier no serían indemnizables por el vendedor los daños que el comprador perjudicado pudo haber evitado, ya sea cultivando sus tierras con otros animales que pudo comprar o alquilar, o bien alquilando a terceros dichas tierras; es decir, adoptando las medidas que, en el caso concreto, hubieran resultado razonables para evitar o al menos reducir esas pérdidas. Sin embargo, deja a salvo el derecho del comprador de exigir al vendedor la indemnización (reembolso) de los gastos o pérdidas que pudieran derivarse de la implementación de dichas medidas (Pothier, 2007, p. 94).

Asimismo, se desprende de la obra del profesor de Orleans que la mitigación de daños constituiría un límite del *quantum* indemnizatorio que operaría incluso en casos de incumplimiento doloso (Pothier, 2007, pp. 93-95). Es decir, estaríamos en presencia de un límite distinto —y de ser el caso adicional o ulterior— a aquel constituido por la regla de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, el cual opera solo en casos de incumplimiento culposo (para un interesante estudio histórico y de derecho comparado sobre la regla de la previsibilidad, véase Morales, 2010, pp. 96-156; sobre el equivalente a la regla de la previsibilidad del daño en el derecho inglés, consultar Gregoraci, 2011, pp. 125-156).

II.2. La mitigación de daños en el derecho comparado

A) En el *common law*: derecho inglés y estadounidense (*duty of mitigate*) Aunque la mitigación de los daños tiene sus orígenes —como se ha visto— en el derecho europeo continental, puede no obstante considerarse un principio fundamental del derecho inglés. En el derecho inglés, el denominado *duty of mitigate* apareció por primera vez en el año 1830 con motivo del caso *Staniford v. Lyall* (véase Troncoso, julio-diciembre de 2011, p. 359), siendo posteriormente formulado como principio en *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co. Of London Ltd.*

En el mencionado caso, la *House of Lords* estableció que el principio fundamental, conforme al cual el perjudicado debe ser colocado —en la medida en que el dinero pueda hacerlo— en la misma situación en que estaría de haberse cumplido el contrato, debe ser matizado por un segundo principio. Este segundo principio impone al acreedor demandante el deber de adoptar todas las medidas razonables para mitigar la pérdida resultante del incumplimiento (Beale et al., 2010, p. 1015).

A partir de ello, como sostiene Palazón (2016, p. 1007), la jurisprudencia inglesa desarrolló el *duty of mitigate* formulando las siguientes reglas.

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

1) El perjudicado no puede reclamar la indemnización de los daños que podía haber evitado adoptando las medidas razonables adecuadas a las circunstancias. 2) El daño mitigado no es compensable. 3) Si el perjudicado incurre en gastos o pérdidas de importe razonable con ocasión de su actuación mitigadora, podrá recuperarlos. Como se verá más adelante, estas reglas serán luego tomadas en consideración por diversos instrumentos jurídicos al momento de regular el deber de mitigar.

También en el derecho inglés, pero a nivel legislativo y para el caso específico de la compraventa de mercaderías, existe en el *Sale of Goods Act* de 1979 una referencia a la operación de reemplazo que, de ser el caso y cuando exista un mercado disponible, podría realizar el vendedor (artículo 50) o el comprador (artículo 51), como medida mitigadora de los daños causados por el incumplimiento de la respectiva contraparte y, en consecuencia, como límite del monto indemnizatorio.

En Estados Unidos, el *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) recoge la mitigación de daños (§ 2-715), cuando establece que los daños indirectos (*consequential damages*) incluyen, además de los daños a la persona o a sus bienes siempre que deriven del incumplimiento del contrato, cualquier pérdida que el vendedor en el momento de la contratación tuviera motivos para conocer (límite de la previsibilidad o *foreseeable*) y que no pudiera razonablemente impedirse mediante una operación de reemplazo o de algún otro modo. En este sentido se ha dicho (Checa, 2016, pp. 409-410), que al igual que en el derecho inglés, la indemnización incluye los daños indirectos siempre que fuesen previsibles en el momento de la celebración del contrato, pero que la parte que sufre las consecuencias del incumplimiento tiene la obligación de minimizar el daño porque, de otro modo, el deudor puede oponer el comportamiento omisivo del acreedor y librarse así del pago de los daños que pudieron ser fácilmente evitados.

Sin embargo, con respecto al ámbito de aplicación de esta figura, se ha dicho también que en Estados Unidos y en el sistema inglés esta obligación no sería aplicable cuando el daño fue causado con dolo, dando lugar a la aplicación de una especie de *punitive damages* como consecuencia de no tener en cuenta ninguna moderación de los daños al momento de calcular el monto de la indemnización a cargo del responsable (Troncoso, julio-diciembre de 2011, p. 356). De ser así, el *duty of mitigate* constituiría, en el *common law*, un límite totalmente dependiente de la regla de la previsibilidad (*foreseeable*), pues se aplicaría solo a los daños previstos o que se pudieron prever al tiempo de la celebración del contrato, pero no a los daños imprevisibles que en caso de dolo serían igualmente indemnizados independientemente de las posibilidades que tendría el acreedor para evitarlos o mitigarlos.

B) En los países del *civil law*

En estos países cabe distinguir entre aquellos que de algún modo tienen una regulación expresa de la mitigación de daños a nivel legislativo y aquellos otros en los cuales su reconocimiento se ha dado solo a nivel jurisprudencial, pero sobre la base del principio de buena fe. Ejemplo de los primeros son Alemania e Italia, mientras que de los segundos son claros exponentes España y Francia, aunque sobre este último país se ha señalado (Domínguez, 2005, p. 82) que, para la doctrina tradicional francesa, el principio de reparación integral se vería afectado por la obligación de mitigar el daño, y existen también algunas decisiones relativamente recientes de la *Cour de Cassation* contrarias a la admisión de la figura (Domínguez, 2005, p. 80; Palazón, 2016, p. 1009), a tal punto que en la novísima reforma del derecho francés de obligaciones y contratos (ordenanza 2016-131) no se ha incorporado el deber de mitigar. Esta circunstancia resulta particularmente representativa de la situación actual de la mitigación de daños en el derecho francés, considerando que la mayor parte de la reforma francesa se ha hecho a *derecho constante* (Savaux, 2016, p. 717), es decir, recogiendo numerosos textos y soluciones consagradas por la jurisprudencia de ese país. En cambio, en España es paradigmático el caso, en el cual el Tribunal Supremo de ese país justificó en el deber de mitigar y en la buena fe contractual la reducción de la indemnización del daño causado por un banco a su cliente, al haberle cancelado indebidamente la tarjeta de crédito que le permitía adquirir billetes de viaje con el beneficio de un seguro contra accidentes hasta por 20 millones de pesetas en caso de fallecimiento (Sentencia del Tribunal Supremo [S.T.S.], 15 de noviembre de 1994, caso analizado por Soler, 1995, pp. 951-969).

De los hechos del caso se desprende que J. M. Rodríguez, ante la imposibilidad de adquirir con su tarjeta de crédito un billete de avión de Madrid a Bilbao (la tarjeta había sido indebidamente cancelada por el Banco Hispano Americano), tuvo que comprar el billete utilizando otro medio de pago, pero sin el beneficio del seguro contra accidentes que se aplicaba en caso la compra fuera hecha con la mencionada tarjeta de crédito. Lamentablemente, con fecha 19 de febrero de 1985, el avión en el que el señor Rodríguez viajaba a Bilbao sufrió un accidente aéreo en el monte Oiz (Vizcaya), falleciendo en el acto junto con los demás ocupantes del vuelo. Ante esta situación, la viuda demandó al Banco el pago de una indemnización de 20 millones de pesetas, importe equivalente a la indemnización que hubiera recibido de la compañía de seguros en caso la compra del billete se hubiese hecho con la tarjeta de crédito de su esposo.

En primera instancia, la demanda fue amparada en todos sus extremos, pero ya en casación, el Tribunal Supremo resolvió reducir la indemnización a cargo del Banco bajo el argumento de que:

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

[L]as muy excepcionales [...] circunstancias concurrentes en el caso [...] llevan a apreciar una concurrencia parcial de imprevisiones, no solo por parte del Banco emisor de la tarjeta que, al cancelar la misma [...], pudo prever que dejaba privado a su titular de los beneficios inherentes a la obtención, por medio de ella, de un billete para cualquier medio de transporte público, sino también por parte del referido titular que, al obtener el billete de avión ya sin la referida tarjeta de crédito y, por tanto, conocer que no disfrutaba de los beneficios inherentes a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima [...] haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, junto a su deber de mitigar el eventual [...] daño, que le imponía la buena fe negocial [...] (S.T.S., 15 de noviembre de 1994, fundamento de derecho 7).

El citado caso constituye la primera ocasión en la que la jurisprudencia española aludió expresamente al «deber de mitigar»³, al considerar que en el caso concreto el daño pudo ser evitado por el cliente a muy bajo costo, adquiriendo un seguro de viaje contra accidentes para el vuelo que iba a tomar con destino a Bilbao. Ciertamente, si el señor Rodríguez hubiera contratado el seguro, su viuda habría recibido la indemnización correspondiente de manos de la respectiva compañía aseguradora. Sin embargo, también es cierto que el Tribunal Supremo aplicó en este caso el deber de mitigar con criterio equitativo, pues lejos de desestimar íntegramente la demanda, se limitó a ordenar una reducción proporcional de la indemnización.

Entre los países que recogen a nivel legislativo la regla de mitigación de daños, se encuentran, como dijimos, Alemania e Italia. En ambos casos, sin embargo, la mitigación se regula conjuntamente con la concurrencia de culpas o causas. Por ello, al menos a partir del texto literal de los respectivos articulados, resulta difícil sostener el carácter autónomo de la regla en los mencionados ordenamientos. En efecto, en Alemania encontramos que el § 254 del Código Civil (BGB por sus siglas en alemán) recoge, en su primer párrafo, la concurrencia de culpas o causas, condicionando tanto el deber de resarcimiento como su extensión a la participación causal que el deudor y el perjudicado tuvieron en la producción del daño. Mientras que en el segundo párrafo, en la parte final, el dispositivo en mención atribuye la misma consecuencia jurídica —determinación del deber de indemnizar y de su extensión o cuantía— al supuesto conforme al cual la culpa del perjudicado consistió en omitir evitar el daño o mitigarlo. Sobre el particular, se ha señalado (Medicus, 1995, p. 311) que estas conductas no constituirían propiamente la infracción de un deber, pero que de igual manera afectarían al

3 Aunque a decir de Ángel Carrasco, no se trata propiamente de un caso de esta clase, porque la carga que se reprocha al acreedor haber incumplido era anterior a la producción del daño fatal. Para este autor, la primera vez que el deber de mitigar se aplica en España de manera correcta, es en la S.T.S. de 28 de enero de 2000, a propósito de una venta internacional (Carrasco, 2010, p. 1261).

resarcimiento, excluyéndolo o reduciéndolo, por constituir supuestos de cooperación del perjudicado en la propagación del daño.

En Italia, la situación es muy similar. El artículo 1227 del Código Civil italiano (*Codice civile*) recoge en un mismo dispositivo la figura de la concurrencia de culpas o causas junto con el deber de evitar los daños. Sobre el primer aspecto señala que «[s]i el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento queda disminuido según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella han derivado». En tanto que sobre el deber de evitar establece que «[e]l resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria».

