



Aplicación de la mitigación de daños en Chile.

¿Cuál es el efecto de la mitigación de daños frente al remedio indemnizatorio?
Necesidad de resguardar al deudor ante el incumplimiento a la luz del nuevo
derecho de la contratación.

Tesina de la Carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso
Chile.

Alumna:

Katherine Galdámez Fernández.

Profesora guía:

Pamela Prado López.

Noviembre de 2012.

*A mi familia y a quienes han puesto su fe en mis anhelos y esperanzas,
antes que su mirada en mis debilidades,
dotando mi existencia de la alegría que experimenta quien
con sus ojos sonríe ante la sencillez de la vida.*

*Agradezco a la Escuela de Derecho
de la Universidad de Valparaíso, en especial
a todos aquellos profesores que marcaron mi aprendizaje
con ideas claras e inspiradoras, como doña Susana Bontá,
Luis Felipe Peuriot, Claudio Meneses, Gonzalo Pardo, Inés Robles y
muchos otros, de quienes estaré agradecida siempre.
Un especial reconocimiento a mi profesora guía Pamela Prado,
de quien he aprendido por sobre todo lecciones de vida,
quien ha renovado mi pasión por la ciencia del derecho
redescubriendo el análisis de las materias civiles y dotando de
horizonte mi estudio, siendo un honor para mí compartir
con una verdadera investigadora.*

TABLA DE CONTENIDOS.

CONTENIDO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.	7
CAPÍTULO I: IDEAS CARDINALES Y VALORACIÓN GENERAL DEL PROBLEMA.	9
Observaciones preliminares.	9
1. Definición de mitigación de daños.	10
2. Concepción de contrato para la mitigación de daños bajo el prisma del nuevo derecho de la contratación.	12
3. Naturaleza jurídica de la mitigación de daños.	15
4. Escenarios mitigadores.	21
CAPÍTULO II: FUNDAMENTO DE LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO CHILENO.	24
Observaciones previas.	24
1. Regulación de la mitigación de daños en el Derecho Extranjero.	25
1.1. Caso del common law.	25
1.1.1 Conexión del sistema del common law con el derecho chileno a través del criterio de lo razonable.	26
1.2. Caso alemán.	27
1.3. Caso español.	28
1.4. Caso francés.	29
2. Regulación de la mitigación de daños en el derecho chileno.	30
2.1. Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980.	30
2.2. Código Civil	31
2.3. Código de Comercio.	32
2.4. Regulación especial.	33
3. Fundamento de la mitigación de daños en Chile.	33
3.1. En base a la buena fe.	35
3.2. En base a la previsibilidad y en base a la causalidad.	36
CAPÍTULO III: CONEXIÓN ENTRE INCUMPLIMIENTO, MITIGACIÓN DE DAÑO Y REMEDIO INDEMNIZATORIO.	38

Ideas preliminares.	38
1. Acreedor versus deudor.	41
1.1. Actitudes del acreedor.	41
1.2. Actitudes del deudor frente al comportamiento del acreedor.	45
2. Prueba de la mitigación de daños.	47
2.1. La mitigación de daños como obligación de medios.	49
2.2. Onus probandi.	50
2.3. Manifestaciones de conductas mitigadoras y principales daños mitigables.	52
3. Efectos de la mitigación de daños.	54
3.1. ¿Reducción o exoneración de la responsabilidad del deudor en el remedio indemnizatorio?	55
3.2. ¿Existe un eventual efecto relativo o indirecto de la mitigación?	56
CONCLUSIONES.	58

RESUMEN.

Esta investigación cuestiona la existencia de nociones mitigadoras en el ordenamiento jurídico chileno, estableciendo que la mitigación de daños tiene sustento de manera general a través de la interpretación de normas del Código Civil, con vistas a resguardar al deudor en los efectos del incumplimiento al amparo del nuevo derecho de la contratación. Se pretende determinar la naturaleza jurídica que atañe a la mitigación de daños, los tipos de conductas mitigadoras y por sobre todo los efectos que tiene su aplicación tanto, respecto del acreedor como del deudor. La relevancia práctica de este trabajo viene dada por el análisis que se hace de su prueba en juicio, en tanto que se espera alcanzar respuestas prácticas y concordantes con las posiciones adoptadas a lo largo de la investigación, en lo que refiere a su alcance, calificación jurídica y ámbito de aplicación, constatando desde ya la necesidad de alcanzar soluciones justas y reales sobre los perjuicios alegados en el remedio indemnizatorio, a través de la mitigación de daños.

PALABRAS CLAVE.

Incumplimiento, daño evitable, mitigación, remedio indemnizatorio.

INTRODUCCIÓN.

Esta investigación, en sus orígenes, cuestionó la naturaleza jurídica de la mitigación, en orden a si se trataba de un deber o carga del acreedor, considerando principalmente la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en su artículo 77. En efecto, pensando la mitigación de daños, desde un punto de vista del acreedor. A medida del avance bibliográfico, continuamos la investigación, preguntándonos ampliamente; cuál era el efecto jurídico de la mitigación del daño en nuestra legislación, sin aún tomar posición por alguna hipótesis de trabajo. Finalmente, al concretar las líneas fundamentales de este estudio, delineamos la pregunta y la trinchera desde la cual abordaremos el cuestionamiento sobre ¿cuál es el efecto de la mitigación de daños frente al remedio indemnizatorio?, con la preocupación de resguardar al deudor ante el incumplimiento en el marco del nuevo derecho de la contratación.

Por lo que sigue, el escenario pensado para este trabajo viene dado por la defensa del deudor en juicio, donde es demandado por el acreedor de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil, ante el incumplimiento del contrato. Pensando claramente en un juicio civil chileno, pero sin perjuicio de considerar también un arbitraje y/o una mediación civil o comercial.

Vistos en este escenario, nos encontramos frente a las interrogantes propias de una defensa eficiente y exitosa de los intereses del deudor, y nos preguntamos cómo podemos arribar a una solución equilibrada que resguarde tanto los intereses de la contraparte y por sobre todo los intereses de nuestro representado, ya que, se encuentra en una posición desmejorada frente al incumplimiento, es ahí donde toma cuerpo la elaboración de una alegación en base a la mitigación de daños, más bien a la exigencia de medidas razonables adoptadas por el acreedor al momento del incumplimiento.

Lo anterior, implica principalmente examinar cómo se puede fundamentar la mitigación de daños, cómo y a quien corresponde probarla, qué efectos conlleva la apreciación de una actitud mitigadora por el juez, frente al fallo del remedio indemnizatorio, entre otros cuestionamientos.

Es así como nuestro ordenamiento carece de una regulación expresa al menos en materia civil, ya que, dispersas se encuentran normas que dan testimonio de la mitigación de perjuicios, como se analizará en el Capítulo siguiente. Por esta razón, la construcción de un fundamento técnico – jurídico hace de este trabajo una empresa ambiciosa, la que finalmente tiene su origen en una razón práctica, cual es, la necesidad de resguardar al deudor ante la actitud que puede ejercer el acreedor frente a su incumplimiento. En otras palabras, proteger en su justa medida la balanza de la responsabilidad, ya sea, contractual o extracontractual en consideración a criterios económicos, lógicos o incluso morales. Y si su fundamento resulta ambicioso al interpretar ciertos artículos del Código Civil, más atrayente e ineludible se torna la idea de concretar la mitigación de daños en juicio a través de su prueba, ya que, los autores por este punto probatorio no han dado pistas concretas de a quién corresponde probar la mitigación de daños, dando por establecido que la carga es del deudor.

En síntesis la mitigación de los perjuicios, va cobrando importancia como catalizador de un actuar de buena fe y diligente, acorde a los acreedores del siglo XXI, más frente a un remedio indemnizatorio que ya toma fuerza autónoma¹, se hace indispensable contar con plena confianza en una defensa exitosa del deudor que invoca la mitigación de daños. Por ello, el nuevo derecho de la contratación enfocado desde el punto de vista del acreedor perdería sentido si olvidáramos que en la relación post contractual aún se encuentra presente el deudor, ya que, la mitigación va también a salvar sus intereses e incluso los de la sociedad en su conjunto. De ahí que, la mitigación no sólo viene a cautelar los intereses del acreedor sino también los del deudor, porque es a fin de cuentas él quien debe indemnizar y soportar el peso económico que eso conlleva, además la sociedad también se encontraría interesada en que los daños se reduzcan, ya que, la mitigación procura un mejor equilibrio y recuperación en la cadena contractual.

