

CONTRA EL FATALISMO DEL PERJUICIO. A PROPÓSITO DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO*

[Against the Fatalism of Damage. On the Duty to Mitigate Damage]

CARLOS PIZARRO WILSON**
Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

RESUMEN

El trabajo analiza el denominado deber de mitigar el daño a cargo del acreedor en tres acápite. El primero se ocupa del reconocimiento de la figura y lo que se estima necesario para su recepción; el segundo analiza el fundamento; y el tercero su puesta en práctica.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento contractual – Perjuicios – Minimización del daño.

ABSTRACT

This work analyzes in three sections the so-called duty of the guarantor to mitigate damage. The first one deals with recognizing the legal concept and with what is deemed necessary to acknowledge it; the second one analyzes the foundations; and the third one its enforcement.

KEYWORDS

Breach of contract – Damage – Mitigation of damage.

RECIBIDO el 14 de octubre y ACEPTADO el 13 de diciembre de 2013

* Este artículo forma parte del proyecto FONDECYT regular, titulado: “Finalidad, contenido y extensión de la indemnización de daños”, dirigido por el profesor Álvaro Vidal Olivares. El texto tiene su origen en la conferencia dictada en agosto de 2008, en el Congreso Internacional sobre Modernización del Derecho de las Obligaciones en Europa y Latinoamérica, convocado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agradezco al decano de la época de esa casa de estudios, el profesor Alejandro Guzmán Brito y al profesor Álvaro Vidal Olivares.

** Profesor de Derecho civil en la Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho por la Universidad de Paris II Panthéon-Assas. Dirección postal: República 112, Santiago, Chile. Dirección electrónica: carlos.pizarro@udp.cl

I. INTRODUCCIÓN

Sólo hace algunos años se ha comenzado a discutir en Chile acerca de la conveniencia de introducir o no el deber de minimizar el daño a cargo del acreedor una vez infringido el contrato¹. No existen, a nuestro saber, sentencias que en forma explícita hayan recepcionado la institución en Chile. Incluso es posible cuestionarse sobre este deber a propósito de la responsabilidad extracontractual². En términos simples, consiste en interrogarse sobre la viabilidad de colocar al acreedor en posición de cargar con el deber de actuar para aminorar o impedir la generación de perjuicios una vez verificado el incumplimiento contractual. No bastaría una actitud conformista del acreedor frente al incumplimiento si puede atenuar el impacto, enmarcándose en una lógica económica, moral o causal.

¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en *RChDP*. 5 (2005), pp. 82 ss.; LÓPEZ SANTA-MARÍA, Jorge, *Sobre la obligación de minimizar los daños en el Derecho chileno y comparado*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco (editores), *Los Contratos en el Derecho privado* (Bogotá, 2007), pp. 325 ss.; FUENTES GUIÑEZ, Rodrigo, *El deber de evitar o mitigar el daño*, en *Revista de Derecho* (Concepción, 2005), pp. 217 ss.; VIDAL OLIVARES, Alvaro, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), en *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, 2008), III, pp. 429 ss.; y GANDARILLAS SERANI, Cristián, *Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual*, en PIZARRO, C. (coordinador), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, 2009), IV, pp. 447 ss. En forma más tangencial: AEDO BARRENA, C., *Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor con especial referencia a su mora de recibir*, en *Colección de estudios de Derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, (Valparaíso, 2008), pp. 281 ss. Estos escritos han presentado el tema, dando cuenta de su origen, presencia en otros sistemas jurídicos y tomando posición sobre su aceptación o no en el Derecho interno. Mientras el profesor López se manifiesta por la negativa, aunque por razones de ausencia de texto legal que lo apruebe, los profesores Domínguez y Vidal lo aprueban buscando su fundamento en la causalidad o la buena fe a la usanza del Derecho comparado en que no se le reconoce un asiento legislativo. El texto más completo, que abarca aspectos histórico-jurídicos y dogmáticos hoy en lengua castellana, SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, *La carga del perjudiciado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico comparado* (Bogotá, Universidad del Externado, 2013).

² Si bien el problema se plantea en términos análogos, tratándose de la responsabilidad aquiliana tiene relevancia si la ejecución del deber implica o no un atentado a la integridad física de la víctima. Así ocurre, por ejemplo, en tratamientos médicos dolorosos que podrían aminorar el daño físico causado por un accidente. En este ámbito pueden colisionar dicho deber con un derecho fundamental a la integridad física y a la privacidad. Por la aceptación en este ámbito, CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 340.