Para autorizada doctrina italiana (Messineo, 1971, p. 252), la *fattispecie* del segundo párrafo del artículo 1227 partiría de suponer que ya ocurrió el incumplimiento y supondría, además, que el acreedor se abstuvo culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño. En este sentido, se trataría ya no de un caso de con-causa (como el regulado en el primer apartado del artículo 1227), sino de un supuesto de *causa única* del daño, constituida por el hecho omisivo del acreedor, posterior al incumplimiento; y donde el daño —cuya causa anterior y autónoma fue el incumplimiento del deudor— pudo ser detenido o interrumpido por el acreedor si hubiese cumplido con su deber de evitar.

C) El deber de mitigar en el «moderno» derecho de contratos:
Convención de Viena e instrumentos de *soft law*

Fuera de los ordenamientos nacionales, el *duty of mitigate* ha sido recogido, por influencia del derecho inglés, en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en inglés), cuyo artículo 77 establece lo siguiente: «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».

El dispositivo en mención tiene como antecedente el artículo 88 de la Ley Uniforme sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (ULIS, por sus siglas en inglés), que ya recogía el principio conforme al cual la parte con derecho a reclamar los daños y perjuicios tiene, además, la obligación de reducirlos. Asimismo, a decir de Schwenger (2011, pp. 1739-1740), la lógica subyacente en dicha disposición es que la parte agraviada no merece ser compensada por las pérdidas que pudieron, por ella, ser evitadas.

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

Cabe precisar que la firma de la Convención de Viena implica para los países firmantes, entre los que se encuentran Argentina y Perú, que sus disposiciones han pasado a formar parte del derecho interno de dichos Estados. Por ende, las disposiciones han adquirido carácter vinculante y, como bien se ha dicho (Morales, 2016, p. 36), se han convertido en un importante instrumento jurídico para la interpretación e integración no solo del derecho de la compraventa, sino también del derecho de la contratación en general.

La Convención ha tenido influencia también, en mayor o menor medida, en importantes instrumentos de *soft law*, cuya finalidad es propender a la armonización o uniformización de los ordenamientos de diferentes países, algunos incluso con tradiciones jurídicas distintas. Su importancia radica en el hecho de que, en no pocos casos, han servido y sirven como modelo o referente para los proyectos de reforma del derecho de obligaciones y contratos de varios Estados. No obstante, algunos de ellos suelen ser acordados por las partes como ley aplicable en arbitrajes comerciales internacionales ante eventuales desavenencias derivadas de la celebración de un contrato. En todos estos instrumentos, el deber de mitigar ha tenido reconocimiento expreso.

En primer lugar, están los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que en su artículo 7.4.8 establecen que no serán resarcidos los daños que el acreedor perjudicado pudo evitar o reducir adoptando medidas razonables. Se precisa, sin embargo, que el acreedor podrá recuperar de su deudor los gastos razonables que tuvo que realizar para mitigar los daños.

Por su parte, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL por sus siglas en inglés) en su artículo 9:505 y el Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo (DCFR por sus siglas en inglés) en su artículo III.–3:705 tienen una redacción muy similar a la de los Principios UNIDROIT, al establecer en sendos apartados lo siguiente —para Morales (2016, p. 38), el DCFR, al estar influenciado por las construcciones de la dogmática alemana, presenta cierto distanciamiento de la CISG—. 1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en aquello que este hubiera podido mitigar adoptando medidas razonables. 2) El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de aquellos gastos razonables que hizo al intentar mitigar el daño.

Comentando el artículo 9:505 de los PECL, Lando y Beale (2003, p. 656) precisan que el incumplimiento del deber de mitigar se configura no solo cuando el acreedor perjudicado omite actuar de manera adecuada para reducir las pérdidas, sino también cuando, con el fin de reducir las pérdidas, realiza gastos innecesarios o irrazonables. En ambos casos, el acreedor perjudicado, aun cuando no haya influido

en el incumplimiento del deudor ni en sus efectos, no podrá exigir la indemnización de los daños que pudo haber evitado de haber dispuesto las medidas adecuadas.

Aunque con menor difusión y antigüedad que los anteriores, es menester referirnos también a los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, así como al proyecto de Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC) —sobre los orígenes de los PLDC, puede consultarse el trabajo de Morales (2014, pp. 227-254); el texto completo de los PLDC (conforme a su última versión de 2015) y un estudio crítico de los mismos puede verse en el comentario de San Miguel (2016, pp. 991-1038)—.

Tanto el artículo 7.4.3 de los Principios OHADAC como el artículo 111 de los PLDC contemplan, con distinta redacción, la regla conforme a la cual no es indemnizable el daño que el acreedor pudo evitar o reducir adoptando medidas razonables. Asimismo, en ambos artículos se establece el derecho que tiene el acreedor de reclamar a su deudor el reembolso o indemnización de los gastos que tuvo que realizar para mitigar los daños. Sin embargo, sobre este punto, los Principios OHADAC señalan, además, que el derecho al reembolso de los gastos razonables opera incluso si las medidas adoptadas por el acreedor resultaron infructuosas. Esta precisión no se encuentra en los PLDC, ni en ninguno de los instrumentos antes mencionados, pero vale la pena tenerla en consideración al momento de determinar la procedencia o no del reembolso de los gastos, sin que ello implique dejar de lado la exigencia de razonabilidad de las medidas mitigadoras.

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

III. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA MITIGACIÓN DE DAÑOS

III.1. Naturaleza jurídica

Hemos hecho referencia, en el punto precedente, a los orígenes y antecedentes comparados del *duty of mitigate* o deber de mitigar. Sin embargo, a estas alturas conviene precisar que, en realidad y para el común de la doctrina, la figura que motiva nuestro estudio no constituye ni un *deber* ni una *deuda* en sentido técnico. Nos explicamos: tanto el deber como la deuda constituyen, en sentido técnico, *situaciones jurídicas subjetivas pasivas* que, como tales, imponen a su titular un comportamiento destinado a satisfacer un interés ajeno, que no es otro que el interés del titular de un derecho subjetivo correlativo, ya sea este absoluto o relativo (Roppo, 2007, p. 53). En este sentido, el llamado «deber de mitigar» no podría ser conceptualizado como ninguna de las situaciones jurídicas antes mencionadas, pues su ejercicio no tendría por finalidad satisfacer el derecho subjetivo de un tercero. Por el contrario,

la figura que nos ocupa se asemejaría más a una *carga* que recae en el acreedor perjudicado por el incumplimiento de un contrato, conforme a la cual dicho acreedor no podrá reclamar de su deudor la indemnización de aquellos daños que pudo haber evitado o mitigado adoptando medidas razonables de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

En palabras de Roppo (2007, pp. 55-56), la *carga* es la situación de aquel que debe efectuar un determinado comportamiento si quiere tener la posibilidad de utilizar alguna situación activa suya, porque las normas subordinan dicha posibilidad a la condición de que él realice tal comportamiento. En ese sentido, la carga tiene una doble naturaleza: por un lado, participa de las situaciones activas, porque el objetivo final es atribuir alguna utilidad al sujeto o realizar un interés suyo, pero al mismo tiempo participa de las situaciones pasivas, porque consiste en un vínculo impuesto para su acción.

De este modo, tratándose el denominado «deber de mitigar» de una especie de carga —y en consecuencia de una situación jurídica mixta (con componentes activos y pasivos)—, si el acreedor perjudicado por el incumplimiento desea obtener el íntegro de la indemnización —y de este modo satisfacer su propio interés—, deberá realizar determinados comportamientos positivos o negativos (adoptar medidas razonables, según el caso) para evitar o mitigar los daños provocados por el incumplimiento. De no hacerlo, el monto indemnizatorio se verá reducido en el importe de aquellos daños que pudieron ser evitados o mitigados. Sin embargo, al no constituir propiamente ni un deber ni una deuda, el acreedor no podría —en principio— ser constreñido jurídicamente por su deudor a realizar dichos comportamientos, ya que este último, en estricto, no detenta ningún derecho subjetivo frente al primero.

III.2. Fundamento de la mitigación

Frente a la afirmación precedente, confirmada además en sede doctrinal (Pantaleón, 1993, p. 1743; Soler, 1995, p. 960; Pérez, 2015, p. 21; Ubiría, 2015, p. 67; Ortega, 2015, pp. 279-280), cabe cuestionarse si es que en realidad la mitigación de los daños tiene por finalidad tutelar única y exclusivamente el interés del acreedor perjudicado consistente en obtener una reparación integral o si, por el contrario, es posible sostener que, en el fondo, esta figura encuentra su fundamento en una especie de *solidaridad contractual*, de modo que, en última instancia, su ejercicio no quede limitado a salvaguardar el interés del acreedor perjudicado en obtener una indemnización que abarque todos los daños efectivamente sufridos y causados por el incumplimiento del deudor, sino que abarque también la protección del interés del deudor que incumplió el contrato, consistente en no ver agravada su situación de responsabilidad. No debe

olvidarse que, con el pago de la indemnización, el daño no desaparece, sino que simplemente se traslada de la esfera de la víctima del daño a la esfera del responsable (Alpa, 2016, pp. 210-211), es decir, que la pérdida se mantiene en la sociedad.

Como resulta evidente, este cuestionamiento tiene que ver directamente con la pregunta por el fundamento de la regla de mitigación de los daños, y son variadas las respuestas que al respecto se han ensayado en la doctrina. En este sentido, se ha sostenido que el fundamento de la mitigación de daños debe buscarse en el carácter meramente compensatorio —y no punitivo— de la indemnización, que explicaría la exclusión de los daños efectivamente evitados o mitigados (Soler, 1995, p. 961); o en razones de política socio-económica como la necesidad de promoción del uso diligente de los recursos y el desincentivo de actitudes pasivas que permitan el desarrollo o incremento de un daño que pueda ser razonablemente evitado (Soler, 1997, p. 622).

Se ha afirmado también que, en el derecho común, el fundamento último de esta carga se encontró en la regla de derecho según la cual *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*, y que en la actualidad podemos considerarla como una concreción del principio de buena fe contractual (Carrasco, 2010, p. 1259). Asimismo, desde una perspectiva económica —análisis económico del derecho—, se afirma que a todo deudor se le debe conceder la legítima expectativa de poder calcular la indemnización a la que estará obligado en caso de incumplimiento —afirmación que probablemente tenga más asidero en el *common law*, dado el carácter preferente del remedio indemnizatorio frente al remedio del cumplimiento específico; sobre la jerarquía y relación entre ambos remedios, consultar el trabajo de Severin (2016)—. Por lo tanto, todo acreedor está obligado a mantener una conducta económica razonable, de manera que le resulte menos gravoso el incumplimiento a su contratante (Carrasco, 2010, pp. 1259-1260). De igual forma, siempre desde la eficiencia económica, y aunque no se la eleve a la categoría de fundamento, se ha manifestado que la figura de la mitigación contribuye a lograr que el acreedor no se desentienda, por el solo hecho del incumplimiento, de su propio interés ni de aquel del deudor. En otras palabras, busca evitar el fatalismo en el acreedor frente a las consecuencias nocivas de la inejecución (Pizarro, 2013, p. 75).

Por otro lado, en la misma línea del derecho común, se sostiene que la mitigación puede relacionarse con la causalidad, ya que el deudor solo deberá responder de los daños que efectivamente ha causado y no de aquellos que se deban a la propia conducta de la víctima propiciadora o agravadora del perjuicio (Pizarro, 2013, pp. 77-79; Palazón, 2016, p. 1008). Asimismo, se le ha vinculado con el principio de autorresponsabilidad (Domínguez, 2005, p. 90), o bien

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

con un doble fundamento: la causalidad y la buena fe (Vidal, 2008, pp. 450-451). Por último, se ha manifestado que el específico «deber de mitigación» encontraría su fundamento en un deber más amplio y general: el denominado *deber de corrección* (*Codice Civile*: artículo 1175: «Comportamento secondo correttezza.- Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza»), conforme al cual el acreedor no debe agravar, con el propio comportamiento, la situación del deudor incumpliente (Messineo, 1971, p. 252). Habiéndose precisado al respecto que la noción de «corrección» se condice con el principio de buena fe contractual, el cual es considerado como fuente del deber específico de *salvamento*, donde encontraría cabida el deber de evitar los daños a cargo del acreedor (Visintini, 1999, pp. 98-115).