Convencidos de que el deudor debe alegar la mitigación de daños frente al remedio indemnizatorio, a fin de reducir la indemnización en lo que haya correspondido mitigar al acreedor, realizaremos un estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto para demostrar

¹ Sobre indemnización como remedio autónomo ver LÓPEZ DÍAZ, Patricia: (2010). “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho chileno”. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, pp.65-113.

la existencia de la mitigación en nuestra legislación. En efecto, asumir posiciones doctrinales a lo largo de la investigación resultará ineludible, como por ejemplo; ante la naturaleza jurídica, ante sus efectos y muy especialmente ante su *onus probandi*, lo que demuestra la necesidad de aplicar la mitigación de daños y disponer de elementos para su fundamentación.

CAPÍTULO I: IDEAS CARDINALES Y VALORACIÓN GENERAL DEL PROBLEMA.

Observaciones preliminares.

El cuestionamiento principal que embarga este trabajo viene dado por el amparo que brinda el principio de reparación integral del daño, demostrado bajo la fórmula de origen francés “todo el daño y nada más que el daño” (Domínguez H.: 2009, p.659), en nuestro sistema de responsabilidad civil, principalmente contractual, a daños alegados ante el tribunal por parte de acreedores en busca de una reparación óptima, pero no necesariamente justa. En otras palabras, la indemnización que resuelva el tribunal puede tornarse ciega e irrestricta en virtud de este principio, por ello cabe al menos la duda de si es posible que el juez tenga a su alcance otro elemento jurídico que le permita, en el razonamiento de su sentencia, equilibrar y ponderar el daño ocasionado producto del incumplimiento.

De modo similar, la idea de reparación integral del daño tiene asidero en la tradición anglosajona bajo la noción de *compensación íntegra*, al enfatizar que se debe enmendar el daño sufrido por la víctima en un ciento por ciento y atendiendo a su estándar de vida previo al perjuicio mismo (Cane, 2011: pp. 160-163). No obstante que el common law ha desarrollado en forma profusa el derecho de daños a través del fundamento ético de la compensación íntegra, también es cierto que ha debido encontrar contrapesos, entre ellos, la mitigación de perjuicios evidenciando que “si la víctima ha contribuido con su negligencia, el monto a pagar por el ofensor puede reducirse para reflejar la responsabilidad del demandante por la pérdida sufrida” (Cane, 2011: p. 164). De ahí que, siguiendo la línea de

pensamiento anglosajona, el tema en análisis no resulta descabellado y como veremos a lo largo de este trabajo, también emerge de nuestras normas y tradición jurídica.

Continuando con la observación anterior, es sabido que el principio de reparación integral del daño comprende limitaciones (Domínguez A., 2010: p.10), sean éstas jurisprudenciales, legales o convencionales, entre otras, sin perjuicio de ello, la mitigación de daños no viene a ser una limitación más de este principio, sino un contrapunto directo en su aplicación, como elemento de ponderación en el razonamiento del juez al momento de dictar sentencia, sin pasar a ser un requisito adicional para ejercer el remedio indemnizatorio. En efecto, es en las consideraciones del tribunal donde toma presencia la mitigación de daños, ya que, “lo que el juez hace sirviéndose de la buena fe, entendida como principio general, consiste en decidir para el caso concreto cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer” (De la Maza: 2011, p.262), sea una reparación tradicional incondicionada o una reparación en consideración a todos los factores que intervienen o pudieron intervenir en el desarrollo de los perjuicios.

En suma, la mitigación del daño ocasionado por el incumplimiento prospera en los razonamientos que el juez realiza al momento de fallar el remedio indemnizatorio, ante las actitudes de los contratantes por sobrellevar el daño y respecto a la prueba más exigente de que ambos han actuado de buena fe en su relación contractual, ya que, “los conflictos que se suscitan entre los distintos intereses que subyacen al derecho de contratos pueden resolverse de dos maneras diversas: o bien por el legislador a través de una norma jurídica, o bien por el juez, quien se serviría de la buena fe entendida como principio general del derecho capaz de engendrar normas jurídicas completas” (De la Maza: 2011, p.248). Por lo que sigue, esbozaremos una definición de mitigación de daños situada en la concepción de contrato a la luz del nuevo derecho de la contratación, con el objeto de invitar a tomar conciencia de su necesaria aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

1. Definición de mitigación de daños.

Comenzaremos entendiendo la mitigación de daños, a craso modo, como “el deber de la víctima de impedir el agravamiento del perjuicio, ya sea que el daño tenga su origen

en un incumplimiento contractual o en un ilícito civil” (Domínguez A.: 2005, p.73), para luego concluir con la elaboración de una definición sujeta a los devenires de esta investigación.

Antes, dejaremos constancia de las diversas denominaciones utilizadas para la mitigación de daños y que de alguna manera afectan su concepto dada la distinta naturaleza jurídica otorgada, punto que abordaremos más adelante. De manera que, se habla de la carga de mitigar las pérdidas (Vidal: 2008, p.429), del deber de mitigar o evitar el daño (Fuentes: 2005, p. 223), del deber de minimizar el daño (Domínguez A.: 2005, p.73) (De la Maza y Pizarro: 2010, p.258), de la obligación de mitigar o atenuar los daños (López S.M.: 2007, p. 203) y del deber de mitigación o minimización del daño (Gandarillas: 2009, p. 431), etcétera. Para este trabajo optaremos por *carga de mitigar los daños*, sin perjuicio de utilizar los distintos sinónimos antes vistos.

Por lo que sigue, debemos apuntar los elementos claves que nos ponen frente a la mitigación de daños en materia contractual, considerando los siguientes: acreedor, deudor, incumplimiento, daño, mitigación o evitación y remedio indemnizatorio. De ahí que, el concepto al que aspira este apartado debería englobar todos estos elementos, la conexión entre ellos y los efectos que tendría la mitigación de daños.

En efecto, proponemos que la mitigación de daños es la carga atribuida al acreedor de evitar o minimizar su propio daño producto del incumplimiento del deudor, cuyo efecto ante su inobservancia es la reducción del quantum indemnizatorio. Ciertamente se trata de la reducción de un daño propio del acreedor, incluso potencial, que provoca el deudor incumplidor dentro de una relación contractual. En el evento que el acreedor deja de observar una conducta mitigadora, este daño in crescendo provocará desajustes no sólo entre los contratantes sino también, bajo el contexto de un mundo globalización, en el resto de la sociedad (Cane: 2011, p.69), de este modo “no bastaría una actitud conformista de la víctima si puede atenuar el impacto, enmarcándose en una lógica económica, moral o causal” (De la Maza y Pizarro: 2010, p.258), por esta razón la reducción del monto del remedio indemnizatorio viene a equilibrar las consecuencias del incumplimiento y a potenciar un actuar diligente y de buena fe, incluso de quien ha sufrido un daño.

2. Concepción de contrato para la mitigación de daños bajo el prisma del nuevo derecho de la contratación.

En la actualidad los contratos tienen una estructura compleja, incorporando deberes (Solarte: 2004, p.305) y cargas de conducta (Vidal: 2008, p.442) como respuesta a las exigencias de la vida moderna, por ello la necesidad de una visión pragmática del mismo, considerando que el contrato tiene por finalidad satisfacer intereses para cuyo objetivo los particulares ponen en riesgos sus bienes (Morales: 2001, p.278) en busca de dicha satisfacción, pasando a ser el derecho de contratos “un sirviente de diversos señores” (De la Maza: 2011, p.248). De este modo, el problema de la insatisfacción del interés del adquirente, por las anomalías de la cosa, puede ser contemplado, aproximándonos a él desde una perspectiva económica, como un problema de distribución de riesgos (Morales: 2006, p.337). Por esta razón, la mitigación cobra importancia, ya que, permitiría lograr soluciones más eficientes y comercialmente más adecuadas a estos tiempos (Gandarillas: 2009, p.435).

En pocas palabras, el contrato es fuente y límite de obligaciones a través de la autonomía privada, ya que, el deudor se obliga de acuerdo a lo pactado y también, de alguna manera, se obliga a las contingencias (Cane: 2011, p.68) que implica contratar, ya que, pudo o debió haber previsto los efectos de su incumplimiento. No olvidemos que “el contrato es por esencia un acto de previsión y es sobre la base de dicha característica que en el evento del incumplimiento de la obligación sólo se le deban los perjuicios que se hayan podido prever al momento de celebrarse el contrato” (Urrejola: 2010, p.63), es decir, la obligación que nace del acuerdo de voluntades *se extiende* no sólo al deber de prestación sino al de indemnizar en caso de incumplimiento (Morales: 2011, p.280 y 281).