El deber de minimizar el daño tiene una tradición de larga data en el “common law”, aunque varios Derechos de la familia continental lo hayan reconocido, siendo aquellos refractarios hoy una minoría en el Derecho comparado³. A esto se suma la explícita aceptación en los instrumentos internacionales y transnacionales del Derecho contractual⁴. Y, también, una aplicación creciente en el arbitraje internacional⁵.

Esta acogida de la institución contrasta con su ignorancia en el Derecho nacional, aunque algunas voces en la doctrina hayan entregado notas generales sobre su fundamento, aceptación o rechazo⁶. Aún persiste un desconocimiento absoluto por los tribunales de justicia estatales y se desconoce en sede arbitral una realidad distinta.

No parece necesario referirse a su origen, ni tampoco a la realidad del

³Para un panorama de su amplia aceptación, véase: DOMÍNGUEZ, Ramón, cit. (n. 1), p. 84 ss.; también VIDAL, Álvaro, cit. (n. 1), p. 440, nota 26. En particular el Derecho francés no han reconocido este deber, aunque la discusión ha avanzado, siendo hoy una cuestión sin una resolución definitiva. Sin embargo, el denominado “Proyecto Catala” en su artículo 1372 señala “*Lorsque la victime avait la possibilité, par de moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l’étendue de son préjudice ou d’éviter l’aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique*” (“En el evento que la víctima tenga la posibilidad, por medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir la extensión de su perjuicio o evitar su agravación, se considerará su abstención mediante una disminución de su indemnización, salvo que las medidas tengan como consecuencia un atentado a su integridad física”). Sobre este precepto, AUBERT, Jean Luc, *Quelques remarques sur l’obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d’un fait générateur de responsabilité. A propos de l’article 1373 de l’avant projet de réforme du droit des obligations*, en *Liber Amicorum. Études offertes à Geneviève Viney* (Paris, 2008), pp. 54 ss. El artículo 121 del denominado “Proyecto Terre” señala “*Le créancier qui, manquant à ses devoirs contractuels, a contribué à l’inexécution ou à ses conséquences dommageables, n’adroit qu’à desdommages et intérêts réduit à proportion de sa contribution à l’inexécution ou à ses conséquences. Il en va de même si le créancier n’a point pris les mesures sûres et raisonnables, propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice. Le créancier sera remboursé de tous les frais raisonnablement engagés à cet effet*”. Véase: TERRÉ, François (director), *Pour une réforme du droit des contrats* (Paris, 2008), p. 28.

⁴Artículo 9:505 de los *Principios europeos de Derecho de los contratos*, artículo 167 del *Código europeo de contratos* (Pavia) y artículo 7-4-8. 1 de los “Principios de Unidroit”. En cuanto a la “Convención de Viena”, artículos 75 y 76.

⁵Sobre esto véase la excelente tesis de ORTSCHIEDT, Jérôme, *La réparation du dommage dans l’arbitrage commercial international* (Paris, 2001). Con preguntas más locales sobre arbitraje y deber de minimizar el perjuicio, LARROUMET, Christian, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, en *Gazette du Palais*, (2008), p. 3167 ss.

⁶Véase nota 1.

Derecho comparado en términos expositivos, ambas tareas ya han sido, en gran parte, resumidas y expuestas. En lo que sigue me haré cargo sobre la conveniencia de introducir este deber de minimizar el daño en Derecho nacional, siendo necesario para ello abordar cómo se inserta en el Derecho de los contratos, para enseguida referirme a su posible fundamento y finalizar con algunas cuestiones sobre la forma de operar⁷.

II. LA CUESTIÓN DEL RECONOCIMIENTO

Es usual que la metodología para cuestionarse la introducción de una institución propia al Derecho extranjero, en este caso, originaria del “common law” y hoy reconocida en varios sistemas continentales e instrumentos internacionales y transnacionales, no se realice considerando cómo funciona en el sistema legal pertinente. Por eso es interesante sintetizar cómo la minimización del daño opera en el sistema del “common law” con una visión del “civil law”⁸. Esto tiene su mayor interés al considerar dicho deber no en forma aislada, sino inserto en un sistema de Derecho de contratos. Hay dos cuestiones fundamentales que lo harían necesario. Por una parte, la profesora Horatia Miur-Watt, entiende que la minimización del daño requiere un “ambiente contractual” propicio, determinado por una articulación de los “remedios” al incumplimiento contractual distinta a la propia del Derecho continental y, por otra, se engazaría con la premisa que los daños contractuales se evalúan a la época del incumplimiento contractual y no como ocurre con algunos sistemas continentales a la época de la sentencia definitiva. A esto se agregaría la necesidad de reconocer la ruptura unilateral del contrato sin cláusula expresa que lo permita.