Ante esta multiplicidad de «fundamentos», es preciso distinguir entre aquellos que justifican la reducción de la indemnización en proporción a los daños evitados o mitigados, de aquellos otros que buscan explicar la *razón de ser* de la propia figura en cuestión. En otras palabras, debe distinguirse entre aquellas razones destinadas a explicar la consecuencia jurídica contemplada para el cumplimiento o incumplimiento del deber o carga de mitigar, de aquellas otras que, en realidad, intentan explicar la existencia de la regla de mitigación en un determinado ordenamiento. En esta línea, cuando se alude a la función compensatoria de la indemnización para explicar la mitigación de los daños, en realidad se está intentando dar cuenta de la razón por la cual el acreedor perjudicado se ve privado de la indemnización de ciertas pérdidas que pudieron ser evitadas o aminoradas por su persona mediante la adopción de medidas razonables, pero no se está dando una respuesta a la pregunta sobre el verdadero fundamento de la figura. Lo mismo ocurre cuando se la intenta explicar desde el principio de reparación integral, la justicia contractual o la relación de causalidad. Todas estas explicaciones pueden ser —en términos generales y dependiendo de cada ordenamiento— correctas, pero, como dijimos, no responden a la pregunta sobre el fundamento. Solo justifican la consecuencia jurídica de la mitigación (reducción de la indemnización y eventual reembolso de los gastos derivados de la acción mitigadora), mas no aportan luces sobre el porqué de la regla.

El fundamento, en nuestra opinión, tiene que ver con las razones (*causas* en un sentido filosófico) por las cuales se hace recaer sobre el acreedor perjudicado, víctima del daño, determinadas reglas de conducta que, además, deben estar razonablemente dirigidas a evitar o reducir las pérdidas que él mismo ha sufrido —o que puede sufrir— como consecuencia del incumplimiento imputable a su deudor. Estas reglas de conducta que, *prima facie*, podrían considerarse poco o nada adecuadas para una situación gravosa como la que atraviesa la víctima de un daño, parecen, sin embargo, encontrar respuesta en el principio de buena fe contractual. Como ha expresado Vidal, «el acreedor, no obstante haber

sido objeto de incumplimiento, sigue obligado a comportarse de buena fe y, por lo mismo, a observar una conducta diligente que minimice los daños» (2008, p. 450).

Para Díez-Picazo (1996, p. 49), la buena fe contractual implica un modelo de comportamiento que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales, al punto de constituirse en el ambiente dentro del cual las relaciones patrimoniales deben desenvolverse. Asimismo, para Ordoqui, la buena fe tiene un claro contenido ético y es un instrumento de penetración de la moral en el derecho. La buena fe operaría como claro factor de moralización de las relaciones jurídicas patrimoniales o como punto de unión o fusión entre el mundo ético y el mundo jurídico, conformando un criterio ordenador de todo el sistema jurídico y de todo lo que implica la interrelación de centros de interés (2015, p. 116), tal como ocurre de manera particular en las relaciones contractuales.

Al sostener que el principio de buena fe constituye un punto de encuentro entre la moral y el derecho, se está afirmando que las reglas de comportamiento exigibles a los sujetos como consecuencia de la aplicación del mencionado principio en los casos concretos tienen como fuente la propia naturaleza humana —como se ha dicho (Ciuro, 2004, p. 8), la buena fe, además de ser un espacio de contacto entre el derecho y la moral, es también un espacio de contacto entre el derecho y la antropología filosófica, pues depende en gran medida de lo que se estime «naturaleza» buena o mala de los seres humanos—. Esto implica también que esas reglas o normas de conducta no son en el fondo creación del juez o del legislador, pues aunque en el plano fenomenológico se presentan, de hecho, como contenido de una ley o de una sentencia, dichas normas son en realidad reconocidas como exigencias naturales de la propia persona y de los valores morales que le son inherentes y, como tales, recogidas y declaradas por el derecho para la solución de los casos concretos. En este mismo sentido, las palabras de Betti son esclarecedoras cuando afirma que «[p]ara profundizar mejor en este criterio de la buena fe, debemos remontarnos a premisas que pueden parecer un poco remotas, pero que hay que tener presentes». De este modo, «[c]uando la ley [...] habla de buena fe, se refiere a un concepto y a un criterio valorativo que no está forjado por el derecho, sino que el derecho lo asume y recibe de la conciencia social, de la conciencia ética de la sociedad, para la que está llamado a valer» (Betti, 1969, p. 70). Asimismo, refiriéndose a las exigencias éticas que emanan de la persona y de la sociedad y que son recibidas por el derecho —en parte mediante el reconocimiento del principio general de buena fe—, el profesor italiano precisa lo siguiente:

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

[Surge [...] en las relaciones [...] una exigencia ético-social, que es a la vez de respeto a la personalidad ajena y de colaboración con los demás, una exigencia que, sobre el plano moral, se puede formular con Kant [...] diciendo que a cada partícipe en la comunidad se le dirige un precepto así formulado: «Compórtate de manera tal que la norma de tu obrar pueda llegar a ser parte integrante de una legislación universal». Esta es también la exigencia de la moral cristiana, puesto que en la base del amor al prójimo radica la exigencia de considerar la dignidad humana de los otros, como fin, más que como medio. Todo esto [...] es compatible con las exigencias de la convivencia y de la solidaridad social.

Conforme a lo antes señalado, las exigencias ético-sociales de convivencia y de solidaridad social se presentan en la comunidad en un doble aspecto que conviene distinguir: por un lado, en un aspecto puramente negativo que se expresaría en la máxima romana del *alterum non laedere* y que conlleva a una exigencia de respeto y de conservación de la esfera del interés ajeno; y por otro, en un aspecto positivo que impone una activa colaboración con los demás, encaminada a promover su interés (Betti, 1969, p. 71).

Ambos aspectos —recíproco respeto y activa cooperación—, que se presentan como exigencias naturales entre los miembros de una comunidad, se hacen patentes también y en especial medida en el ámbito de las relaciones jurídicas contractuales mediante el principio de la buena fe contractual. Esto sucede no solo en la fase de negociación o del cumplimiento de la mismas, sino también en la fase patológica de incumplimiento, que es donde entra a tallar, entre otras, la figura de la mitigación de los daños que venimos tratando. En esta fase patológica de incumplimiento, como dice Betti,

[S]igue existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguas del acreedor y del deudor [y, por tal razón,] el acreedor, aun cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse [...] como en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte. Hay aquí una exigencia de corrección que le impone [al acreedor], incluso en esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento (1969, p. 117).

Es bien sabido que, para el insigne profesor italiano, el principio de buena fe se basa en la necesidad de cooperación entre los que viven en sociedad. Betti eleva esta idea a la categoría de fundamento último de las relaciones obligatorias (1969, p. 117) y la considera la «clave de bóveda» para entender su funcionamiento. No obstante, para Esteban

(2016, p. 215), la cooperación constituye en el momento actual, en el ámbito de la contratación internacional, un principio distinto del de buena fe. En este sentido, del principio de cooperación se derivarían un conjunto de deberes, uno de los cuales sería precisamente el *duty of mitigate*.

Por nuestra parte, sin negar que la necesidad de cooperación entre los sujetos es una idea que subyace al principio de buena fe contractual, pensamos que detrás de la idea de cooperación hay un fundamento anterior y aún más importante, que en última instancia tiene que ver con la causa originaria del derecho en general y, por ende, también con la de las relaciones contractuales. Además, esta indagación por la causa originaria nos permite salvar el eventual cuestionamiento que puede hacerse a la falta de reconocimiento expreso del principio general de buena fe en el derecho inglés (que, no obstante, sí reconoce el *duty of mitigate*), aunque se ha señalado también que el concepto de «razonabilidad» sería para aquel derecho lo que el principio de buena fe es para los sistemas de tradición civilista (Esteban, 2016, pp. 199-200).

En cualquier caso, esta causa originaria de las relaciones jurídicas contractuales (y del derecho en su totalidad, como se dijo) se encuentra en la propia estructura ontológica de la persona humana y, de manera particular —pero no de modo excluyente—, en uno de los elementos esenciales de esa estructura: la *sociabilidad constitutiva* del ser humano. El hombre es, por naturaleza, *ser* en relación (Cotta, 2000, pp. 28-37) o, como también se ha dicho —desde una clara antropología cristiana—, un *ser-desde-con-y-para-otro* (Ratzinger, abril-junio de 1999).

Como bien expresa Cotta (2000, pp. 37-40), existir para los hombres es co-existir, vivir juntos, de lo cual se desprende que, en el fondo, esa relación con los demás no se puede nunca eliminar —como lo ha considerado el Pontificio Consejo «Justicia y Paz» (2009, p. 60), en clara alusión a la Constitución pastoral *Gaudium et spes*—. Pero hay un dato adicional y es que el ser humano, a diferencia de los demás seres vivos, es capaz de tomar conciencia de su propia estructura ontológica y, por ende, de esa sociabilidad que le es constitutiva y de la consiguiente necesidad del otro (sobre el vínculo entre la necesidad del otro —menesterosidad— y la relacionalidad inherente al ser humano, se puede consultar la obra de Giacchetti, 2016, pp. 73-128). Luego, esta toma de conciencia de la propia estructura ontológica y de la permanente necesidad del otro, hacen que la persona tienda naturalmente a salvaguardar sus relaciones con los demás, buscando establecer vínculos de cooperación que, en tanto y en cuanto son reconocidos por el derecho, conforman relaciones jurídicas que en no pocos casos son de carácter patrimonial, es decir, de carácter eminentemente contractual.

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

En estas relaciones contractuales, la idea de cooperación —como ya se dijo— no solo está presente en las fases funcionales de negociación o cumplimiento del contrato, sino también en la fase patológica de incumplimiento, pues aún en esta etapa de inexecución o frustración del contrato, a cada parte le interesa mantener —en la medida que las circunstancias se lo permitan— en buen término sus relaciones. Y qué duda cabe de que una forma de hacerlo —incluso después de extinguido el vínculo contractual— es procurando velar por los intereses de la contraparte, lo cual ocurre precisamente cuando el acreedor, aun habiendo sido perjudicado por el incumplimiento de su deudor, hace lo que está a su alcance (adopta las medidas razonables de acuerdo con las circunstancias del caso concreto) para evitar o mitigar los daños, en lugar de agravar la situación de responsabilidad del deudor infiel.