Es importante observar que en materia contractual el contrato viene a ser el soporte del deber de mitigar, no solo porque en él toma sustento la buena fe, sino además porque es testimonio de las partes y guardián de sus intereses, que demanda una especie de lealtad contractual, “en virtud de la cual se exige a los contratantes, en cierta forma, consideración a los intereses de la otra parte” (De la Maza: 2011, p.251), son los intereses a satisfacer el punto angular en materia del nuevo derecho de la contratación, ya que, el cambio de mirada

al punto de vista del acreedor no implica olvidar los intereses del deudor, si así ocurriera el desequilibrio amenazaría cualquier solución de conflictos.

Por otro lado, el daño indemnizable será el previsto en el contrato (Morales: 2011, p.282), o en palabras del profesor Morales Moreno al explicar la doctrina de Pothier; el daño previsto es el contemplado, como indemnizable, en el contrato, de manera expresa o implícita (Morales: 2011, p.280). De ahí la importancia que cobra el artículo 1558 del Código Civil que contiene la regla de la previsibilidad del daño “como canon que permite determinar los perjuicios indemnizables” (Corral: 2008, p.123) y da cuerpo a la doctrina del fin de protección del contrato en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, la doctrina elaborada por Ernst Rabel en Alemania, que el profesor Morales Moreno hace parte para dar sentido al contrato, señala que el deudor, que ha lesionado el interés del acreedor, responde frente a él no, sin más, de todas las consecuencias de su conducta contraria al contrato, sino sólo de las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor, protegidos por el contrato (Morales: 2011, p.279). Estos intereses protegidos son puestos en riesgo ante una eventual inobservancia contractual, riesgos que pueden ser previstos o previsibles y que ante el fenómeno del incumplimiento convertirán al interés insatisfecho en un daño previsto o daño previsible, contemplados tanto por deudor y acreedor. Todo lo anterior cobra sentido si sumamos a este análisis otro elemento cardinal en el nuevo derecho de contratos, cual es, el riesgo o “riesgos asumidos por las partes a través del contrato” (Corral: 2008, p.130), por esta razón, el contrato es principalmente un “medio de satisfacción de intereses” (Prado: 2011 p.315), con predominio de los intereses del acreedor y, para ser llevado a cabo es forzoso arriesgar ciertos bienes, sean éstos personales o patrimoniales con el interés de conservarlos (Morales: 2011, p. 273) e idealmente incrementarlos, pero sin antes delimitar el marco de expectativas y de riesgos que constituyen la completa relación obligacional entre las partes (Corral: 2008, p.133), es decir, sin contrato no hay riesgos y sin riesgos no hay satisfacción de intereses.

En esta línea, toma relevancia práctica la interpretación que del contrato se haga, para determinar cuál es el fin de protección y los daños indemnizables (Morales: 2011, p.287). Aquí radica el aspecto más fuerte de la doctrina que llama a interpretar el contrato a

la luz de lo que la contraparte razonablemente podía entender de la propia declaración de voluntad (Barros: 2011, p.34), ya que, nadie se obliga a indemnizar más de lo que corresponde, o en otras palabras, no se puede considerar querido lo no conocido (Morales: 2011, p.280), el acreedor debe entonces conocer que dentro de los deberes que le serán exigidos se encuentra el de mitigar sus perjuicios, como obligación funcional que posibilita el cumplimiento de la o las obligaciones primordiales (Prado: 2011, p. 311) como puede ser la de indemnizar. Debe al menos conocer la existencia de este deber incluido en el deber general de buena fe.

Es en la obligación contraída donde se encuentra el justo fundamento para distinguir y regular la indemnización que podrá ser debida (Fuentes: 2008, p.307). Ahora, la naturaleza de la obligación (sea de dinero o no), más que anticipar el daño que se producirá, permite precisar o limitar la destinación o utilización que se espera dar al bien o servicio contratado y sobre la base de esta destinación se puede determinar o prever la clase de perjuicios que se seguirán de su incumplimiento (Fuentes: 2008, p. 307), de modo que si se logran prever los perjuicios, se lograrán también mitigar los daños evitables.

Por último, hacemos nuestras las palabras del profesor Enrique Barros cuando reflexiona sobre la finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales, quien manifiesta que “el alcance de la acción indemnizatoria puede ser analizado a la luz de razones de justicia y de eficiencia preventiva. Si se le define a partir del derecho subjetivo del acreedor a la prestación, es razonable esperar que la reparación alcance todo su interés contractual; sin embargo, también se ha pretendido limitarlo al daño de confianza efectivamente sufrido negando la reparación del interés positivo que el acreedor tiene en el crédito, al menos en ciertos casos”(2008, p. 322), lo que nos hace pensar que en esos ciertos casos donde se apela al daño efectivamente sufrido y, en consecuencia justamente resarcido, se inscribe de manera óptima la mitigación de daños bajo el prisma del nuevo derecho de la contratación.

3. Naturaleza jurídica de la mitigación de daños.

Dentro de las alternativas que se han dado como naturaleza jurídica a la mitigación de daños se encuentran las de obligación, carga y deber. La doctrina nacional se ha inclinado en su mayoría por calificar la mitigación como una carga que pesa sobre el acreedor, en tanto que se ha desechado la idea de tratarla como obligación directa del contrato entre las partes. En efecto, sin reconocimiento expreso y general de la mitigación (Domínguez A.: 2005, p.82) en nuestro sistema civil, la importancia que reviste determinar su naturaleza jurídica influye en la posición sobre su fundamento, aplicación y los efectos atribuidos. Por esta razón iremos paso a paso, comenzando por revisar, a grandes líneas, distintas posiciones doctrinales respecto al tema, luego ponderaremos cada una de las alternativas, trataremos de perfilar la naturaleza jurídica en el derecho común y general y, finalmente, veremos la calificación dada en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, como situación especial.

Los autores que se han pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la mitigación de daños la denominan principalmente como deber, pero al momento de cuestionar la calificación jurídica de ésta llegan por defecto a considerarla una carga.

Para este estudio comenzaremos por la opinión de Ramón Domínguez Águila, quien habla del deber de minimizar el daño señalando que lo sustancial “es saber qué es lo que se impone, en definitiva a la víctima al hablarse de una “obligación” o de un “deber” de mitigar el daño” (2005, p.92), en tanto, prefiere distinguir a la mitigación como un deber “para evitar las objeciones que el empleo de la noción técnica de obligación acarrea” (2005, p.92), pensando, más bien, que la mitigación del daño no se trataría de una obligación legalmente exigible, no tendría un contenido propiamente patrimonial — sino un contenido ético — y no se atribuye sanción ante su inobservancia, debido a que “no existe una consagración genérica y amplia como obligación” (López S.M.: 2007, p.214) en el Código Civil. En esta línea, los profesores Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro también denominan a la mitigación como deber (2010, p.256), en sentido opuesto el profesor Jorge López Santa María la denomina obligación de mitigar los daños (2007, p.214), con esto último constatamos la dificultad de la calificación jurídica que se intenta establecer.

Sería tentador ver a la mitigación de daños como una obligación, ya que, de inmediato pensaremos que es exigible al acreedor, lo cual ante su inobservancia calzaría perfectamente con la excepción de contrato no cumplido, esta idea nos ayudaría a fundamentar un futura defensa de la mitigación en el artículo 1552 del Código Civil, pero tal posición trae desventajas, porque no existe texto normativo expreso en el derecho común y general que de cuerpo a esta obligación de minimizar los perjuicios y, si las partes no se han obligado a mitigar, difícilmente podrá ser exigida en juicio, de manera directa.

Por su parte Rodrigo Fuentes, razona de manera diferente al observar que la naturaleza jurídica de la mitigación es ser una carga y no obligación porque “en el extremo opuesto de la obligación está el derecho a la ejecución del comportamiento que conforma el contenido de la obligación. En cambio en el deber de mitigación no se contempla un derecho de quien daña para que el dañado evite el daño” (2005, p.226), de este modo si en la mitigación “no existe en realidad un derecho del causante del perjuicio para que el dañado lo evite o minimice” (2008, p.236), no sería en tanto exigible, con lo que se descarta el carácter de obligación, además la ausencia de medidas mitigadoras en los efectos del incumplimiento contractual “no lleva aparejada sanción alguna” (2008, p.236), aunque da luces del cuestionamiento acerca de si la reducción de la indemnización no es en verdad una sanción (2008, p.237). A pesar de todo, los elementos de falta de exigibilidad y de sanción entregan la naturaleza jurídica de carga a la mitigación, sin perjuicio de llamarla deber de evitar o mitigar el daño (2005, p.222). De la misma manera Cristián Gandarillas, a pesar de hablar de un deber de mitigación o minimización el daño (2009, p.431), lo califica como carga a la que está expuesto el acreedor, cuya omisión traerá como consecuencia la reducción del monto de su indemnización por los perjuicios sufridos (2009, p.436).