⁷ En Francia, en términos categóricos por su aprobación: REIFEGERSTE, Stephan, *Pour une obligation de minimiser le dommage* (Aix, PUAM, 2002). En sentido desfavorable: VINEY, Genèviève, *Rapport de synthèse, en Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?* en *Les Petites Affiches* (2002), pp. 66 ss. También con una mirada negativa: PUTMAN, Emmanuel, *Revue des thèses, en Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2003) 4, pp. 393 ss., quien realiza un análisis crítico de la tesis de Stephan Reifegerste. Una posición moderada sin ir hasta aceptar su introducción por vía legal: JOURDAIN, Patrice, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2003) 4, pp. 716 ss. Es usual que se citen como sentencias contrarias a la aprobación de este deber: Civ. 2^a, 19 de junio de 2003, en *Bull. Civ.*, II, N° 203, D. 2003, p. 2.326, notes J.-P. CHAZAL, en *JCP.* (2004), 1, 101, N° 9, obs. VINEY, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2003), p. 716, N° 4, obs. JOURDAIN, Patrice, en *Deffrénois* (2003), art. 37845, N° 121, obs. Jean Luc, AUBERT, en *Revue Generale dre Droit des Assurances* (2003), p. 506, note Jean LANDEL.

⁸ Sobre el deber de minimizar el daño como una forma de moralizar la responsabilidad civil, AA.VV. cit. (n. 3).

La primera cuestión, articulación con los “remedios” o “sanciones” al incumplimiento del contrato, surge al constatar la ausencia en el “common law” de una jerarquía de la ejecución en naturaleza o forzada, característica que ha sido propia del Derecho continental y también en nuestra realidad local, aunque con menos intensidad. En el Derecho inglés, la aplicación por excepción de la ejecución forzada (“specific performance”) sólo se justifica en razón del carácter irremplazable de la prestación, lo que implica la facultad del acreedor de exigir su interés sólo a través de dicho remedio. En el evento que existiera una prestación fungible nada obstaría para que fuera satisfecho su interés mediante la indemnización respectiva. Así queda un extenso terreno a la aplicación del deber de minimizar el daño en armonía con las soluciones alternativas que ofrece el mercado para satisfacer el interés del acreedor⁹. El profesor Vidal apunta en esta misma dirección cuando justifica la necesidad de la libre elección del acreedor del “remedio” óptimo para alcanzar el interés comprometido, dejando de lado la supuesta preeminencia de la ejecución forzada, cuestión, señala, que estaría superada por las reglas procesales propias al sistema chileno¹⁰.

El acreedor debe reaccionar frente al incumplimiento, buscando las posibilidades para satisfacer su interés contractual, incluso invirtiendo dineros propios que permitan una moderación del daño originado por la infracción contractual de su contraparte. Al presentarse el interés económico en el contrato como la medida del daño, la articulación con los remedios contractuales avala la aplicación del deber a cargo del acreedor. En este sentido concurriría una armonía propia al sistema del “common law” entre el entendimiento de los remedios y el deber de minimizar el daño.

Esta forma de entender el incumplimiento, así como los “remedios” a favor del acreedor, responden a una lectura diversa de la fuerza obligatoria del contrato en el sistema anglosajón¹¹. En Chile, este principio en caso de incumplimiento ha justificado privilegiar la ejecución forzada del contrato, siendo la doctrina mayoritaria aún aquella que mediante una interpretación “exegética”, relaciona algunas reglas del *Código Civil*, a fin de justificar el deber del acreedor de reclamar la ejecución forzada antes que otra sanción que implique la destrucción del vínculo contractual. Al asumir que la celebración del contrato refleja el “querer” actual y futuro de los contratantes resultaría natural que en caso de incumplimiento se permitiera como primera

⁹ LAITHIER, Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (Paris, 2004), pp. 106 ss.

¹⁰ VIDAL, Álvaro, cit. (n. 1), pp. 431 y 432; EL MISMO, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil. Una visión más realista*, en *Revista Chilena de Derecho*, 34 (2007), pp. 41-59.

¹¹ LAITHIER, Yves Marie, cit. (n. 9), pp. 106 ss.

sanción forzar al deudor a la ejecución según lo pactando, originando el respeto debido a la palabra dada¹². En cambio, la visión anglosajona permite una mayor flexibilidad, al entender que el acreedor es libre de escoger cuál “remedio” es más útil para alcanzar el interés comprometido en el contrato. Al generarse el incumplimiento el acreedor deberá, por regla general, optar por la indemnización de los perjuicios, siendo una decisión racional preferir un mecanismo que evite no sólo profundizar los propios perjuicios, sino también aquellos del deudor.