Como consecuencia de lo anterior, la mitigación de los daños se presenta como algo más que una *carga* en sentido técnico, pues lejos de constituir una situación jurídica cuya única finalidad es la salvaguarda del propio interés de su titular, supera esos límites y se presenta como un imperativo de la buena fe que emana de la necesidad de cooperación con la esfera jurídica ajena, cuyo fundamento último, según se dijo, puede encontrarse en la sociabilidad constitutiva de la persona, en su condición ontológica de *ser* en relación. Por otro lado, entendemos que esta referencia a la estructura ontológica del ser humano para intentar dar cuenta del fundamento último de la regla de la mitigación de los daños no es en modo alguno un esfuerzo vano y mucho menos una pretensión metafísica que exceda los límites de la disciplina jurídica. Por el contrario, entendemos que constituye una exigencia que se plantea como necesaria y acorde con el reconocimiento en el derecho contemporáneo de la persona humana y de la defensa de su dignidad como los fines supremos de la sociedad y del Estado. En esta línea, mal haríamos en invocar incansablemente el principio de dignidad humana y la primacía de la persona si llegado el momento de explicar las causas últimas u originarias de las instituciones jurídicas —es decir, sus verdaderos fundamentos—, renunciamos a indagar sobre las exigencias que emanan precisamente de esa dignidad ontológica que se sustenta en la naturaleza humana, en su condición de persona como ser co-existencial. En definitiva, no parece lógico pretender el «reconocimiento» y la defensa de la dignidad humana —fundamento último y razón de ser del derecho— sin hacer primero el esfuerzo por «conocer»⁴, en sus dimensiones más esenciales, al titular de esa dignidad: la persona.

4 El «reconocimiento» supone siempre un acto previo de «conocimiento» de una determinada realidad en sus características y rasgos esenciales, pues solo después de ese acto de conocimiento es posible hacer una valoración positiva que justifique el posterior reconocimiento. Lo mismo ocurre con el acto de reconocimiento, en determinado ordenamiento, de una realidad preexistente al derecho positivo. El reconocimiento jurídico supone un previo conocimiento de esa realidad preexistente, la cual recibe positivización al haber sido valorada como digna de tutela.

Esa condición de *persona* le impone a todo ser humano un deber de comportarse de manera fraterna y solidaria con el otro, que se encuentra recogido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos («Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros») y en otros instrumentos internacionales (Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Por ello podemos concluir que, si bien la mitigación de los daños tiene como fundamento inmediato el principio de buena fe contractual y la necesidad/deber de cooperación, no es menos cierto que su fundamento último está en la sociabilidad y en el carácter relacional constitutivos e inherentes a la persona humana. Estos conducen al acreedor a velar no solo por el propio interés, sino también por la protección del interés ajeno, aun cuando el titular de este último sea el deudor que le causó daños con su incumplimiento contractual. De este modo, la cooperación entre las partes, base del principio de buena fe contractual, se presenta no como una mera imposición de derecho positivo, sino como una exigencia inherente a la estructura ontológica del ser humano, pero que debe ser matizada teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto; más aún si —como se ha dicho— «la premisa de comportamiento leal no parece alcanzar una actividad de “santos”, sino de hombres comunes y ordinarios» (Pizarro, 2013, p. 77).

IV. LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE ARGENTINA Y PERÚ: BREVE ANÁLISIS COMPARADO

IV.1. Aproximación general al contenido de la regla

La mitigación de daños está recogida tanto en el Código Civil peruano de 1984 (C.C.) como en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina de 2014 (C.C.C.N.). Sin embargo, mientras que en el primer caso (artículo 1327), la formulación de la regla se hace en términos similares a la regulación que la mitigación de daños recibe en los países del *civil law*, en el código argentino (artículo 1710, literales b y c), en cambio, la regulación es algo más prolija y cercana —pero no idéntica— a la formulación que la figura recibe en el derecho inglés y, por ende, en los instrumentos de derecho internacional privado y de *soft law* referidos previamente.

El artículo 1327 del C.C. está inspirado en el artículo 1227 del código civil italiano de 1942, pero a diferencia del *Codice*, que recoge en un solo dispositivo la figura de la concurrencia de culpas o causas junto con el deber de evitar el daño a cargo del acreedor, el legislador peruano prefirió separar ambas figuras y dedicar sendos artículos a cada una de

137

LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: BREVE ANÁLISIS COMPARADO EN EL DERECHO CIVIL DE ARGENTINA Y PERÚ

MITIGATION OF DAMAGES IN LIABILITY FOR BREACH OF CONTRACT: BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN ARGENTINIAN AND PERUVIAN CIVIL LAW

ellas. Asimismo, el artículo 1327 va un poco más allá que su antecedente italiano, pues si bien prescribe la exclusión del resarcimiento de aquellos daños que el acreedor pudo evitar usando la diligencia ordinaria, deja a salvo, además, la posibilidad de que las partes establezcan un pacto en contrario, convirtiendo de este modo a la regla de evitar o mitigar los daños en una norma de carácter dispositivo. Sobre esta posibilidad de pacto en contrario —y sus implicaciones con relación al fundamento de la regla— volveremos más adelante.

La norma peruana es escueta y, en consecuencia, no se pronuncia expresamente sobre el reembolso o indemnización al acreedor de los gastos que tuvo que efectuar para evitar los daños. Tampoco se pronuncia sobre la procedencia o no del reembolso en el supuesto específico en el que las medidas mitigadoras adoptadas por el acreedor resultaron infructuosas a pesar de haber actuado diligentemente. Corresponderá, entonces, al juzgador valorar las circunstancias del caso concreto para ordenar el reembolso, evitando en todo momento un enriquecimiento indebido del deudor a expensas de la acción mitigadora de su acreedor, para lo cual deberá valerse de lo establecido en el artículo 1954 del C.C.

Por su parte, en Argentina, como ha señalado Picasso (2015), en el nuevo código, el legislador se ha pronunciado inequívocamente acerca de las funciones del derecho de daños en general y ha establecido que ellas son, exclusivamente, la función de prevención y la función de reparación. En este sentido, el C.C.C.N. recoge la mitigación de los daños como un supuesto específico del deber general de prevención del daño —expresión concreta de la función preventiva de la responsabilidad civil⁵— y, en consecuencia, como límite aplicable a toda clase de responsabilidad, contractual o extracontractual. En efecto, luego de establecer que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado (artículo 1710, literal a), establece, en los literales siguientes, el deber general de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que el daño se produzca o para disminuir su magnitud (artículo 1710, literal b), así como el deber de no agravar el daño si este ya se produjo (artículo 1710, literal c). Además, en el literal b), ya mencionado, agrega que si las medidas adoptadas lograron evitar o disminuir la producción del daño o su magnitud, la persona que adoptó las medidas (el acreedor, tratándose de responsabilidad por incumplimiento contractual) tiene derecho a exigir que el responsable del daño (el deudor) le reembolse dichos gastos, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. Esta última

5 Si bien el C.C.C.N. mantiene la clásica denominación de «responsabilidad civil» para referirse tanto a la función preventiva como a la función resarcitoria, no es menos cierto que la doctrina de ese país prefiere hablar de «derecho de daños» como un género cuyas especies son la prevención y la reparación del perjuicio, donde la «responsabilidad civil» tendría que ver, en puridad, solo con esta última función (Picasso, 2015, p. 6).

referencia al enriquecimiento sin causa permite, en nuestra opinión, considerar que —al igual que en el caso peruano— el reembolso de los gastos procede aun cuando las medidas mitigadoras no hayan alcanzado el resultado esperado.

En este orden de ideas, somos de la opinión que los gastos derivados de la actividad mitigadora llevada a cabo por el acreedor deben considerarse, independientemente de la eficacia o fracaso de las medidas adoptadas, como pérdidas efectivas causadas por el incumplimiento del deudor. Estas pérdidas —desde que los «deberes» de evitar y mitigar los daños están recogidos en el C.C. y en el C.C.C.N.— pasan a ser *previsibles* para las partes desde el momento mismo de la celebración del contrato y, como tales, indemnizables por el deudor. Esto último, teniendo siempre en consideración que las medidas mitigadoras deben cumplir con el requisito de razonabilidad, debiendo descartarse el reembolso de los gastos que, a la luz del mencionado criterio, se presenten como desproporcionados.

Por último, llama la atención que el C.C.C.N. —a diferencia del C.C.— contemple expresamente el derecho de la víctima del daño a exigir el reembolso de los gastos de mitigación, pero que omita, en cambio, hacer explícita mención a la principal consecuencia derivada de la aplicación del «deber» de mitigar consistente en la reducción de la indemnización en proporción al daño que pudo ser evitado o mitigado, consecuencia jurídica en la que, como se vio, incide básicamente el legislador peruano. Esta omisión, sin embargo, no es obstáculo para que, en el derecho argentino, se reconozca que la figura constituye un criterio delimitador del resarcimiento y tampoco para afirmar que tiene precisamente como finalidad contribuir con la determinación correcta del *quantum respondeatur* (Ubiría, 2015, p. 66). Es decir, la reducción de la indemnización es una consecuencia lógica, pero implícita, en la norma argentina.

IV.2. Causalidad, mitigación y prevención

Luego de haber realizado una aproximación general al contenido de la regla en los códigos civiles de Argentina y Perú, conviene hacer algunas precisiones relativas a la relación entre la causalidad y la mitigación, y entre esta última y la prevención de los daños. Para empezar, no puede pasarse por alto que la referencia a la diligencia ordinaria en el artículo 1327 del C.C. es susceptible de conducir al error de considerar que el acreedor podría librarse de la reducción de la indemnización si logra probar que actuó sin culpa. Sin embargo, debe tenerse presente que el mencionado artículo no contempla un problema relacionado con los factores de atribución de responsabilidad —criterios de imputación—, sino más bien un problema referido a la relación de causalidad. En este

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

sentido, el artículo 1327 no se aplicará o dejará de aplicar dependiendo de si el acreedor logra o no probar que actuó diligentemente, sino en función de la evaluación objetiva y material del hecho ocurrido (Ortega, 2015, p. 280). En cualquier caso, queda claro que el deudor tendrá que responder por los daños que no podrían haberse evitado aunque el acreedor hubiera actuado con la diligencia ordinaria (Osterling & Castillo, 2008, p. 887). Por eso mismo, en Argentina, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (*Peña Mercedes Elena c. Colucci Julio Alberto y Otros*), pronunciándose sobre la conducta de la víctima como eximente de responsabilidad, precisó que tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir las mismas consecuencias, pues el centro de la cuestión anida en la relación de causalidad, y es en mérito a ello que ni siquiera la saludable intención de proteger a la víctima puede llevar a atribuir las consecuencias dañosas a quien no es autor del menoscabo.

Siempre dentro del campo de la causalidad, se ha dicho en doctrina peruana (Espinoza, 2016, p. 287) que el hecho de la propia víctima —según su intensidad en la producción de las consecuencias dañosas— puede ser o una «concausa» (artículo 1326) o un supuesto de «ruptura del nexo causal» (artículo 1327). Asimismo, se ha señalado que mientras el artículo 1326 supone la reducción del monto indemnizatorio en razón de que el acreedor ha sido «cocusante» de los daños, con la norma contenida en el artículo 1327 lo que se discute es si el acreedor, actuando con la diligencia ordinaria, pudo haber evitado algunos daños provocados por el incumplimiento imputable al deudor (Osterling & Castillo, 2014, p. 2293). En este sentido, y en la misma línea que la doctrina italiana citada *supra* (Messineo, 1971), se afirma que el artículo 1327 del código peruano supone que ya ocurrió el incumplimiento, pero supone además que el acreedor, por su parte, se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño (Osterling & Castillo, 2014, p. 2294); o que en el 1327 no se está ante la presencia de concausas, sino de causa única del daño debida a la omisión del acreedor de evitar el daño usando la diligencia ordinaria que el caso requería (Torres, 2014, p. 1052).

Conforme a lo anterior, puede afirmarse que en el derecho peruano el deber o carga de evitar/mitigar los daños constituye una regla autónoma y distinta de la concausa o concurrencia de culpas. Pero el texto del artículo 1327 exige una precisión adicional y es que de su tenor no queda claro desde cuándo se activa dicho deber o carga en la persona del acreedor; en otras palabras, no queda claro desde cuándo opera o debe operar.