Principalmente quien aboga por la posición de carga en materia de mitigación es Álvaro Vidal, desde el análisis del artículo 77 de la Convención de Viena de 1980 señala que se trata de una “carga de conducta material” (2008, p.442), no obstante asimila la naturaleza jurídica de carga y deber diciendo que “sobre el acreedor pesa una carga o deber de mitigar” (2008, p.456), en este sentido se trata más bien de un deber de conducta cuyo sustento se encuentra en la buena fe objetiva, la cual “explicaría por qué el deudor tiene derecho a esperar del acreedor una cierta actividad tendente a ese objetivo, evitar o mitigar”

(2008, p.450), con esto constatamos que la mitigación no sería exigible sino más bien razonablemente esperable.

En esta línea, si vemos a la mitigación de daños como una carga, podemos valernos de la doctrina del derecho procesal para entender las consecuencias de tal estimación. No cabe duda que apreciar, a priori, la naturaleza jurídica de carga en materia de mitigación enfoca de mejor manera los efectos que tendría su inobservancia, es decir, si el acreedor no realiza actos mitigadores y con ello incrementa su daño, el deudor no puede exigir a éste que mitigue, sólo puede solicitar al juez tener presente tales circunstancias, en otras palabras, si la inactividad del acreedor incrementa sus perjuicios, las medidas que podría llevar a cabo sólo salvarían su interés, aunque consecuencialmente beneficien al deudor.

En efecto, “la noción de carga, como contrapuesta a la de obligación, se debe fundamentalmente a Goldschmidt y a Carnelutti” (Montero: 2005, p.108).

Por un lado, la obligación es “la subordinación de un interés del obligado al interés de otro impuesta mediante la sanción; la carga es la subordinación de uno o más intereses del titular a otro interés del mismo que se le impone porque se hace de aquélla una condición para la obtención de ésta” (Carnelutti: 1942, p.195). Entonces, existen dos elementos distintivos; interés y sanción. En este sentido Mercedes Fernández López observa la teoría de Francesco Carnelutti y los matices que éste fue introduciendo en su tesis, partiendo del elemento del interés “que se trata de tutelar por la carga y por la obligación, consistente en un interés propio en el caso de la carga y en un interés de un tercero, y por tanto, ajeno, en el caso de la obligación”, luego agregó el elemento de la sanción, advirtiendo que “la carga solo *obliga* en el supuesto de que el destinatario desee obtener un determinado resultado, mientras que en la obligación no posee ese carácter condicional, sino que su cumplimiento viene asegurado por la amenaza de una sanción jurídica” (2006, p.40). Si la obligación viene a tutelar un interés ajeno puede ser exigido por quien se encuentra favorecido, en este punto la mitigación sabemos que no puede ser exigida por el deudor al acreedor, porque resguarda el interés de este último, sin perjuicio de beneficiar en cierta medida al deudor al reducir la indemnización (Vidal: 2008, p.456).

De ahí que, el acreedor al mitigar trata de evitar la reducción de su indemnización, lo cual cobra valor al considerar el concepto de cargas de James Goldschimindt, quien las

define como “situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal” (1936, p.203), por esta razón el perjuicio o efecto desfavorable para el acreedor es la reducción de su indemnización.

No cabe duda que la utilidad de las nociones procesales sobre carga complementan el actuar diligente que exige la mitigación, de manera que, “las cargas procesales se hallan en una estrecha relación de “posibilidades” procesales, puesto que toda “posibilidad” impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida” (Goldschmidt: 1936, p.203). Inspiradoras son las palabras de Goldschmidt al destacar lo siguiente: “el que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, *grava*), y *la más grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión.*” (1936, p.203).

En otro orden de cosas, considerar a la mitigación de daños como deber implica observar el tema de su naturaleza jurídica desde el punto de vista de su fundamento o más bien, desde su fuente, ya que, hemos dicho que encuentra sustento en la buena fe, de la cual es posible derivar deberes de conducta para las partes (De la Maza: 2010, p.285). En tanto, como expresa Arturo Solarte, al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes, sea que se encuentren denominados como “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, los cuales tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes y de perfeccionar los deberes de prestación, con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente no solamente en la ejecución del contrato, como complemento de las obligaciones nucleares, sino también en la etapa precontractual y postcontractual (2004, pp.304-306).

Si estos deberes de conducta pretenden complementar las obligaciones principales y de este modo ayudar a concretar los intereses de las partes, no es vano pensar que la mitigación de daños podría ser considerada como deber, beneficiando su cumplimiento a ambos contratantes y no sólo al acreedor. Manifestación de la tendencia en el derecho contemporáneo “de examinar la relación existente entre las partes no de una manera aislada – o en sentido estricto –, sino que se la considera como un conjunto – en sentido amplio –, esto es, como resultado de una multiplicidad de pretensiones, obligaciones, o, dicho de otro

modo, de “relaciones obligacionales en sentido estricto” y, en general, de relaciones activas y pasivas de diversa entidad y contenido (Solarte: 2004, pp.303-304).

La mitigación de daños como deber es sustentada en la buena fe como respaldo de las consideraciones judiciales, ya que “son los jueces quienes, echando mano al principio general de buena fe, y a falta de norma expresa, extraen directamente de éste los deberes de conducta”, dotándolo de contenido (De la Maza: 2010, pp.87-88). Por esta razón, la buena fe es “fuente objetiva de integración, toda vez que a los contratantes les serán exigibles ciertos deberes de conducta (y a la vez tendrán ciertos derechos) derivados de la necesidad de dar al negocio jurídico cumplida efectividad de conformidad con la finalidad perseguida por las partes” (Solarte: 2004, p.301), en este último punto es donde se cuestiona si la mitigación de daños como deber del acreedor tiene el correspondiente derecho del deudor a exigir su cumplimiento forzoso (De la Maza: 2010, p.85) o si, en caso de inobservancia, se encuentra sujeto a una sanción. Dadas estas consideraciones el tenor de la mitigación indicaría que no es exigible y que tampoco lleva aparejada expresamente una sanción, porque no corresponde a la estructura de un deber jurídico entendido como “norma de conducta impuesta coactivamente por el legislador, en el sentido de que se sanciona su inobservancia” (Abeliuk: 2003, p.32).

En definitiva, si revisamos la naturaleza jurídica en el Código Civil, la mitigación de daños considerada como deber de conducta que emana de la buena fe (De la Maza: 2010, p.85), correspondería al contenido ético contractual, similar a los deberes de información y de seguridad o garantía, pero vista desde sus efectos y exigibilidad es más bien una carga, ya que, el deudor no puede exigir una conducta mitigadora, incluso una mitigación eficiente o útil – por ello más adelante la consideraremos como obligación de medios para fines de su prueba –, dado que no ha sido establecida expresamente por la ley o por las partes, ahora, respecto de sus efectos, si el acreedor deja de mitigar se verá enfrentado a la reducción de su indemnización, en cambio si mitiga alcanza la indemnización en lo que mitigó, no existe propiamente una sanción.

Para comprobar que la mitigación de daños entraña una naturaleza de carga, precisamos de las nociones procesales que bien explica Mercedes Fernández respecto de los puntos distintivos de una carga en cuanto a su ejercicio facultativo, carácter instrumental,

finalidad de la tutela de un interés jurídico propio y la dificultad en la obtención de una ventaja si no se ejercita. (2006, pp.47-56). Respecto al primer punto, la carga confiere un poder para que su destinatario lo ejercite si desea alcanzar un determinado fin (2006, p.47-48), en este caso, la finalidad de la mitigación es obtener el reembolso de los gastos incurridos en el ejercicio de medidas mitigadoras (Vidal: 2006, p.160) del daño producto del incumplimiento, en tanto, que “las consecuencias de la decisión de no ejercitarlo no van más allá de la no consecución de un determinado beneficio o ventaja, sin que pueda imponerse sanción alguna ante la libre decisión de no ejercitarse el poder” (2006, p.49), con esto último queda claro que la esencia de la mitigación no puede volcarse a ser exigible por el deudor, por esto y respecto al segundo punto, se dice que los actos mitigadores que el acreedor lleve a cabo son un “medio para la tutela de un interés que se considera valioso” (2006, p.50) y que es en definitiva un interés jurídico propio, como tercer punto, ya que, el ejercicio de una carga se encuentra en íntima conexión con el interés protegido en último término, con independencia de cuáles sean las consecuencias que de él se deriven para el resto de las partes (2006, p.53), con esta idea se puede entender que la mitigación beneficie indirectamente al deudor, cautelando su interés en la relación obligacional (Gandarillas: 2009, p.448), sobre los efectos del incumplimiento. Por último, como cuarto punto, respecto al no ejercicio de la carga que impide o dificulta la obtención de una ventaja (2006, p.53), se manifiesta en que la ausencia de una sanción jurídica, se encuentra sustituida en el caso de una carga por la imposibilidad de obtener un concreto beneficio o ventaja, se presenta como elemento esencial configurador de la misma y, al mismo tiempo como nota básica en la que se fundamenta la distinción entre carga y obligación (2006, p.54). Todo lo anterior, nos convence de asimilar la mitigación de daños a la estructura de una carga, trayendo como argumentos las concepciones procesales que explican de mejor manera su funcionamiento y, por sobre todo, la posición del deudor frente a la actitud mitigadora del acreedor, o su omisión, y las posibilidades de alegarla en juicio.