Esta forma de proceder impulsa al acreedor a reaccionar una vez verificado el incumplimiento, pues las consecuencias de su inacción no serán consideradas al momento de fijar los perjuicios. Así, el acreedor buscará la forma eficiente de alcanzar un cumplimiento de reemplazo, excluyendo el despilfarro de recursos. En cambio, la práctica en el Derecho local una vez constatado el incumplimiento e interpuesta la demanda descansa en los resultados futuros de una sentencia favorable que fijará los perjuicios a la época de su dictación. La diferencia, como lo muestra Domínguez, carece de justificación, siendo coherente apreciar la cuantía de la indemnización con la propia sentencia.

La práctica del deber de minimizar el daño requerirá, entonces, la indiferencia para el acreedor del sujeto que ejecute la obligación y la necesaria disponibilidad de otro que pueda realizarla en el mercado.

Esta inserción del deber no sólo se estructura con los remedios contractuales, sino también con el principio que fija la fecha de evaluación del daño con aquella del incumplimiento. No son pocos los autores que justifican la ignorancia del deber de minimizar el daño en la regla contraria del Derecho continental. El juez determinaría los perjuicios indemnizables a la época de la sentencia, pudiendo observar lo ocurrido entre el incumplimiento y la dictación del fallo. De ahí que podría considerar otros perjuicios o, incluso, la participación del acreedor en el agravamiento del mismo. En el caso chileno, la jurisprudencia evalúa los daños patrimoniales al momento de su ocurrencia, salvo en la hipótesis del daño moral, en cuyo caso se verifica a la época de la sentencia¹³.

El mismo texto de Horatia Muir-Watt, indica que el “sistema” requeriría la aceptación de la resolución unilateral del contrato sin cláusula expresa, tal como ha sido aceptado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos para casos graves y urgentes¹⁴. Si consideramos al acreedor con

¹² PIZARRO WILSON, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), en *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, 2008), III, pp. 395 ss.

¹³ DOMÍNGUEZ, Ramón, cit. (n. 1), núm. 6.2, nota 46.

¹⁴ En Chile, PIZARRO WILSON, Carlos, *¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?*, en *Ius et Praxis* (2007), pp. 11 ss.

derecho a colocar término al contrato en forma unilateral pudiendo buscar una solución de reemplazo, es lógico que asuma las consecuencias de su actuar desde ese momento, pues a partir del incumplimiento será evaluado el perjuicio causado.

Estas tres premisas –re-lectura de sanciones al incumplimiento, fecha de evaluación del perjuicio y aceptación de la resolución unilateral sin pacto– serían imprescindibles para una introducción y buen funcionamiento del deber de minimizar el daño o, al menos, explicarían en mejor forma su inserción en el Derecho de contratos.

En mi opinión, dichas premisas, que parecen tener un buen fundamento, si bien constatan una realidad propia del Derecho contractual de la “common law”, no implican, necesariamente, que constituyan requisitos indispensables para un buen funcionamiento del deber de minimizar el daño. Si bien dicho “ambiente” puede, en cierta medida ser anhelado para resolver los problemas de incumplimiento en consideración al interés comprometido en el contrato, no resultan imprescindibles a la hora de aceptar el deber de mitigar el perjuicio a cargo del acreedor. La falta de dichas premisas no puede significar, necesariamente, el rechazo a su introducción por un supuesto trastorno revolucionario de la tradición del Derecho de los contratos propia de un sistema legal¹⁵.

Sin referirme a otros Derechos a los cuales resulta ajeno ese “ambiente contractual” y “técnica de contratos”, o incluso el entendimiento más amplio de la fuerza obligatoria del contrato, lo cierto es que el deber de minimizar el daño permite un resultado más eficiente desde un punto de vista económico, logrando que el acreedor no se desentienda por el solo hecho del incumplimiento de su interés y de aquél del deudor. Una vez producido el incumplimiento no debemos impulsar el fatalismo en el acreedor, quedando pasivo frente a las consecuencias nocivas de la inexecución. Aún en un sistema que otorgue a la ejecución forzada una categoría superior frente a otras sanciones que aniquilan el contrato, no parece justificarse la pasividad del acreedor que mira el desastre impávido pudiendo aportar a una mejor solución del problema que le aqueja. Con esto no debe caerse en una posición rígida que involucre un cambio de roles absurdo, pues no hay que olvidar que la víctima del incumplimiento es precisamente el acreedor.