Vinculado con lo anterior, se ha dicho que la norma en cuestión admite al menos dos interpretaciones (Ortega, 2015, pp. 275-277). Conforme a la primera interpretación, el artículo 1327 contemplaría un supuesto

141

de fractura causal parcial, lo cual supone la existencia de dos hechos generadores del daño, pero con la particularidad de que estos dos hechos o conductas no son concurrentes o simultáneos, sino más bien consecutivos. Con el primer hecho —incumplimiento del deudor en cualquiera de sus modalidades—, se causa un daño sobre el acreedor, mientras que con el segundo hecho se ocasiona un agravamiento del daño, pero que adquiere entidad propia, por lo que sería un daño distinto al causado por el primer hecho generador. Se estaría ante una fractura causal parcial porque, respecto del mayor daño —segundo daño—, el deudor no es el causante sino que lo es el propio acreedor. En cambio, conforme a la segunda interpretación, el artículo 1327 regularía propiamente una fractura causal total, de modo que el íntegro del daño sería atribuible de manera exclusiva a la conducta negligente de la propia víctima (acreedor) y el deudor resultaría totalmente ajeno a cualquier reparación. Como se puede advertir, la primera interpretación conduce a considerar que el deber o carga de evitar/mitigar los daños surge en la persona del acreedor solo una vez que se ha producido el incumplimiento y que este ha causado daños, mientras que la segunda interpretación implica que debe operar desde antes de que se produzca cualquier daño.

En nuestra opinión, el principio de buena fe contractual (artículo 1362 C.C.) exige interpretar el artículo 1327 de manera extensiva y, por ende, no limitando su aplicación a los supuestos en los cuales ya hubo incumplimiento y daño, sino aplicándolo también a aquellos supuestos en los cuales era previsible que aquel ocurra, aun cuando todavía no se haya verificado ningún incumplimiento. En esta línea, parafraseando a Díez-Picazo (2011, p. 344), diremos que en el derecho peruano el deber o la carga de evitar o mitigar los daños debe pesar sobre el eventual perjudicado desde el momento en que es previsible la producción misma del daño y subsistirá, tras la producción de este, respecto de sus consecuencias o secuelas. En consecuencia, el acreedor se verá privado total o parcialmente del resarcimiento, según corresponda, tanto si el daño era aún probable y previsible, pero el acreedor, pudiendo hacerlo, no lo evitó; como cuando el daño ya se produjo a causa del incumplimiento del deudor, pero el acreedor omitió evitar o mitigar su propagación o agravamiento.

En el derecho argentino, a partir de lo establecido en los literales b) y c) del artículo 1710 del C.C.C.N., surge una inquietud similar respecto del momento a partir del cual opera el deber o carga de mitigar. Como se recordará, en el literal b) del mencionado artículo se establece el deber que tiene toda persona de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; precisando además que, si tales medidas evitan o disminuyen el daño del cual un tercero sería responsable, el

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

sujeto que adoptó las medidas tiene derecho a que aquel tercero le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a la reglas del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, el mismo artículo, en el literal c), establece que toda persona tiene el deber de no agravar el daño, si este ya se produjo.

Para un sector de la doctrina argentina (Ubiría, 2015, p. 65), la mitigación de los daños estaría contemplada tanto en el literal b) como en el literal c) del artículo 1710 del C.C.C.N., pero en el primer caso solo en el extremo en el que la norma alude a las medidas razonables para «disminuir» los daños, dejando en consecuencia fuera de la mitigación a los supuestos en los cuales se evitó su producción, los cuales quedarían inmersos en el deber general de prevención. Otra doctrina, en cambio, con criterio más restrictivo aún, limita la mitigación al supuesto contemplado en el literal c), circunscribiéndola al deber de no agravar los daños ya producidos (Lamanna, 2012, p. 498).

Como se puede ver, ambas doctrinas, aplicadas al campo contractual, suponen una concepción restrictiva de la figura de la mitigación de los daños, pues esta operaría, en estricto, solo luego de producido el incumplimiento y siempre y cuando dicho incumplimiento haya generado daños al acreedor. De esta manera, la legislación y doctrina argentinas trazan una clara diferencia conceptual entre mitigación y prevención, conforme a la cual la mitigación recién nace cuando el daño ya se ha producido, mientras que en la prevención solo existe una probabilidad de daño. En ese sentido, se ha dicho que

La prevención mira enteramente hacia el futuro, pues aún no hay *huellas*, la finalidad que se persigue es evitar todo daño, es decir, la indemnidad. En la mitigación nos encontramos comparativamente en una etapa o estadio ulterior, se mira hacia el pasado pues ya hay una *historia* que son los daños resarcibles, y también se mira hacia el futuro porque allí será menester desplegar las medidas conducentes a que los perjuicios no adquieran mayor entidad (Ubiría, 2015, pp. 68-69).

Sin embargo, esta distinción conceptual entre prevención y mitigación no se manifiesta en las consecuencias jurídicas de una y otra institución, pues entendemos que tanto la falta de prevención como la omisión de la mitigación implicarán para el acreedor ver reducida la indemnización en proporción a los daños que pudo prevenir o mitigar. Asimismo, tanto en la prevención como en la mitigación, el acreedor que cumplió con adoptar medidas razonables para evitar el daño o mitigarlo tendrá derecho a exigir al deudor —conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa— el reembolso de los gastos en que incurrió como consecuencia de la aplicación de dichas medidas.

143

Como se vio en el numeral precedente, ambas consecuencias—reducción de la indemnización y reembolso de los gastos— serán aplicables en el derecho argentino y en el peruano tanto para los casos de evitación de daños como para los casos de mitigación en sentido estricto. Además, en ambos derechos, la mitigación se distingue claramente de la concausa o concurrencia de culpas, pero no deja de estar vinculada con el elemento «relación de causalidad», toda vez que no corresponde que el deudor se haga cargo de daños cuya causa radica en un hecho del acreedor.

Esta clara vinculación de la figura objeto de nuestro estudio con el tema de la causalidad ha sido puesta en duda por quienes sostienen la autonomía de la regla mitigadora, al punto de afirmar que «el fundamento del deber de mitigar no estriba en la ausencia de conexión causal entre el acto del pretendido responsable y el daño sufrido por el agraviado», pues, mientras que en la concurrencia de culpas o causas «las pérdidas que deban excluirse del resarcimiento vendrán determinadas por la aplicación —objetiva— de los criterios de causalidad jurídica», en el caso del deber de mitigar, «serán las circunstancias —objetivas y subjetivas— del caso las que determinen qué medidas podía, luego debía, haber adoptado el demandante para mitigar las consecuencias que del mismo daño-base puedan derivarse en un futuro» (Soler, 1995, p. 963).

En esta misma línea, se ha dicho que es preciso distinguir entre la categoría genérica de «daños imputables al acreedor» y los distintos supuestos específicos cuya diferenciación dependerá de la concurrencia o no de conductas y del momento en que la misma se manifieste. De este modo, se arriba a una clasificación tripartita de daños imputables al acreedor que contempla los siguientes tipos: a) daño imputable al acreedor en sentido estricto; representado por aquel daño en cuya causación solo intervino la propia conducta del perjudicado; en otras palabras, el daño es de autoría exclusiva del perjudicado (fractura causal); b) daño a cuya producción o extensión ha contribuido el acreedor; en el que la conducta del acreedor no ha sido la causa exclusiva de los daños, sino que, o bien ha coadyuvado con el incumplimiento del deudor o bien con extender la cuantía de los daños (concausa o concurrencia de culpas); y c) daño que pudo ser objeto de mitigación; aquel daño cuyo curso causal fue iniciado exclusivamente por la conducta del deudor (incumplimiento), pero que pudo ser mitigado si el acreedor hubiera adoptado una serie de medidas que según las circunstancias resultaban razonables (Pérez, 2016, pp. 466-467). En este último supuesto, el deber de mitigar recién nace cuando el daño ya se ha producido por el incumplimiento del deudor, por lo que el deber de la víctima se orienta a impedir su agravamiento (Ubiría, 2015, p. 68). En otras palabras, no es el mero incumplimiento lo que activa el deber de mitigar, sino la existencia de un daño ya causado por el deudor.

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

Conforme a esta clasificación, la figura de la mitigación se diferenciaría de los otros supuestos de daño imputable al acreedor —fractura del nexo causal por hecho de la propia víctima y concurrencia de culpas o causas— en que la extensión o propagación de los daños causados por el incumplimiento del deudor no puede ser imputada a un nuevo curso causal introducido por el acreedor, de modo que el reproche de la mitigación es precisamente por no haber intervenido en el curso causal haciendo de cortafuegos del daño (Pérez, 2016, p. 465). Por nuestra parte, consideramos que esta discusión cobra singular importancia a la luz de lo establecido en el artículo 1711 del C.C.C.N., pues la autonomía o no de la mitigación respecto de los temas causales podría marcar la diferencia entre admitir la posibilidad de aplicación de las acciones de prevención a la figura que nos ocupa, o su total descarte.

En efecto, si se sostiene la autonomía de la regla de la mitigación y se la desvincula totalmente de los problemas de causalidad, es probable que la consecuencia de dicha autonomía sea que no le resulte aplicable la acción preventiva regulada en los artículos 1711 al 1713 del C.C.C.N., pues, al fin y al cabo, la mitigación no sería más que una *carga* en sentido estricto y, por ende —más allá de conducir a la limitación del *quantum* indemnizatorio—, no habría forma de que habilite al deudor para exigir alguna conducta concreta (positiva o negativa) a su acreedor para evitar la producción o el agravamiento de los daños. En cambio, si a la mitigación —aun cuando se la distinga conceptualmente de figuras afines— no se la desvincula de la causalidad de los daños, creemos que se le podría considerar como una concreción del deber general de evitar «causar» daños (*alterum non laedere*) recogido en el artículo 1710 literal a) del C.C.C.N.; y, como tal, dependiendo del caso, las medidas mitigadoras podrían constituirse en conductas exigibles al acreedor y pasibles de hacerse efectivas mediante la acción preventiva antes mencionada, la cual procede cuando una acción u omisión antijurídica —el carácter antijurídico de la omisión de las medidas mitigadoras estaría dado porque el fundamento de la mitigación se encuentra en el principio de buena fe, de modo que la falta de mitigación constituye una vulneración directa a dicho principio— hace previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento (artículo 1711); estando legitimado para reclamar cualquier sujeto que acredite un interés razonable en la prevención del daño (artículo 1712). Esta disposición debe ser interpretada de manera extensiva, «acordando la acción de prevención a toda persona humana o jurídica (sea pública o privada) que acredite mínimamente dicho interés» (Alferillo, 2016, p. 27).

Es probable también que la exigibilidad de las medidas mitigadoras, vía acción preventiva, sea más factible en aquellos casos en los cuales el correcto cumplimiento del deudor —o la subsanación de un cumplimiento defectuoso— dependa de una conducta de colaboración

145

del acreedor y que esta conducta de colaboración sea en sí misma una medida mitigadora del daño o al menos forme parte de las medidas mitigadoras exigibles. Este sería el caso de la venta de una maquinaria defectuosa que produce una merma excesiva en el material o insumos utilizados, ante lo cual el vendedor ofrece oportunamente la reparación, pero el comprador no se lo permite aduciendo que no puede detener la producción, cuando en realidad cuenta con otras máquinas del mismo tipo en perfecto estado de funcionamiento. Pensamos que en este caso el deudor podría, vía acción preventiva, exigir el cese de la producción (medida mitigadora) solo de la máquina defectuosa para proceder con su reparación y evitar así que los daños a su cargo sigan aumentando (podría sostenerse que ante la falta de colaboración del acreedor, el deudor podría constituirlo en mora (artículo 1338 C.C.), sin embargo, esta solución no busca necesariamente la prevención o mitigación de los daños, los cuales igual podrían producirse o agravarse). En cualquier caso, dada la novedad del C.C.C.N. y, en especial, de la «acción preventiva», solo el tiempo permitirá saber si este planteamiento logra encontrar asidero en la doctrina y en la jurisprudencia argentinas. Sin embargo, ya se ha dejado constancia (Calvo, 2017, p. 573) de las distintas interpretaciones que admitiría el texto normativo en cuanto a la legitimación pasiva, pues no aclara si el deber de prevención —y la consiguiente acción preventiva— recae únicamente sobre aquel de quien dependa el posible acaecimiento del daño o también sobre aquel de quien depende la evitación del perjuicio aun cuando no haya sido quien lo ha originado.