De manera especial analizaremos si la naturaleza jurídica de carga que se puede deducir en general sobre la mitigación de daños, es la misma que se puede ver en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 que en su artículo 77 dispone; *la parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar*

las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida. En este artículo se consagra expresamente la mitigación como ¿obligación, deber o carga? al respecto se ha señalado que se trata de una carga como norma de conducta (Vidal: 2006, p.156) distinta de una obligación, porque “el efecto de la inobservancia de la carga se traduce en una consecuencia negativa al interés del acreedor, en la especie, la reducción de su pretensión indemnizatoria (Vidal: 2006, p.156).

Sin perjuicio, el texto del artículo 77 provoca dudas al manifestar que “deberá adoptar” las medidas que sean razonables y señala expresamente lo que el acreedor debe realizar, con ello tomaría aquí cuerpo de obligación más que de carga. Además señala el artículo 77 que “si no adopta tales medidas” el deudor podrá pedir, o más bien exigir que se reduzca la indemnización de los daños.

En suma, con las expresiones arriba destacadas podemos observar el derecho que tiene el deudor para exigir que el acreedor mitigue y a la vez, se establece como sanción la reducción de la indemnización en lo que corresponda. Elementos de deber expreso, exigibilidad y sanción que nos hacen concluir una naturaleza de obligación, tomada como “un vínculo jurídico entre personas determinadas en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo” (Abeliuk: 2003, p.31), por esta razón la mitigación en el artículo 77 de la Convención de Viena de 1980 toma el sentido técnico de obligación, en la cual se exige, de manera expresa, un comportamiento mitigador al acreedor.

4. Escenarios mitigadores.

La mitigación de daños tiene reconocimiento doctrinal, no así jurisprudencial, sin perjuicio que, de alguna manera se encuentra presente en las defensas del deudor ante el remedio indemnizatorio, prueba de ello es el caso en que producto de un contrato de prestación de servicios entre el Laboratorio Biológico S.A. y Hugo Ruiz Ruiz, donde el primero se obliga a tomar una muestra de sangre, analizarla e informar del resultado en

orden a la presencia del anticuerpo del VIH, contra el pago de una suma de dinero por dicha prestación. El laboratorio informa erróneamente al actor que su sangre estaba contaminada con el VIH, en circunstancias que en realidad nunca fue portador de dicho virus, ante lo cual Hugo Ruiz decide demandar a título de daño moral \$150.000.000 de pesos, alegando alteraciones en su salud mental y en su entorno social, incluso intento de suicidio, por el incumplimiento culpable del laboratorio, cuya pretensión fue acogida en primera instancia y confirmada en su apelación, reduciendo el monto a \$60.000.000 de pesos.

La parte demandada recurre de casación en el fondo esgrimiendo entre sus argumentos la “exposición imprudente al daño por parte del demandante” (Considerando primero), manifestando que la sentencia recurrida “ha infringido el artículo 1558 del Código Civil, porque de acuerdo a esta disposición los daños deben ser una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de una obligación y, en el caso sub lite, los perjuicios sufridos por el actor provienen de su propia conducta imprudente, pues, enterado del resultado del examen, no consultó médico alguno sino que se autodiagnosticó la enfermedad del SIDA” (Considerando vigesimoprimer). Sobre este punto la Corte Suprema, en sentencia de fecha 05 de noviembre de 2001², se excusa de considerar el comportamiento del demandante frente a los resultados del examen, alegado por el demandado, señalando que “esta alegación va dirigida a desvirtuar los hechos fijados en la sentencia por los jueces del mérito pues uno de los presupuestos fácticos del fallo es la existencia del nexo causal entre el incumplimiento de su obligación por parte del demandado y los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por el demandante y, por ende, no puede este tribunal, conociendo del recurso de casación en el fondo, alterar este hecho” (Considerando vigesimosegundo), con lo cual desestima el recurso en comento.

En el caso expuesto vemos claramente exigencias razonables de mitigación del daño, donde el demandante podría haber realizado otro examen que confirmara los resultados del primero, podría haber buscado un médico para obtener un diagnóstico certero

² Sentencia de la Corte Suprema (2001): Caso Ruiz vs. Laboratorio Biológico S.A., disponible en <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/ruiz-hugo-laboratorio-biologico-32100189>. Fecha última consulta: 28 de octubre de 2012.

o incluso una segunda opinión médica, todas estas alternativas fueron obviadas por el demandante, extendiendo su daño a situaciones incalculables, como el intento de suicidio.

En este sentido “nada hay que objetar cuando el acreedor intenta recuperar el valor de la prestación. Pero cuando trata de obtener una compensación de daños superiores al valor de la prestación, surge la interrogante sobre cuánto puede demandar por sobre la prestación inicialmente convenida, lo que va en directa relación a la pregunta sobre el tipo de perjuicios adicionales al mero incumplimiento que puede ser invocado como título para reclamar la indemnización” (Corral: 2008, p.119), en el caso expuesto no debería atribuirse responsabilidad al demandado por los daños derivados del incumplimiento, si pudo esperarse razonablemente que el demandante adoptara alguna acción para prevenir su ocurrencia (Cane: 2011, p.254), como las arriba descritas, ya que existe negligencia del demandante en su reacción respecto a los resultados del examen, con ello se interviene el nexo causal entre el incumplimiento y el total de daños alegados. Pero la Corte Suprema deriva el cuestionamiento a una situación fáctica por lo que omite pronunciamiento, evitando así las consideraciones que harían procedente la mitigación de daños.

Por otro lado, vimos que la idea de mitigar los perjuicios tiene cabida en las posibles defensas que del deudor – demandado se realicen, ahora nos cuestionaremos si la mitigación estando pensada a favor del acreedor, conviene o no al deudor que éste mitigue, observando desde ya que existe un beneficio indirecto para el deudor en el monto final de la indemnización que deberá pagar.

De ahí que, al deudor le favorece que el acreedor mitigue, bajo una observación económica del derecho, ya que, existiendo “una correcta atribución de los riesgos, todo indica que en esa tarea son importantes los aspectos funcionales, a los que atiende el análisis económico del contrato” (Barros: 2008, p.324-325), este examen debe estar presente también en los efectos del incumplimiento.

Imaginemos que el acreedor tiene un daño directo por 100, el cual proyectado pudo aumentar en 100 más; si el acreedor mitiga, el deudor en vez de pagar 200 sólo paga 100, más los costos de haber mitigado el acreedor los otros 100, estimados en 60 por ejemplo, ya que, los costos no deben ser excesivos (Vidal: 2008, p.446) o superiores al daño a minimizar, pagando en total 160.

Ahora, si el acreedor no mitiga, tiene un daño directo por 100 el cual proyectado aumentó a 200, porque no tomó conductas razonables para mitigar el daño, finalmente paga 200. Entonces, si el juez aplica el deber de mitigar en su sentencia al considerar el quantum indemnizatorio ¿qué debe pagar el deudor?, debe indemnizar esos 100 por daño directo, pero no los restantes 100, porque el juez dictamina que el acreedor pudo haber minimizado el daño y no lo hizo, por ende, reduce la indemnización sólo al daño directo, y como el acreedor no mitigó significa que no incurrió en costos, como en la hipótesis anterior.

Por último, “en teoría, al menos, la probabilidad y posible severidad de muchos riesgos pueden ser determinadas con algún grado de precisión estadística, al igual que el costo de reducirlos a algún nivel en particular o eliminarlos” (Cane: 2011, p.72), pero ciertamente en la realidad y más en un proceso judicial difícilmente se podrá definir con precisión la cantidad exacta del daño que debió ser mitigado, no obstante, la discrecionalidad del juez permite integrar la mitigación del daño como criterio delimitador de éste, para fallar de manera más justa y equilibrada el caso concreto, acreditando sus consideraciones en los fundamentos que revisaremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II: FUNDAMENTO DE LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO CHILENO.

Planteamiento inicial.