Aceptar el fatalismo frente al perjuicio, implicaría sostener que en razón que en un sistema específico, la ejecución forzada pasa por las otras sanciones al incumplimiento, que no se reconoce la ruptura unilateral del contrato o en que la fecha para cuantificar los perjuicios fuera aquella de la sentencia, no habría modo alguno de incardinar el deber de minimizar el daño me parece

¹⁵ Cfr. VINEY, G., cit. (n. 7), pp. 67 ss.

exagerado. De ahí que no sean convicentes las inquietudes que manifiesta la profesora Viney, en torno a que la introducción en el Derecho francés, o cualquier otro del Derecho continental, significaría una verdadera “revolución” que trastocaría poco menos que las bases fundamentales del Derecho de los contratos.

Además, debe considerarse que la ejecución forzada no constituye una acción incompatible con aquella de indemnización de perjuicios, siendo posible que se invoque el cumplimiento según lo pactado y el acreedor demande los daños que podrían, eventualmente, ser reducidos por infracción al deber de minimizarlos.

Existen razones de lógica económica que justifican introducir el deber de minimizar el daño alcanzando un resultado más eficiente para la sociedad en materia de incumplimiento contractuales y sus consecuencias. Esto no basta, como lo señala el profesor Larroumet, para dar por descontada la aceptación de la institución, pues bien debe estar revestida de un fundamento jurídico¹⁶.

III. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO JURÍDICO

Variadas son las aproximaciones teóricas que se han entregado para justificar en perspectiva jurídica el deber de minimizar el daño. Desde la simple lógica económica¹⁷, el principio entre los principios de la buena fe¹⁸

¹⁶ LARROUMET, Chr., cit. (n. 5), p. 3.169: “Si bien es cierto que el análisis económico del Derecho interviene a favor de dicha obligación, sabemos que no la justifica. Las reglas de Derecho no se encuentran fundadas sobre ese tipo de análisis que sólo permite esclarecer o dar una explicación a soluciones del Derecho positivo demostrando su interés sin entregar un fundamento jurídico”.

¹⁷ ORTSCHIEDT, J., cit. (n. 5), núm. 233, p. 117, quien realiza una crítica certera al fundamento moral del deber de minimizar el daño. En su opinión el deber entendido como carga moral o justificada por la buena fe desconoce el reconocimiento general de la institución en el Derecho comparado y, además, considera que entender la buena fe como fundamento extiende este principio en forma exagerada. Ahora, a propósito del arbitraje internacional, el fundamento de la buena fe es frecuente o, como se le denomina en este ámbito, el deber de cooperación entre los actores del comercio internacional. El mismo Ortscheidt profundiza en esta cuestión, p. 114 ss.

¹⁸ En esta vía se encuentra la mayoría de los autores: DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias* (Madrid, 2008), p. 783, quien sostiene: “Hay, ante todo, un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando para ello las precauciones que la razonable diligencia exige”. En Chile: DOMÍNGUEZ, Ramón, cit. (n. 1), p. 89, aunque cita la causalidad, también adhiere a la buena fe como fundamento en razón del comportamiento leal y diligente exigible al acreedor una vez verificado el incumplimiento. En forma análoga, el profesor VIDAL, Álvaro, (n. 1), pp. 450-451, asevera un fundamento mixto recurriendo a la buena fe y la causalidad: “De esta forma, el fundamento inmediato de la carga o deber de

y la simple causalidad¹⁹. El primer argumento, según lo ya dicho, no parece suficiente, pues sólo explicaría la necesidad de reflexionar sobre su fundamento jurídico y aceptación en el respectivo ordenamiento jurídico. La buena fe ha sido un argumento recurrente, aunque criticado por estirar demasiado este deber, aún más allá de lo razonable, pues mal que mal ha sido el deudor quien rompió su palabra y ahora el comportamiento “leal” implicaría proteger su integridad patrimonial reduciendo el impacto de los perjuicios. Es cierto que parece excesivo recurrir a la buena fe, más aún si la premisa de comportamiento leal no parece alcanzar un a actividad de “santos”, sino de hombres comunes y ordinarios.

Por eso, en mi opinión, y en esto hay escasa originalidad, el argumento más adecuado para justificar el deber de minimizar el daño, consiste en la causalidad, pues como lo señala el artículo 1558 CC., el deudor es sólo responsable de los daños que son una consecuencia directa e inmediata de su incumplimiento, salvo la hipótesis de infracción dolosa²⁰.