En el Perú no existe una norma como la del artículo 1711 del C.C.C.N. Una norma referida a la prevención del daño estuvo contemplada, por iniciativa del profesor Fernando de Trazegnies, en el proyecto de reforma integral del Código Civil peruano de 1936, proyecto que fue aprobado por la comisión revisora y luego publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 21 de febrero de 1984. Como precisa su autor, «[l]a norma propuesta [...] tenía la ventaja de plantear claramente que no es preciso esperar a la finalización del juicio para hacer cesar el hecho dañino o para impedir que este tenga lugar, sino que tal cesación podía otorgarse con carácter interlocutorio». Sin embargo, cuando el nuevo código de 1984 fue efectivamente promulgado, la mencionada norma había, inexplicablemente, desaparecido (2000, pp. 273-277). No obstante, se ha manifestado que los artículos 1326 y 1327 del C.C. regulan supuestos que configuran circunstancias atenuantes de la responsabilidad del deudor íntimamente vinculadas con la función preventiva de la responsabilidad civil, pues buscan incentivar conductas diligentes con el fin de evitar la producción de daños, donde el acreedor puede lograr este resultado adoptando prevenciones (Osterling & Castillo, 2014, pp. 2287-2289). Se afirma ello en el entendido de que quien se

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

encuentra en mejor posición de prever o impedir los daños, es quien debe adoptar las medidas idóneas destinadas a evitarlos y, de no hacerlo, deberá asumir las consecuencias perjudiciales que ello pueda acarrear (Osterling & Castillo, 2014, p. 2291).

Asimismo, para salvar la ausencia de una norma específica referida a la acción de prevención de los daños, se ha planteado (Trazegnies, 2000, pp. 285-288) la posibilidad de hacer un uso extensivo del artículo II del Título Preliminar del C.C. que recoge el principio general de prohibición de abuso del derecho, al establecer que cuando se da un caso de omisión o ejercicio abusivos del derecho, el interesado puede no solo demandar una indemnización u otra pretensión sino, además, exigir la adopción de las medidas cautelares (preventivas) apropiadas para evitar o suprimir el abuso.

Pensamos que dicha omisión o ejercicio abusivos podrían estar referidos, por ejemplo, al derecho que tiene todo acreedor de escoger, ante el incumplimiento de su deudor, los medios de tutela de su derecho de crédito o remedios contractuales, entre los que figuran la pretensión de cumplimiento o ejecución forzada, la suspensión del propio cumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*), la resolución del contrato, la reducción de la contraprestación y la pretensión indemnizatoria. Así, podría ocurrir que, en un caso concreto, la opción por la resolución del contrato configure un ejercicio abusivo del derecho si se la compara con los efectos que tendría el ejercitar otros remedios, como, por ejemplo, la reducción de la contraprestación. A este respecto, es ilustrativa la sentencia alemana del *Oberlandesgericht Koblenz*, citada por Pérez, pronunciada en el caso en el que una empresa húngara había vendido a un intermediario alemán una partida de camisetas que debían ser entregadas directamente al cliente del intermediario-comprador. Cuando las mercancías llegaron a su destino, el cliente del intermediario alegó que algunas tenían mangas largas cuando el pedido era de mangas cortas, que no habían sido adecuadamente embaladas, que estaban sucias y que el tejido también presentaba deficiencias (probablemente razones suficientes para resolver el contrato). Sin embargo, el intermediario le propuso una reducción del precio a su comprador que este aceptó, lo que llevó al tribunal alemán a afirmar que «[the] opting for a reduction of the price, [Buyer] complied with its duty towards [Seller] under Article 77 CISG to mitigate the losses resulting from a breach of contract that fell within the responsibility of the other party» (Pérez, 2015, p. 32).

Obviamente, habría que preguntarse hasta qué punto sería posible que, ante un caso similar y sobre la base del artículo II del Título Preliminar del C.C., el deudor ofrezca la reducción de la contraprestación a su acreedor y junto con ello formule una medida cautelar para evitar la resolución del contrato y, con ello, los mayores daños que dicho

remedio ante el incumplimiento le ocasionarían. En nuestra opinión, salvo que el incumplimiento no sea realmente grave o esencial, es muy probable que los jueces peruanos denieguen tal pretensión cautelar, haciendo prevalecer el interés del acreedor y el derecho que este tiene de escoger los mejores medios para la tutela de su derecho, entre ellos, la resolución del contrato y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, considerando el caso alemán antes citado, cabe cuestionarnos también hasta qué punto el rechazo por parte del acreedor del ofrecimiento que le hace su deudor, consistente en la reducción del precio a raíz del cumplimiento defectuoso, pueda luego ser invocado por el deudor para pretender una reducción del monto indemnizatorio al amparo del artículo 1327 del C.C., bajo el argumento de que la aceptación de la reducción del precio, oportunamente ofrecida, habría constituido una medida totalmente razonable para mitigar los mayores daños padecidos por el acreedor. Una interpretación del artículo 1327 conforme al principio de buena fe podría llevarnos, según las circunstancias del caso concreto, a responder de manera positiva a este planteamiento.

IV.3. ¿Razonabilidad de las medidas mitigadoras o diligencia ordinaria del acreedor? Dos senderos, un mismo destino

En cuanto a las medidas destinadas a evitar o mitigar el daño, el C.C.C.N. contempla, al estilo del *common law* y de los instrumentos internacionales, que estas medidas sean las que resulten «razonables» para evitar que el daño se produzca o al menos para disminuir su magnitud. Por su parte, el C.C. establece, siguiendo el modelo italiano, que el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor pudo evitar usando la «diligencia ordinaria», de modo que este tipo de diligencia constituye el parámetro para determinar las medidas mitigadoras que serían exigibles al acreedor. Sobre estos distintos criterios, se ha señalado, parafraseando a Criscuoli, que «...no siempre lo que es “ordinario” es también “razonable” y ambos criterios difieren. El criterio inglés es neutro, constituido por un dato puramente racional que deja a la conciencia del juez determinar su eventual variación en el tiempo y su valoración con las circunstancias del caso concreto. El criterio italiano, por el contrario, está determinado por un parámetro de responsabilidad fijado *a priori* que vincula al juez» (Fuentes, 2005, p. 227).

La diligencia ordinaria debe ser entendida en términos objetivos, es decir, como un patrón o modelo de conducta que se establece en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 1320 C.C.). Es un estándar de valoración de conductas que, en el marco de una relación obligatoria, sirve para

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

comprobar el cumplimiento del deber de cooperación (Palacios, 2004, p. 190) y para determinar la exactitud del comportamiento contractual (Osterling & Castillo, 2014, p. 2289). En la misma línea, serán calificadas de razonables las medidas que, atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto, puedan esperarse de una persona que actúa de buena fe (Pérez, 2015, p. 29); es decir, considerando lo que llevaría a cabo cualquier persona (hombre medio) a fin de evitar o disminuir la magnitud del perjuicio (Lamanna, 2012, p. 498).

Sin embargo, como se ha dicho, debe tenerse presente que «[u]na cosa es [...] el comportamiento a que está obligado el deudor, y otra cosa es el comportamiento, de ordinario puramente receptivo, del acreedor» (Messineo, 1971, p. 253), de modo que el estándar de conducta no es exactamente el mismo para el deudor que para el acreedor, siendo relativamente más bajo para este último. Por lo mismo, la máxima según la cual «la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad» —frecuentemente utilizada por un sector de la doctrina peruana (Fernández, 2005, p. 194), para explicar las reglas de responsabilidad/exoneración del deudor por la inejecución de la obligación (*an respondeatur*)— no es de ningún modo aplicable para determinar el alcance y contenido de las medidas mitigadoras que serían exigibles al acreedor para evitar o aminorar el daño. Es perfectamente factible que el límite entre lo razonable y lo irrazonable de las medidas se presente mucho antes de llegar al límite constituido por la imposibilidad objetiva de evitar o mitigar el daño⁶. O, como ha dicho autorizada doctrina italiana (Bianca, 2007, p. 527), el compromiso de solidaridad contractual, que se proyecta más allá del contenido de la obligación y de los deberes de respeto del otro, encuentra su límite en el interés propio del sujeto, pues este tiene que velar por el interés del otro, pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio apreciable, personal o económico. En esta línea, la fórmula de la «razonabilidad» utilizada por el legislador argentino parece más conveniente —y menos susceptible de interpretaciones erróneas— que la referencia a la «diligencia ordinaria» recogida en el código peruano. Además, a decir de Massimo Bianca, técnicamente, la obligación de diligencia mide el deber al que el sujeto está obligado para satisfacer el interés ajeno, jurídicamente tutelado, por un derecho relativo o absoluto; situación esta que, como se vio *supra*, no se presenta en la

6 Sobre el particular, véase Visintini (1999, pp. 114-115), quien informa que, en Italia, la Corte Suprema di Cassazione (Cass., 20/11/91, N° 12.439, «Mass. Giur. It.», 1991) ha manifestado que: «A los fines de la concreta resarcibilidad de los daños sufridos por el acreedor [...] el artículo 1227, párrafo 2 del Cód. Civil, al poner la condición de evitabilidad por parte del acreedor, con el uso de la "diligencia ordinaria", no se limita a requerir a este último la simple inercia frente al comportamiento dañoso de otro, ni la simple abstención de agravar con el hecho propio el perjuicio que ya se ha verificado, sino que los principios generales de corrección y buena fe, impuestos en el artículo 1175 del Código Civil, le imponen igualmente una conducta activa o positiva dirigida a limitar las consecuencias dañosas de dicho comportamiento, entendiéndose comprendidas en el ámbito de la diligencia ordinaria solamente aquellas conductas que no sean gravosas o excepcionales o que comporten notables riesgos o sacrificios relevantes».

mitigación de daños, toda vez que en esta figura el deudor no detenta un derecho subjetivo frente al acreedor (2007, pp. 527-528).

Sin perjuicio de lo anterior, ya sea que la norma aluda a la razonabilidad de las medidas destinadas a evitar o mitigar el daño, o que se refiera a la diligencia ordinaria del acreedor, en ambos casos la idoneidad de las medidas mitigadoras debe evaluarse en función de la naturaleza de la obligación (tipo de contrato) y de las circunstancias de cada caso concreto (personas, tiempo y lugar), de modo que la medida que fue razonable en un caso no puede *a priori* generalizarse para todos los demás. Por ello, si bien es común en doctrina considerar a la operación de reemplazo como la medida mitigadora por excelencia (Soler, 1997, p. 625), no es menos cierto que las alternativas y variantes pueden ser muchas más, resultando imposible establecer un *numerus clausus* al respecto.