Para efectos de entender la mitigación de daños es necesario situarnos en la concepción de contrato que entrega el denominado nuevo derecho de la contratación. Sucintamente diremos que el contrato o negocio jurídico es un medio para organizar los particulares sus propios intereses (Morales, 2006: p.325), donde los contratantes ponen en riesgo determinados bienes procurando la satisfacción de dichos intereses. En consecuencia, son estos riesgos, comprometidos voluntariamente, los que delimitan el contrato y sus consecuencias. A lo largo de este trabajo no debemos perder de vista esta concepción de contrato, ya que, servirá de fundamento esclarecedor para dar validez a la mitigación de daños en nuestro derecho.

En efecto, el derecho de la contratación encuentra nuevos aires amparado en la armonización del derecho privado uniforme, y particularmente sobre la mitigación, bajo la

influencia de la tradición anglosajona. Es así como nuestro país no se encuentra ausente de esta renovación, es del caso mencionar que la aplicación de las concepciones e instituciones del nuevo derecho de la contratación, traen aparejado la aplicación de tradiciones jurídicas que no son propias del derecho continental pero que, en un mundo globalizado, se instalan para dar respuestas a nuevos cuestionamientos.

En razón de lo anterior, veremos la regulación de la mitigación de perjuicios en el derecho extranjero, en el derecho chileno y finalmente el o los fundamentos que permitan acoger este principio en nuestro ordenamiento jurídico, siempre sumergidos en la empresa de conquistar un fundamento técnico – jurídico en el Código Civil chileno.

1. Regulación de la mitigación de daños en el derecho extranjero.

Ineludiblemente, antes de revisar la regulación de la mitigación de perjuicios en nuestro derecho, debemos observar qué sucede en el derecho extranjero, para ello tomaremos el desarrollo que cuatro países han dado a la mitigación, partiendo con el derecho del common law, siguiendo con el derecho alemán, luego el derecho español y concluyendo, en otro extremo, con el derecho francés. Dando cabida a las distintas regulaciones que de alguna manera llegan a nuestras tierras, podremos entender mejor en qué consiste la mitigación de daños, con vistas a facilitar la empresa de su fundamento y por sobre todo la de su aplicación práctica en el derecho chileno.

1.1. Caso del common law.

La tradición anglosajona ha dado vida y evolución a la mitigación de daños, principalmente bajo el principio de lo razonable, guía de un sistema jurídico basado en precedentes. No es menor que ya en el año 1677 exista registro de la mitigación de daños como parámetro de extensión de la indemnización, siendo a través de un caso que ya adquiere calidad de señero, es posible darnos cuenta que *lo razonable* toma importancia ante el incumplimiento.

El caso que se pasa a exponer es ilustrativo de una actitud no mitigadora, o en otras palabras una actitud pasiva del acreedor. Es así como en el caso “*Vertue v. Bird*” el

demandante, quien había celebrado un contrato de transporte, llegó al lugar de entrega de las mercaderías y ante la ausencia de su transportador habría esperado con sus caballos sudorosos y cansados por el transporte de tal carga durante largo lapso, cuya dilación tuvo como consecuencia la muerte de los caballos. Ante tal pérdida decide demandar, además, por la muerte de sus caballos, ante lo cual la corte negó la indemnización por este concepto, resolviendo que el demandante habría sido imprudente, porque pudo haber retirado a los animales del carro mientras esperaba al demandado, evitando así su enfriamiento.

En efecto, la lógica de este caso demuestra las consideraciones que los jueces deben apreciar al momento de determinar la extensión de la indemnización, es decir, deben estimar también la actitud del acreedor posterior al incumplimiento del deudor. Esta forma de pensar puede argumentarse en razones económicas y pragmáticas, signos claves del derecho anglosajón.

Más allá de buscar el fundamento de la mitigación, lo cual se encuentra en el “*duty of mitigate damages*” que mira desde dos aristas, tanto a una acción razonable y otra a abstenerse de realizar acciones irracionales (Fuentes, 2005: p.230), nos interesa encontrar el razonamiento por el cual la mitigación tiene validez. No es una casualidad que al analizar el derecho del common law lleguemos irremediamente a la idea de lo razonable, como postulado que cruza este sistema y cuya empresa significa varias dificultades, más, pensando que este criterio es aplicado también en nuestro derecho y a pesar de ser una cuestión que escapa a los fines de este trabajo, bien vale analizarlo al menos someramente.

1.1.1. Conexión del sistema del common law con el derecho chileno a través del criterio de lo razonable.

Buscar el contenido y límites del principio de lo razonable es una cuestión de nunca acabar, pero nos quedaremos con la visión que formula Lilian San Martín en un reciente trabajo, quien plantea que este criterio de lo razonable se encuentra también en el derecho de tradición romanista y a pesar de ser un concepto – válvula, propone delimitarlo como un criterio auxiliar a la diligencia del buen padre de familia y que tiene como característica el ser un criterio empírico, que permite juzgar la legitimidad o ilegitimidad de la conducta en base a las circunstancias del caso concreto (2011, p.61). Ahora, atendiendo al tema de este

trabajo, el acreedor deberá realizar un *esfuerzo razonable*, llevado a cabo con la diligencia ordinaria o, lo que es lo mismo del buen padre de familia (San Martín: 2011, p.49). Estas ideas nos hacen pensar que el principio de lo razonable no es privativo del common law, sin perjuicio, de encontrarse más desarrollado en el derecho anglosajón, nuestros paradigmas no se encuentran tan ajenos a dicho principio.

En esta línea, podríamos también hablar de *gestión razonable*, la cual se configura a través de cargas contractuales impuestas al acreedor, entre ellas la mitigación, para llevar a cabo una gestión razonable de los efectos del incumplimiento, la cual se traduce en que debe actuar, en el ejercicio de sus derechos y acciones, como lo haría una persona razonable, debiendo adoptar las medidas necesarias para evitar la incertidumbre del deudor incumplidor y minimizar los efectos patrimoniales que para él produce el incumplimiento (Vidal: 2005, p.55).

Es dado apreciar que la palabra razonable es utilizada variadamente en nuestro ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la mitigación de daños, en materias tales como; contrato de fletamento (artículo 940 del Código de Comercio), contrato de transporte marítimo (artículos 984, 987, 990, 1017 del Código de Comercio), contrato de pasaje (artículo 1051 del Código de Comercio), servicios de salvamento (artículos 1142 del Código de comercio), contaminación (artículo 145 de la Ley de Navegación), mandato (artículo 2158 del Código Civil), arrendamiento (artículo 1935 del Código Civil), entre otras. No es iluso preguntarse, entonces, de qué hablamos al referirnos a *medidas razonables* frente al problema que nos ocupa, a cuyo respecto diremos que se trata de posibilidades de actuación ponderadas en consideración a los hechos y a las estipulaciones del contrato, cuya inobservancia implica consecuencias jurídicas. En efecto, serán medidas razonables las que, conforme a la experiencia y a las circunstancias del caso, aparezcan aptas para evitar o mitigar el daño (San Martín: 2011, p.43).

1.2. Caso alemán.

El derecho alemán dista bastante del nuestro en lo que atañe al tema que nos convoca, vemos estas diferencias principalmente en dos materias; la previsibilidad del daño y la regulación de los perjuicios indirectos. Con todo, el sistema alemán, al igual que el

nuestro, adopta, como punto de partida, el criterio de indemnización integral de los daños (Morales: 2011, p.285).

Sobre la regla de la previsibilidad, que en nuestro derecho podemos apreciar en el artículo 1558 del Código Civil, se encuentra ausente en el derecho alemán, ya que, en el BGB no tiene cabida la previsibilidad ni la facultad moderadora de la responsabilidad en atención al grado de culpa del responsable, y además considera resarcible incluso los perjuicios indirectos (Fuentes: 2008, pp.21-22), perjuicios de los cuales, en nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo a la norma antes citada, sólo responde el deudor en caso de una actuación dolosa.

Todo lo dicho, nos llevaría a pensar en la dificultad de encontrar cabida a la mitigación de daños en el derecho alemán, sin perjuicio de lo anterior, el sistema en análisis si consagra la idea de la evitación de los perjuicios, precisamente en el §254 del BGB, norma que comprende dos deberes que logran moderar el rigor de la reparación íntegra: el deber de mitigar el daño y de informar sobre el peligro de un perjuicio anormalmente alto (Fuentes: 2008, p.21). En efecto, gracias a esta norma se puede contar con un claro argumento para moderar la extensión de los daños causados por el incumplimiento.

Cabe destacar, la doctrina alemana del “fin de protección del contrato”, sobre la cual el profesor Morales Moreno, citando a Ernst Rabel, explica que la cuestión fundamental que envuelve la doctrina del fin de protección del contrato no es otra que la de si el deudor tiene que soportar, conforme a la interpretación del mismo, el riesgo de ciertos daños (2011: p.280), dando luces a la delimitación del daño indemnizable, donde tendría cabida la mitigación de daños. Es así como nuevamente el derecho alemán avanza en el desarrollo del sistema indemnizatorio.