Sin embargo, ya nombrar la causalidad nos deja en una verdadera “trampa”, en razón que este elemento propio de la responsabilidad contractual, sigue siendo difícil de aplicar, persitiendo meandros que nos acercan a la discrecionalidad judicial. Más aún en sede contractual, en que los razonamientos sobre el vínculo causal entre el incumplimiento y el daño no han sido tan desarrollados. El contraste con la responsabilidad extracontractual aquí es patente. Tras la pregunta sobre la causalidad se esconde otra que debe resolver de qué daños responde el deudor, pues todos aquellos que sean consecuencia de la falta al deber de minimizar el daño quedarán fuera de la órbita indemnizatoria. O más bien las consecuencias de la omisión del acreedor no podrán trasladarse al deudor, quien sólo responderá de aquellos previstos y que han sido una consecuencia directa del incumplimiento. La cuestión

mitigar se halla en el principio de la buena fe objetiva del artículo 1546 CC. Y el efecto que produce su omisión se funda a su vez en la causalidad. Por consiguiente actúan dos fundamentos diversos, pero íntimamente relacionados: la buena fe objetiva que impone el deber al acreedor y la causalidad, que explica el efecto de la inobservancia de tal deber”. De ahí que rechace como único fundamento la causalidad, pues no se explicaría la razón del deber de actuar del acreedor para mitigar las pérdidas.

¹⁹ En este sentido, FUENTES GUÍÑEZ, R., cit. (n. 1), pp. 329 ss.

²⁰ Véase en este sentido, LARROUMET, Chr., cit. (n. 5), p. 3.170: “Desde un punto de vista jurídico el mejor fundamento de la obligación de moderar el daño se encuentra en la causalidad. Cuando como consecuencia de un comportamiento dañino se producen daños en cadena, siempre se ha admitido que el deudor sólo debe reparar aquellos que son una consecuencia inmediata y directa y, debe agregarse, necesaria, del daño inicial. Cuando interviene un evento cuyo efecto consiste en producir una ruptura en el encadenamiento de causas, el deudor no está obligado a la reparación de los daños que derivan de este evento”.

consiste en dilucidar si la agravación del daño quedará fuera del ámbito de la indemnización en razón de su carácter “imprevisto” para el deudor o por carecer de un vínculo inmediato y directo con el incumplimiento.

La regla del artículo 1558 CC. ha tenido muy poca atención de la doctrina nacional, siendo también escasa su aplicación jurisprudencial como límite a la indemnización de los daños contractuales. Incluso no pocos son los que han abogado por su eliminación, entendiendo que constituye una regla inútil e innecesaria.

Sin embargo, desde ya hace un tiempo, que el daño indemnizable queda enmarcado por la regla del fin de protección del contrato, quedando sujeto el deudor a indemnizar los perjuicios ocasionados si y sólo si fueron asumidos como un riesgo probable al momento de contratar.²¹ El profesor Morales Moreno propone, influenciado por la doctrina alemana e inglesa, una regla de interpretación del contrato para fijar los daños indemnizables en base a variados criterios. En cambio, tratándose del incumplimiento doloso asume como correcto aplicar la regla de causalidad de imputabilidad objetiva propia de la responsabilidad extracontractual. Si bien es una propuesta que aporta para aminorar la discrecionalidad en la indemnización de daños patrimoniales, no permite en forma certera entender por qué la regla de la imputabilidad objetiva no podría resolver, también, el ámbito de daños indemnizables; sobre todo si consideramos el criterio del fin de protección de la norma, análogo a aquél de protección del contrato. Una vez delimitados los perjuicios indemnizables, siendo la aplicación del artículo 1558 un problema de causalidad, debe considerarse que las consecuencias que vayan más allá de esa esfera de control y distribución de riesgos quedará fuera del radio indemnizatorio. Así pareciera entenderlo Diez Picazo al referirse al vínculo causal, pues según señala debieran aplicarse a la responsabilidad contractual los mismos criterios de imputabilidad objetiva vigentes para la responsabilidad aquiliana. Si bien su postura es más extensiva, señala, a propósito del fin de protección de la norma “que no pueden ser imputables a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma en la que pretenda fundarse su responsabilidad”²². Pero en lo fundamental, agrega que “la aplicación de este criterio de imputación objetiva en materia de daños contractuales radica en el hecho de que la norma violada sobre la que pretende fundamentarse la responsabilidad, es siempre, por hipótesis, una norma contractual, de manera que habría que examinar si, de acuerdo con las previsiones y con los pactos

²¹ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La indemnización de los daños contractuales*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2010), pp. 369 ss.

²² DIEZ PICAZO, Luis, cit. (n. 18), p. 785.

contractuales, correspondía al deudor contractual dejar indemne al acreedor de tales eventuales daños, según la distribución de los riesgos que el contrato entrañara²³. lo dicho hasta aquí permite entender el deber de mitigar las pérdidas como una cuestión de causalidad, siendo ajeno al deudor aquellos perjuicios o agravamientos de los mismos cuyo origen sea la pasividad del acreedor en conformidad a la imputabilidad objetiva recurriendo, en particular, a la regla de fin de protección del contrato.