En esta línea —aunque se trate de un supuesto de responsabilidad extracontractual—, resulta interesante traer a colación el caso en el que un agricultor demandó al Departamento General de Irrigación el pago de una indemnización por la ganancia dejada de percibir (lucro cesante) como consecuencia de la destrucción de la toma de agua por la que regaba su propiedad y la consiguiente imposibilidad de cultivar sus tierras durante los años 1993 a 1995 (*Nadal Nicolau Carlos Alberto c. Departamento General de Irrigación*; el evento dañoso se habría producido cuando personal contratado por el Departamento General de Irrigación realizaba, con una máquina retroexcavadora, los trabajos de limpieza y profundización del canal de regadío donde se encontraba la toma del demandante). Si bien en primera y segunda instancia se condenó a la entidad demandada al pago de \$ 192 000.00, ya en casación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza redujo el monto de la indemnización al importe de \$ 35 453.77 (incluidos intereses), al considerar que había quedado acreditado en autos que la reparación de la toma no habría llevado al demandante un lapso mayor a 90 días y que su costo no superaría los \$ 7 000.00, por lo que correspondía ordenar la indemnización únicamente de las cosechas arruinadas por la falta de riego durante el lapso de tiempo que hubieran demandado las reparaciones, pero de allí en más, el daño sufrido debía ser atribuido al propio demandante. Asimismo, la Suprema Corte precisó que la actividad mitigadora del daño antes mencionada no habría exigido al actor altas fuentes de financiamiento y tampoco lo sometía a posiciones peligrosas o riesgosas, ni a eventuales daños a terceros.

En otras palabras, se consideró que las medidas mitigadoras antes mencionadas eran perfectamente razonables y, por ende, exigibles al demandante dadas las circunstancias del caso concreto, pero es probable que el criterio sería otro si los gastos de reparación (misma medida

149

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

mitigadora) hubieran significado para el demandante un esfuerzo económico mucho mayor. No debe olvidarse que el deber o carga de mitigar existe solo en aquellos casos en los que la evitación o reducción del daño puede obtenerse mediante medidas que no entrañen sacrificios desproporcionados para el perjudicado o que no lo coloquen ante nuevos riesgos (Díez-Picazo, 2011, p. 344), y que no todo puede serle demandado al acreedor o a la víctima (Jaramillo, 2013, p. 186).

IV.4. Sobre el fundamento de la regla mitigadora en Argentina y Perú

A) Buena fe, mitigación y relación jurídico-obligatoria compleja

Como se ha visto, la referencia a la buena fe es explícita en el artículo 1710 del C.C.C.N., cosa que no ocurre en el artículo 1327 del C.C. Probablemente esta omisión haya significado también la escasa referencia en doctrina peruana al principio de buena fe como fundamento del deber o carga de evitar/mitigar los daños, así como el deficiente entendimiento y aplicación que del artículo 1327 ha hecho en ocasiones la judicatura, tal y como se desprende de la sentencia en casación del 13 de mayo de 2010 expedida por la Corte Suprema de Justicia del Perú.

Conforme a los hechos del caso (*Renzo Gabriel Urrunaga Díaz c. Banco Internacional del Perú-INTERBANK*), el demandado otorgó un préstamo al demandante a ser pagado en doce cuotas mensuales mediante descuento por planilla que debía realizar su empleadora la Marina de Guerra del Perú. Sin embargo, el Banco le habría cobrado a su cliente cuotas en exceso y, además, lo habría reportado indebidamente ante la central de riesgos del sistema financiero como deudor deficiente, ocasionando que otra institución financiera le deniegue el otorgamiento de una tarjeta de crédito. Por estas razones, el demandante solicitó una indemnización ascendente a 20 000 dólares americanos por daño emergente y daño moral.

En primera instancia el juez de la causa, en aplicación del artículo 1327 C.C., declaró infundada la demanda en todos sus extremos porque el propio demandante, con anterioridad a la interposición de la demanda, había reconocido mediante carta dirigida al Banco que era deudor moroso correspondiente a los meses de mayo y junio, debido a que su empleadora no efectuó los descuentos por planilla; y porque, ante ello, el cliente no realizó gestión alguna para que se proceda a realizar el descuento y el consiguiente pago de las cuotas pendientes. Apelada la sentencia de primera instancia por el demandante, la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima la revocó y declaró fundada en parte la demanda, condenando al Banco al pago de una indemnización ascendente a 583,38 nuevos soles por concepto de daño emergente y 10 000 nuevos soles por concepto de daño moral, bajo el argumento de

que «atribuirle al actor la obligación de efectuar el pago en forma distinta, por ejemplo, efectuar el pago en forma directa [...], constituiría en esencia una modificación unilateral por parte de este [el Banco], puesto que se estaría exigiendo a aquel [cliente] el cumplimiento de una prestación no asumida...» (*Renzo Gabriel Urrunaga Díaz c. Banco Internacional del Perú-INTERBANK*, considerando 6). Ya en sede casatoria, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el Banco, precisando que no era de aplicación el artículo 1327 porque el propio demandado había expresado en su contestación de demanda que había cobrado de más al cliente, procediendo luego a la devolución mediante sendas órdenes de pago, después de lo cual calificó al cliente como «normal» cuando anteriormente lo había calificado y reportado a la central de riesgos del sistema financiero como «deficiente».

Más allá de la decisión de la Corte Suprema, en la sentencia comentada se dejó en evidencia el desconocimiento por parte de la segunda instancia, de que en el moderno derecho de obligaciones y contratos la relación obligatoria —y en especial la contractual— debe ser entendida como una relación jurídica compleja (Mengoni, 1984, pp. 508-513), donde es posible atribuir *deberes* y *cargas* de protección también a la parte activa de la relación y acreedora de la indemnización; deberes y cargas que tienen su fundamento en el principio de buena fe contractual (Visintini, 1999, pp. 114-115). Al parecer, para la referida instancia no había forma de considerar que sobre el cliente del Banco y acreedor de la reparación pretendida, pesaba —como sobre todo acreedor— el deber o carga de evitar o mitigar los eventuales daños que, en el caso concreto, podría ocasionarle la omisión en que había incurrido su empleadora al no proceder oportunamente con el descuento por planillas requerido para pagar las cuotas del préstamo. Para la Sala —con un criterio insostenible en la actualidad—, no existirían deberes o cargas que vayan más allá del deber principal de prestación (pagar el préstamo).

Es evidente que considerar la posibilidad de aplicación del artículo 1327 C.C. al caso en mención no implica afirmar que necesariamente debió procederse con la reducción de la indemnización ni mucho menos con la liberación del Banco de toda responsabilidad, pues bien pudo considerarse que las medidas mitigadoras propuestas por el Banco —que el cliente pague las cuotas del préstamo de manera directa— no eran para nada razonables atendiendo a las circunstancias del caso concreto, toda vez que podrían haber significado un esfuerzo desproporcionado capaz de poner en riesgo la propia economía del cliente; más aún si es que —como se señaló en casación— en meses anteriores se habían producido cobros en exceso con incidencia directa en su solvencia o liquidez. Pero también podría haberse considerado como razonable —dada la particular forma de pago del préstamo— que el cliente esté atento a los descuentos por planilla y posteriores pagos al Banco que,

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

mes a mes, debía realizar su empleador, pues de esa forma —que en modo alguno constituye una exigencia desproporcionada— pudo evitar atrasos significativos y, sobre todo, el consiguiente reporte negativo ante la central de riesgos del sistema financiero.

B) Buena fe, mitigación y pacto en contrario

Al aproximarnos al contenido general de la regla, hemos adelantado que, a diferencia del C.C.C.N, el artículo 1327 del C.C. va un poco más allá que su antecedente italiano, pues deja a salvo la posibilidad de que las partes establezcan un pacto en contrario. Luego, este pacto en contrario podría tener dos sentidos: o bien para imponer al acreedor un nivel de diligencia mayor a la ordinaria al momento de adoptar las medidas dirigidas a evitar los daños, o bien para asegurar el resarcimiento incluso de aquellos daños que podrían haber sido evitados por el acreedor usando la diligencia ordinaria.

Sobre la primera posibilidad, consideramos que la naturaleza de la obligación podría justificar un pacto de ese tipo, siempre y cuando sea resultado de una negociación libre entre las partes. De lo contrario, la respectiva cláusula podría ser calificada como abusiva o vejatoria para el acreedor. En cambio, la segunda posibilidad de pacto en contrario resulta más cuestionable, pues podría implicar pactar en contra del principio de buena fe al hacer responsable al deudor de unos daños que él no causó y que pudieron ser evitados por el acreedor usando la diligencia ordinaria. Además, si no se pone dicho pacto en contrario en relación con la *ratio* del artículo 1328 del C.C., podríamos —como bien se ha dicho— llegar al absurdo de sostener que el deudor quedará obligado a indemnizar al acreedor aun cuando el daño fue causado por una conducta dolosa o gravemente negligente de este último, todo porque las partes así lo acordaron (Beltrán, 2010, p. 701). Un pacto de esta naturaleza sería sencillamente nulo.

V. CONCLUSIONES

Luego del itinerario recorrido, podemos arribar a las siguientes conclusiones sobre la regulación del deber de evitar y mitigar los daños en los códigos civiles de Argentina y Perú, y dar respuesta a las interrogantes que nos formulamos al inicio de este trabajo:

1. La regulación que la mitigación de daños recibe en el C.C.C.N., se aproxima a la formulación que la mencionada figura recibe en el *common law* y en los instrumentos internacionales y de *soft law* sobre derecho de la contratación. Por su parte, la regulación en el C.C. toma como paradigma la formulación propia del *civil law* y, en particular, la del *Codice civile* de 1942. De todos modos, ninguna de las dos regulaciones es completa: el C.C.C.N. no menciona

expresamente la principal consecuencia de la mitigación que es la reducción de los daños, aunque sí contempla la buena fe cuando se refiere a las medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud, como también alude expresamente al reembolso de los gastos. El C.C., por su parte, no menciona expresamente la buena fe ni el reembolso de los gastos de las medidas mitigadoras, limitándose a regular la consecuencia principal derivada del incumplimiento del deber de evitar los daños. Por último, ambos códigos coinciden en omitir cualquier referencia expresa a la posibilidad de reembolso de los gastos de las medidas mitigadoras cuando estas resultaron infructuosas.

2. Más allá de estas diferencias, podemos concluir que la mitigación de daños en Argentina y Perú tiene un fundamento inmediato en el principio de buena fe contractual, el que a su vez se sustenta en la necesidad de cooperación. Sin perjuicio de ello, es posible encontrar también un fundamento mediato o último en la estructura ontológica del ser humano y, de manera particular, en la sociabilidad constitutiva de la persona: en su condición de *ser* en relación. En nuestra opinión, ambos fundamentos, indisolublemente comprendidos, deben orientar la interpretación y aplicación de las reglas de mitigación de daños a fin de salvar las omisiones y vacíos legales advertidos.
3. La conclusión precedente referida al fundamento nos permite sostener también que la mitigación de daños es algo más que una *carga* en sentido técnico, pues lejos de constituir una situación jurídica subjetiva establecida en interés exclusivo de su titular —acreedor víctima del daño—, protege también el interés del deudor que incumplió el contrato en no ver agravada su situación de responsabilidad. Esta consideración constituye una invitación a repensar los efectos o consecuencias jurídicas de la figura, al punto de considerar la posibilidad de aplicar acciones preventivas como medio para hacer efectiva la mitigación de los daños.
4. Específicamente sobre las medidas mitigadoras del daño, podemos concluir que, si bien el C.C.C.N. alude a la «razonabilidad» de las medidas mitigadoras y el C.C. remite a la «diligencia ordinaria» como parámetro de las medidas destinadas a evitar los daños, no es menos cierto que con ambas fórmulas se busca que las conductas del acreedor destinadas a evitar o mitigar los daños sean adecuadas a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias del caso concreto (personas, tiempo y lugar), y que, en ningún caso, las medidas mitigadoras puedan significar un esfuerzo o sacrificio desproporcionado para el acreedor. No obstante, no puede soslayarse que la fórmula de la *diligencia ordinaria* utilizada

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

por el C.C. puede llevar a interpretaciones erróneas, siendo preferible aludir a la *razonabilidad* de las medidas como lo hace el C.C.C.N.