1.3. Caso español.

En España se ha tenido que dar respuesta a la mitigación de daños a falta de texto expreso, entre cuyos fundamentos destacan la buena fe. También se estima que el deber de mitigar el daño es un criterio que encuentra acogida en la exigencia de la necesidad del daño –equivalente a nuestro daño directo – establecida en el artículo 1107 del Código Civil español (Fuentes: 2005, p.235). De manera que, la mitigación expresa un criterio de

racionalidad jurídica, que puede conectarse con las exigencias de la buena fe (Morales: 2010, p. 181 y 2011, p.293), fundamento recurrente que también tiene acogida en nuestro derecho (De la Maza y Pizarro: 2010, p. 258)

Respecto a la naturaleza jurídica se destaca el consenso de considerar a la mitigación como carga³, ya no como obligación, cuyo cumplimiento precluye el resarcimiento de aquellas pérdidas que se podrían haber evitado o minorado. (López: 2007, p.328).

Por último, el principio de la mitigación de perjuicios ha tenido presencia en la decisión de los jueces, y quizás es este su mayor reconocimiento, ya que, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos encontrar casos resueltos conforme a él, aunque no sea mencionado de manera expresa (Morales: 2010, p.180).

1.4. Caso francés.

Respecto al caso francés, nos encontramos en un extremo jurídico en lo que respecta a la mitigación de daños, por ello, y además de la tradición civilista que nos une, es interesante observar qué sucede en este ordenamiento. En efecto, vemos que la mitigación no tiene reconocimiento legal y menos jurisprudencial, principalmente bajo las decisiones de la Corte de Casación de Francia. Esto se explica por el sistema francés de reparación que manda al juez apreciar el daño al momento de la sentencia y no al tiempo en que ocurrieron los hechos dañosos, con lo cual el sentenciador está obligado a examinar lo que haya ocurrido entre esos dos momentos (Domínguez A.: 2005, p.81).

El argumento que se concibe como opositor a la mitigación de daños, es el principio de la reparación integral que pesa en el derecho francés, por ello la situación de este derecho es totalmente diversa a la de los países del common law, al existir tanto en la ley como en la jurisprudencia francesa un estricto apego al principio de la reparación integral del daño (López S.M.: 2007, p.327), este mismo principio que inspira nuestro Código Civil manda que el perjuicio sea límite de la reparación. Se indemniza todo el perjuicio, pero

³ Sobre cargas contractuales en el derecho privado español ver CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “*Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*”, Madrid, 1988.

nada más que el perjuicio (Domínguez A.: 2010, p.10), de este modo, aunque con limitaciones, este principio constituye la idea matriz del sistema de responsabilidad chileno.

2. Regulación de la mitigación de daños en el derecho chileno.

La realidad sobre la mitigación de daños en Chile da cuenta que, si bien es cierto a pesar de encontrar regulación en normas dispersas, no tiene consagración expresa como norma común y general en el código de Andrés Bello.

Dado lo anterior, nos ocupa la tarea de revisar el tratamiento que han dado a la mitigación o evitación de daños la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, el Código Civil, el Código de Comercio y algunas leyes especiales.

2.1. Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías de 1980.

La Convención de Viena (CV) sobre compraventa internacional de mercaderías, publicada en el Diario Oficial el 03 de octubre de 1990, es derecho vigente en nuestro país. A pesar de tener un ámbito de aplicación acotado, reconoce y hace aplicable la mitigación de daños en Chile en su artículo 77.

La regla que nos entrega la CV, sobre la materia, tiene como propósito evitar que el acreedor afectado por el incumplimiento adopte una actitud de pasividad esperando que el deudor le indemnice aquellos daños que podrían haberse evitado mediante medidas razonables (Vidal: 2006, p.152). Por esta razón, la mitigación viene a ser una carga de conducta material (Vidal: 2008, p.436) que el profesor Álvaro Vidal relaciona con la estructura de las obligaciones de medios, lo que significa que el acreedor no asegura al deudor el resultado de la mitigación o evitación de las pérdidas, sino, simplemente la adopción de medidas tendientes a ese objeto (2006, p.156).

El fondo de esta norma tiene asidero en el denominado concepto de persona razonable, propio del common law, sobre el cual deben considerarse especialmente los usos del comercio, y en particular los de la compraventa internacional.

Por otro lado, se puede atribuir dos funciones a la norma del artículo 77, una mediata y otra inmediata. La función inmediata consiste en que el acreedor debe adoptar aquellas medidas que sean razonables para mitigar y evitar las pérdidas (Vidal: 2006, p.155) derivadas del incumplimiento del deudor. En tanto, la función mediata exige que el o los remedios escogidos por el acreedor sean razonables de acuerdo con las circunstancias, mitigando o evitando las pérdidas (Vidal: 2006, p.155), de este modo se logra establecer un sistema de remedios equilibrado (Vidal: 2008, p.436). En efecto, podemos observar que la CV resguarda al deudor ante el incumplimiento, estableciendo cargas al acreedor, dando coherencia al nuevo derecho de la contratación.

Por último, en cuanto a los efectos que produce la mitigación de daños, según la CV, dicen relación con el quantum del daño indemnizable, ya sea, reduciéndolo ante su inobservancia o derechamente, si se mitiga, resarciendo los gastos considerados razonables.

2.2. Código Civil.

Si vamos al Código Civil chileno, vemos que no existe acogida de la carga de mitigación de daños, en cuanto a una regulación expresa, sin perjuicio, como veremos más adelante los fundamentos que podrían servir para hacer valer la mitigación en juicio, se sustentan en argumentos como la previsibilidad, el daño directo, la relación de causalidad y por sobre todo la buena fe objetiva.

Para fundamentar la mitigación de daños se han dado explicaciones un tanto aventuradas, pero no por ello menos interesantes, argumentadas en normas rebuscadas como los artículos 1437 y 2286 del Código Civil, ya que, el artículo 1437 señala que las obligaciones pueden nacer de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos, conectado con el artículo 2286, a propósito de la agencia oficiosa, haría posible pensar que la obligación de mitigar los daños tendría su fuente en este cuasicontrato, en otras palabras, su fuente no sería contractual sino cuasicontractual (López S.M.: 2007a, p.219). En cierto modo, esta mirada cautiva pero no convence del todo.

2.3. Código de Comercio.

En lo que refiere a este acápite, haremos distinción entre derecho comercial y derecho marítimo dado que en ambos existen nociones acerca de la mitigación de daños, pero en distinta medida.

En el ámbito mercantil, encontramos esbozada la exigencia de medidas mitigadoras en el artículo 556 N°4 a propósito del seguro, norma considerada como una carga al tiempo del siniestro que se traduce en providencias, que debe adoptar el asegurado, para salvar o recuperar las cosas aseguradas o para conservar sus restos, las denominadas faenas de salvataje. Por esta razón, el deber de mitigar el daño en el seguro está comúnmente impuesto en la mayoría de las pólizas usadas en Chile y registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros (Domínguez A.: 2005, p.83).

Por otro lado, el sustento de esta norma podría encontrar oposición en el principio de *a lo imposible nadie está obligado*, pero sinceramente se trata de providencias mínimas, razonables y necesarias, como en el caso del camión que teniendo seguro y producto de un riesgo cubierto que hace volcar su carga de tomates, el transportista recoge la mercancía en buen estado y salva la que se encuentra en peligro de caer.

Ahora, en el ámbito marítimo, varias disposiciones hacen referencia al criterio de lo razonable, idea pilar de esta rama del derecho, que encuentra consagración en nuestro código gracias a la adopción de distintas convenciones internacionales, como por ejemplo las Reglas de Hamburgo de 1978, en materia de transporte marítimo y el proyecto de Convención Internacional sobre asistencia de Montreal de 1981, en materia de salvamento, entre otras.

A propósito del seguro marítimo (artículo 1180 N° 2), vemos que se reconoce expresamente la mitigación de daños, como obligación del asegurador de indemnizar los gastos en que incurra el asegurado, tanto en el sentido de evitar como de disminuir el daño.

Por último, en lo que refiere a la responsabilidad del transportador (artículo 984), siendo ésta con culpa presumida, puede exonerarse probando que “él, sus dependientes o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”, de este modo, la prueba de la razonabilidad de las medidas implica una diligencia cierta empleada por el transportador, muy vinculada a la doctrina

romanista, que busca evitar daños de carácter previsible dentro de las condiciones del contrato (García:1993, p.271), medidas que serán ponderadas, por regla general, por el árbitro, o en defecto por los tribunales ordinarios.