Entenderlo en otra forma significaría que el deudor debe soportar más daños que los causados, lo cual está por fuera de la responsabilidad contractual. En definitiva, el fundamento del deber de mitigar las pérdidas a cargo del acreedor se encuentra en la causalidad y, más precisamente, en el artículo 1558 CC., que limita el ámbito de daños indemnizables. Para determinar qué daños no deberán indemnizarse en razón de infracción del deber de minimización, hay que aplicar la regla de protección del contrato, lo que implica un esfuerzo de interpretación atendidas las circunstancias de celebración del contrato. De esta manera, no hay obstáculos para acoger hoy en la jurisprudencia local este deber del acreedor. Esto implica interrogarse sobre la razón entonces de impulsar una reforma legislativa. Para qué hacerlo, uno podría decir, si están las herramientas para admitir su aplicación. Pareciera ser que si bien hay argumentos para su aceptación en el estado actual del Derecho nacional, es el terreno de su puesta en marcha que requiere ciertos esclarecimientos que justificarían una reforma legal. Esto sin contar que siempre habrá discusión sobre su fundamento y pertinencia mientras no lo reconozca una norma precisa²⁴.

IV. CÓMO OPERA EL DEBER DE MINIMIZAR EL DAÑO

Es usual citar tres reglas que gobiernan la operativa del deber de minimizar el daño a cargo del acreedor²⁵. En primer lugar, se exige al acreedor que actúe de manera oportuna y rápida; en segundo lugar, se requiere proceder a sustituir la prestación comprometida por una que le sea equivalente y, quizá, la más cuestionable, el acreedor se encontraría compelido a aceptar una prestación distinta a aquella emanada del acuerdo primigenio, a condición que sea razonable operar de esa manera²⁶.

La primera premisa que exige reaccionar en forma rápida depende en

²³ *Ibíd.*, p. 785.

²⁴ En Chile ya existe una opinión contraria a su aceptación por la falta de reconocimiento legal. Así: LÓPEZ SANTA-MARÍA, Jorge, cit. (n. 1), pp. 325 ss.

²⁵ Sobre esto, ORTSCHIEDT, J., cit. (n. 5), pp. 139 ss. El autor en forma detallada la forma de operar del deber de minimizar el daño.

²⁶ *Ibíd.*

gran parte de la prestación, siendo su apreciación una cuestión bastante casuística. Tratándose de bienes perecibles es evidente que la reacción oportuna que excluya la pérdida será exigida con más premura que en otro tipo de bienes. Esta regla debe considerarse con cuidado, pues no debe caer en el absurdo de imponer una regla demasiado estricta en el comportamiento que se estima exigible al acreedor una vez verificado el incumplimiento para mitigar los daños.

Esto ha implicado interrogarse sobre la posibilidad de reacción del acreedor con anterioridad al incumplimiento existiendo certeza que no se ejecutará la obligación en los términos convenidos. Para el Derecho inglés el deber de mitigar sólo se aplica en caso de violación efectiva del contrato, siendo la solución del Derecho estadounidense diversa, pues impulsa al acreedor a la operación de reemplazo aún antes del incumplimiento.

La segunda premisa requiere la existencia de un mercado alternativo para la ejecución de la obligación en términos análogos a los pactados. Se trata de un mercado en que el acreedor pueda substituir la prestación prometida, lo que es frecuente en contratos de compraventa. Esta regla aparece recogida en forma expresa en la “Convención de Viena” (artículos 75 y 76). También aparece en los “Principios Unidroit” y aquellos europeos de Derecho de los contratos.

La tercera premisa, en conformidad a la cual el acreedor debiera aceptar una oferta de cumplimiento distinta a la convenida, con el objeto de minimizar el daño, sin perjuicio que con posterioridad pueda hacer en forma íntegra valer su derecho, genera mayores cuestionamientos, al acercarse, aunque no identificarse, con la imprevisión, aunque si podría considerarse una revisión del contrato. Podríamos decir que el acreedor debe consentir en una modificación transitoria de la prestación con el objeto de aminorar el perjuicio al deudor.

Todo el mundo está conteste en que el deber de minimizar no constituye una hipótesis de responsabilidad civil propiamente tal, en el sentido que no genera una acción civil a favor del deudor contra el acreedor. Sólo debe indemnizarse el perjuicio que no pudo evitarse por el acreedor que haya sido causado por el deudor. Todo aquel daño cuyo origen es la propia conducta del acreedor, por acción u omisión, queda fuera del ámbito de protección del contrato, siendo ajeno, en términos causales, al deudor.

La medida del daño que podía evitarse recurre, una vez más, a un ejercicio comparativo de diligencia o razonabilidad aplicado a la conducta del acreedor. Considerando las circunstancias específicas del contrato y aquellas particulares del acreedor deberá estimarse si le era exigible o no actuar para minimizar el daño.