5. También en cuanto a las medidas mitigadoras y en la línea de las conclusiones relativas a la naturaleza y al fundamento de la mitigación, podemos concluir que el hecho de que el C.C.C.N. regule el deber de mitigar o no agravar los daños como una especie del deber general de prevención, abona a la posibilidad de plantear la aplicación de las acciones preventivas como medio concreto para lograr la efectiva mitigación de los daños. Esto es más plausible aún si se considera que el C.C.C.N. regula expresamente dichas acciones atribuyendo legitimidad activa a cualquier sujeto que acredite un interés razonable en la prevención del daño, fórmula que, en principio, incluiría al deudor interesado en no ver agravada su situación de responsabilidad. Conforme a este razonamiento, podemos concluir también que dicha posibilidad será más difícil de sostener en el derecho peruano ante la inexistencia en dicho ordenamiento de una regulación específica destinada a las acciones de prevención del daño, ello sin perjuicio de la necesidad de profundizar sobre la viabilidad de acudir a la institución del abuso del derecho para llenar ese vacío.
6. Por último, en cuanto a la vocación normativa de las respectivas disposiciones del C.C.C.N. y del C.C., se concluye que el carácter dispositivo que el legislador peruano ha querido darle a la regla es sumamente cuestionable, por la eventual colisión que el pacto en contrario podría tener con el principio de buena fe contractual, fundamento inmediato de la mitigación de los daños.

REFERENCIAS

Alferillo, PE. (2016). Legitimación: Artículo 1712. En J.H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético VIII* (2da ed., pp. 26-29). Buenos Aires: La Ley.

Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil: parte general I* (C. Moreno, trad.). Lima: Ediciones Legales.

Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., Tallon D. & Vogenauer, S. (2010). *Cases, Materials and Text on Contract Law* (2da ed.). Oxford: Hart Publishing.

Beltrán, J. (2010). Liberación del resarcimiento: artículo 1327. En M. Muro (dir.), *Código Civil comentado VI: derecho de obligaciones* (3ra ed., pp. 700-702). Lima: Gaceta Jurídica.

Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones I* (J.L. de los Mozos, trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Bianca, M. (2007). *Derecho civil III: El contrato* (F. Hinestrosa y E. Cortés, trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Calvo, C.A. (2017). *Derecho de las obligaciones* (3ra ed.). Buenos Aires: Hammurabi.

Carrasco, A. (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Editorial Aranzadi.

Checa, M. (2016). El derecho estadounidense de contratos: del *common law* al Código Uniforme de Comercio como código global. En S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: Una perspectiva europea y transnacional I* (3ra ed., pp. 381-427). Navarra: Editorial Aranzadi.

Ciuro, M.A. (2004). Aspectos filosóficos de la buena fe. En M. Córdova (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho I* (pp. 3-23). Buenos Aires: La Ley.

Cotta, S. (2000). *¿Qué es el derecho?* (3ra ed.). Madrid: Ediciones Rialp.

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I: Introducción. Teoría del Contrato* (5ta ed.). Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial V: La responsabilidad civil extracontractual*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.

Domínguez, R. (2005). Notas sobre el deber de minimizar el daño. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 73-95.

Domínguez, R. (2010). Los límites al principio de reparación integral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15, 9-28.

Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil* (8va ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Esteban, G. (2016). El principio de cooperación en la contratación. En S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: Una perspectiva europea y transnacional II* (3ra ed., pp. 197-234). Navarra: Editorial Aranzadi.

Fernández, G. (2005). El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias. *Advocatus*, 13, 143-161.

Fuentes, R. (2005). El deber de evitar o mitigar el daño. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 73(217-218), 223-248.

Giacchetti, A. (2016). *La persona como ser en relación en el pensamiento de Julián Marías*. Arequipa: Fondo Editorial de la Universidad Católica San Pablo.

Gregoraci, B. (2011). Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la remoteness rule. *Anuario de Derecho Civil*, 1, 125-156.

Jaramillo, C.I. (2013). *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado: Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*. Bogotá: Temis.

Lamanna, E. (2012). Deber de prevención del daño: acción preventiva: causalidad. En J.N. Laferriere (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y*

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

Comercial 2012: Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (pp. 497-503). Buenos Aires: El Derecho.

Lando, O. & Beale, H. (2003). *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II*. Madrid: Consejo General del Notariado.

Medicus, D. (1995). *Tratado de las relaciones obligacionales I* (A. Martínez, trad.). Barcelona: Bosch.

Mengoni, L. (1984). La parte generale delle obbligazioni. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2(3), 508-513.

Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial IV* (S. Sentís Melendo, trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Morales, A.M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Navarra: Editorial Aranzadi.

Morales, A.M. (2014). Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación. *Anuario de Derecho Civil*, 1, 227-254.

Morales, A.M. (2016). *Claves de la modernización del derecho de contratos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Ordoqui, G. (2015). *La buena fe contractual*. Lima: Ediciones Legales.

Ortega, M.A. (2015). Artículo 1327º: Liberación del Resarcimiento. En C.A. Soto Coaguila (dir.), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Comentarios a las normas del código civil I. Responsabilidad contractual* (pp. 273-281). Lima: Instituto Pacífico.

Osterling, F. & Castillo, M. (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra Editores.

Osterling, F. & Castillo, M. (2014). *Tratado de derecho de las obligaciones V* (2da ed.). Lima: ECB -Thomson Reuters.

Palacios, E. (2004). El incumplimiento de las obligaciones. En E. Palacios y Y. Núñez, *Teoría general de las obligaciones: concepto, estructura e incumplimiento* (pp. 134-220). Lima: Jurista.

Palazón, M.L. (2016). La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. En S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: Una perspectiva europea y transnacional II* (3ra ed., pp. 973-1021). Navarra: Editorial Aranzadi.

Pantaleón, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1719-1745.

Pérez, J.P. (2015). La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato. *InDret*, 1, 1-63.

Pérez, J. P. (2016). La contribución al daño del acreedor en el moderno derecho de los contratos. En C. Hornero, M. Espejo & F. Oliva (dirs.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas* (pp. 459-473). Navarra: Editorial Aranzadi.

Picasso, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 17(4), 5-23.

Pizarro, C. (2013). Contra el fatalismo del perjuicio: a propósito del deber de mitigar el daño. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 41, 69-82.

Pontificio Consejo «Justicia y Paz» (2009). *Compendio de la doctrina social de la iglesia* (2da ed.). Lima: Paulinas.

Pothier, R.J. (2007). *Tratado de las obligaciones* (G. Cabanellas de Torres, trad., 2da ed.). Buenos Aires: Heliasta.

Ratzinger, J. (abril-junio de 1999). Verdad y libertad. *Humanitas*, 14, 1-14.

Roppo, V. (2007). Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas. En *Derecho de las relaciones obligatorias: Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de estudiantes universitarios* (L. León, trad., pp. 46-60). Lima: Jurista Editores.

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

San Miguel, L. (2016). Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis (Madrid, 16 y 17 de junio de 2016). Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 991-1038.

Savaux, E. (2016). El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 715-741.

Schwenzer, I. (2011). Comentarios al Artículo 77. En I. Schwenzer & E. Muñoz (dirs.), *Schlechtriem & Schwenzer: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías II* (pp. 1739-1748). Navarra: Aranzadi.

Severin, G. (2016). Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *common law*: perspectiva histórica y aproximación actual. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 7-37.

Soler, A. (1995). El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994). *Anuario de Derecho Civil*, 2, 951-969.

Soler, A. (1997). Comentario al artículo 77. En L. Díez-Picazo (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (pp. 621-628). Navarra: Editorial Aranzadi.

Torres, A. (2014). *Teoría general de las obligaciones II*. Lima: Instituto Pacífico.

Trazegnies de, F. (2000). *La responsabilidad extracontractual II* (5ta ed.). Santa Fe de Bogotá: Temis.

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW

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

Ubiría, F. (2015). *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Vidal, Á. (2008). La carga de mitigar las pérdidas del acreedor. En A. Guzmán Brito (ed.), *Estudios de derecho civil* (pp. 430-457). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil I* (A. Kemelmajer de Carlucci, trad.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Asamblea General [ONU], Res. 217 (III) A, Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).

British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co. Of London Ltd. [1912] AC 673 (HL) (Reino Unido).

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Código Civil] (Alemania).

Codice civile [Código Civil] (Italia).

Código Civil [C.C.] (Perú).

Código Civil y Comercial de la Nación [C.C.C.N.] (Argentina)

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980), *United Nations Treaty Series* 1489(I-25567), 123-143.

Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) (La Haya, 01 de julio de 1964). Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948).

Digesto [Dig.]. Se utiliza la siguiente traducción: Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral (1898).

Nadal Nicolau Carlos Alberto c/ Dpto. Gral. de Irrigación P/D. y P.P/ Rec. Ext. de Inconstit-Casación, 13-02117766-5 (012174-7040901) (Suprema Corte de Justicia, Poder Judicial Mendoza [Argentina], 06 de marzo de 2001).

Ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations [Ordenanza 2016-131 del 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho de contratos, del régimen general y

de la prueba de las obligaciones], *Journal Officiel de la République Française (JORF)*, 0035, 11 de febrero de 2016, texto 26. NOR: JUSC1522466R

Peña Mercedes Elena en J° 218719 / 50330 Peña Mercedes Elena c/ Colucci Julio Alberto y Ots. P/D. y P. P/ Rec. Ext. de Inconstit-Casación, 13-02123678-5 (012174-11373301) (Suprema Corte de Justicia, Poder Judicial Mendoza [Argentina], 24 de agosto de 2015).

Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC). Recuperado de <http://pldc.uexternado.edu.co/el-proyecto-2/>

Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, preparados por la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC). Recuperado de <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), preparados por Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), parcialmente sobre la base de una versión revisada de los Principles of European Contract Law (C. von Bar & otros, eds.). Recuperado de https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/european-private-law_en.pdf

Principles of European Contract Law (PECL), preparados por la Commission on European Contract Law. Recuperado de <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

Renzo Gabriel Urrunaga Díaz c. Banco Internacional del Perú-INTERBANK, Casación 4239-2009 (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Sala Civil Permanente, 13 de mayo de 2010).

Sale of Goods Act 1979, c. 54 (Reino Unido).

Sentencia del Tribunal Supremo (España), 15 de noviembre de 1994, ROJ: STS 7359/1994 - ECLI: ES:TS:1994:7359.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law, 2016). Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

Uniform Commercial Code (U.C.C.) (The American Law Institute & The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) (Estados Unidos).

Recibido: 14/03/2018
Aprobado: 11/04/2018

LA MITIGACIÓN
DE DAÑOS EN
LA RESPONSABILIDAD POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL:
BREVE ANÁLISIS
COMPARADO EN
EL DERECHO CIVIL
DE ARGENTINA Y
PERÚ

MITIGATION OF
DAMAGES IN
LIABILITY FOR
BREACH OF
CONTRACT: BRIEF
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
ARGENTINIAN
AND PERUVIAN
CIVIL LAW