Dos factores son usuales a tomar en cuenta para determinar el deber de

actuar: el precio de mercado de la prestación –substitución alternativa– y el momento para evaluar dicha conducta, la fecha del incumplimiento de la obligación del deudor.

La posibilidad de acceder aun mercado alternativo constituye una condición esencial para aplicar el deber de minimizar el perjuicio. Si a eso se agrega que en ese momento le era exigible al acreedor ejecutar una conducta razonable que evitara el agravamiento del perjuicio, se abren dos escenarios. El acreedor actúa minimizando el daño, en cuyo caso nada podrá reprochársele, pudiendo exigir la indemnización del daño causado. La otra alternativa es que el acreedor omita toda conducta destinada a morigerar el perjuicio, no pudiendo en este caso requerir la indemnización del perjuicio en su totalidad, sino sólo aquella parte imputable al deudor, debiendo asumir el costo de lo que habría significado un actuar destinado a minimizar el perjuicio. Si concurre un mercado alternativo en que pueda obtenerse una prestación análoga a la pactada será importante considerar el valor o precio que significa la substitución. Los gastos que implique acceder a la prestación substituta deberán ser trasladados al deudor a título de daño emergente. Como es evidente, el perjuicio que se ha excluido por el comportamiento adecuado del acreedor no será indemnizado.

Otros aspectos relevantes a considerar se vinculan con el negocio en particular. Esto servirá para evaluar el comportamiento del acreedor. El contexto contractual al momento del incumplimiento, la época y lugar en que se verifica la inejecución, el estado del mercado en relación a la prestación comprometida, así como los mecanismos empleados por el acreedor en el intento de minimizar el daño, las características de la mercancía o bien prometido y las relaciones comerciales entre las partes involucradas²⁷.

Más complejo resulta determinar qué ocurre si el actuar del acreedor genera beneficios que superan los perjuicios ocasionados por le incumplimiento del contrato. Atendido el carácter reparatorio de la indemnización si el patrimonio del acreedor no sufre merma alguna no debiera existir indemnización alguna para este caso. Si se opera por la otra alternativa estaría otorgándosele una naturaleza punitiva a la indemnización que le es ajena.

En definitiva, son estas cuestiones prácticas, más allá de zanjar la discusión sobre su admisión en el Derecho nacional, que exigen abogar por su reconocimiento a nivel legal. Por cierto, su implementación en una reforma debiera ir de la mano con una modificación más sustantiva del Derecho de contratos, que a la hora actual constituye una necesidad para nuestro país.

²⁷ *Ibíd.*, p. 120 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- TERRÉ, François (director), *Pour une réforme du droit des contrats* (Paris, 2008).
- AEDO BARRENA, C., *Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor con especial referencia a su mora de recibir*, en *Colección de estudios de Derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, 2008).
- AUBERT, Jean Luc, *Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant projet de réforme du droit des obligations*, en *Liber Amicorum. Études offertes à Geneviève Viney* (Paris, 2008).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias* (Madrid, 2008).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5 (2005).
- FUENTES GUIÑEZ, Rodrigo, *El deber de evitar o mitigar el daño*, en *Revista de Derecho*, 217-218 (Concepción, 2005).
- GANDARILLAS SERANI, Cristián, *Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual*, en PIZARRO, C. (coordinador), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, 2009), IV.
- JOURDAIN, Patrice, *Responsabilité civile*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2003) 4.
- LAITHIER, Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (Paris, 2004).
- LARROUMET, Christian, *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, en *Gazette du Palais*, (2008).
- LÓPEZ SANTA-MARÍA, Jorge, *Sobre la obligación de minimizar los daños en el Derecho chileno y comparado*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco (editores), *Los contratos en el Derecho privado* (Bogotá, 2007).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La indemnización de los daños contractuales*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2010).
- ORTSCHEIDT, Jérôme, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international* (Paris, 2001).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?*, en *Ius et Praxis* (2007).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), en *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, 2008), III.
- PUTMAN, Emmanuel, *Revue des thèses*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2003) 4.
- REIFFERSTE, Stephan, *Pour une obligation de minimiser le dommage* (Aix, PUAM, 2002).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico comparado* (Bogotá, Universidad del Externado, 2013).
- VIDAL OLIVARES, Alvaro, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), en *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, 2008), III.
- VIDAL, Álvaro, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil. Una visión más realista*, en *Revista Chilena de Derecho*, 34 (2007).
- VINEY, Geneviève, *Rapport de synthèse*, en *Faut-il moraliser le Droit français de la réparation du dommage?* en *Les Petites Affiches* (2002).