2.4. Regulación especial.

La noción de mitigación de perjuicios, tiene escasa acogida en leyes especiales, al respecto señalamos el Decreto Ley N°2222 de 1978, que en su artículo 145 alude a la mitigación en las expresiones “prevenir o minimizar los daños por contaminación”. Norma inspirada en el criterio de lo razonable, propio del derecho marítimo, que en este caso atañe a los gastos en que incurre la autoridad respecto de la contaminación marina, quien ejecuta medidas mitigadoras frente a un daño que sufre o podría sufrir toda la población, sin perjuicio, de considerar que quien está llamado a mitigar es quien ha sufrido el daño, en otras palabras, no debemos perder de vista que el objeto es disminuir el propio daño. En efecto, la Ley de Navegación nos presenta esta peculiaridad debido a que la autoridad marítima ejecuta sus atribuciones con la finalidad de proteger la vida humana en el mar, los recursos naturales y el medio ambiente.

En suma, la adopción de la mitigación de daños en nuestro ordenamiento jurídico es escasa, sólo tiene cabida en regulaciones especiales, sin perjuicio de ello, veremos que es posible construir un fundamento que de legitimidad a la mitigación al momento de elaborar una defensa en juicio, ya que, sin lugar a dudas debe ser considerada en la determinación del monto de los daños.

3. Fundamento de la mitigación de daños en Chile.

Partiendo de la base que en Chile no existe disposición expresa que imponga la carga de mitigar los daños al acreedor, sólo hay ciertos atisbos en materias específicas. Sin perjuicio de ello, en el derecho civil chileno puede afirmarse esta carga de mitigar las pérdidas, sin necesidad de norma expresa (Bahamondes, de la Maza, Pizarro, Vidal, p.86), por 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 (Vidal: 2008, p.451), así fundamenta la mitigación la mayoría de la doctrina nacional.

Desde ya dejamos claro que no se trata de un problema sobre culpa concurrente de la víctima, ya que, “la culpa de la víctima tiene influencia causal, lógicamente, en la medida en que se haya intervenido como hecho que concurre a causar el daño, es decir, antes que éste se produzca, pues ésa es la regla que resulta de nuestro art. 2.330; pero la obligación de mitigar el daño nace una vez que éste ya se produjo, de tal forma que la culpa de la víctima no interviene aquí en su causación inicial, sino una vez producido el daño” (Domínguez A.:2005, p.85). En efecto, una vez producido el perjuicio acontece la mitigación (Veloso: 2011, p.511), en el orden lógico de incumplimiento – daño – mitigación – indemnización, por esta razón “confundir el deber de evitar o mitigar el daño con un problema de concurrencia causal y por lo tanto con un tema propio del *an respondeatur* antes que el *quantum*, unido al hecho de manejar una concepción puramente material de la causalidad, propia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, puede llevar a la aplicación del “todo o nada”. De esta forma, se puede estimar, por un lado, que la falta de diligencia del actor fue determinante en la producción del perjuicio o por el contrario, que el incumplimiento a dicho deber no fue en absoluto la causa de los daños sufridos; y, consecuentemente o se rechaza toda indemnización o se accede a ella por el total” (Fuentes: 2008, p.542).

Por tanto, dejando de lado la influencia causal de la culpa de la víctima en la determinación del daño (Veloso: 2011, p.511), el asunto de mayor complejidad en cuanto a la mitigación de perjuicios es su fundamento, tanto así que, a nuestro juicio, ha detenido el avance de la materia en su aplicación práctica. Por esta razón, vemos la necesidad de elaborar un fundamento técnico – jurídico que haga posible elaborar una defensa viable frente al remedio indemnizatorio. Entonces, revisaremos tres fundamentos que dan sustento a la mitigación; partiendo por la buena fe objetiva que explica la existencia de este deber, luego si el daño vence la barrera de la previsibilidad, nos avocaremos a la causalidad como explicación técnica – jurídica.

3.1. En base a la buena fe.

El fundamento principal que se ha dado a la mitigación de daños sin lugar a dudas ha sido la buena fe objetiva, de conformidad al artículo 1546 del Código Civil. Precizando, que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que las exigencias de la buena fe se extienden a todo el *iter* contractual. En esta línea, la bona fides se erige como un deber de conducta que informa el comportamiento a desplegar por los sujetos de la relación jurídica (Oyaneder: 2004, p.291).

De este modo, existiría una visión moral sobre la mitigación de daños que se sustentaría en la buena fe, ya que, sería inaceptable que el acreedor que omita actos que permitan reducir su daño o agraviarlo, pretendiera, luego, indemnización por la totalidad del perjuicio sufrido (Domínguez A.: 2005, p.89-90), por esta razón, el deber de mitigación permite afrontar el fenómeno del incumplimiento de una manera más justa y equilibrada, considerando el interés del acreedor pero también, y en su justa medida, el interés del deudor (Gandarillas: 2009, p.442).

Este argumento moral es particular en el estudio que ha realizado el profesor Domínguez Águila sobre la materia, en tanto, justifica la mitigación de daños en base a razones económicas, lógicas y morales. En efecto, existe una razón moral en la mitigación, porque todos tenemos también la obligación de cautelar por nuestros propios intereses, sean ellos patrimoniales o extramatrimoniales (entendemos que se refiere a extrapatrimoniales), es decir, tenemos un deber de cuidado propio para actuar en sociedad (2005, p.85). Esta manera de pensar abre la puerta a otros posibles fundamentos de la mitigación – sobre los cuales no nos referiremos – como son la doctrina de los actos propios (Domínguez A.: 2005 p. 89) (Gandarillas: 2009, p. 447) y la doctrina del abuso del derecho (Domínguez A.: 2005, p.91) (Gandarillas: 2009, p.447).

El contenido que podemos atribuir a la buena fe objetiva en relación a la mitigación de daños, se grafica en que el acreedor, no obstante haber sido objeto de un incumplimiento por su contraparte, sigue estando obligado a comportarse de buena fe y, por lo mismo a observar un conducta diligente que minimice el daño sufrido (Domínguez A.: 2005, p.90). En esta línea es necesario precisar las dos funciones que tendría la buena fe: la de servir de límite al ejercicio de las facultades y derechos de los contratantes; y, al mismo tiempo, de

fuerza de deberes de conducta, en este caso, para el acreedor afectado por el incumplimiento (Vidal: 2008, p.437), “no se trata, entonces, de deberes de conducta que vayan más allá de los expresamente tipificados por las partes o por la ley, sino, todo lo contrario, de obligaciones implícitas en ellos que informan la manera en que, de un lado, deben cumplirse dichas obligaciones, y, de otro se traducen en comportamientos a ejecutar (debidos)” (Oyaneder: 2004, p. 291).

Finalmente, este fundamento a pesar de ser criticado, considerando que “parece excesivo recurrir a la buena fe, más aún si la premisa de comportamiento leal no parece alcanzar una actividad de “santos”, sino de hombres comunes y ordinarios” (De la Maza y Pizarro: 2010, p.258), logra concretarse como un *deber* de mitigar el daño complementado y explicado a través de los fundamentos de previsibilidad y de causalidad.

3.2. En base a la previsibilidad y en base a la causalidad.

El primer límite para la discriminación de los perjuicios es el de la previsibilidad (Fuentes: 2008, p.531), pasando esta barrera, el daño es indemnizable cumpliendo los demás requisitos del remedio indemnizatorio. De esta forma la mitigación se ayuda de la previsibilidad, porque “el examen de la causalidad introducirá una previsibilidad que tiene en cuenta el daño concreto que se ha producido. Si el daño que efectivamente sufrió el acreedor es de tal naturaleza que no puede ser considerado como una consecuencia previsible, en la valoración estándar de un hombre medio razonable, de la conducta del deudor, faltará nexo de causalidad” (Corral: 2008, p.132).

En efecto, como se expresa en la sentencia de 27 de octubre de 2010⁴ pronunciada por la Corte Suprema, se señala que uno de los rubros que pretende ser indemnizado, respecto de la compra de materias primas e insumos en la fabricación de cinturones en un contrato de licencia de marca, “no son una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la demandada ni tampoco se previeron o pudieron preverse al momento del contrato” (Considerando undécimo). En este caso los daños son considerados indirectos

⁴ Sentencia de la Corte Suprema (2010): Caso Comercial Tempo Cuer S.A. vs. Assa Chile S.A., Cita: MJCH_MJJ25491 / ROL: 2278-09, MJJ25491.

e imprevisibles, por tanto, podemos pensar que el acreedor realizó conductas imprevistas en el contrato e indirectas del incumplimiento del deudor, que finalmente acrecentaron su daño, las cuales debió mitigar; deteniendo la producción de cinturones y evitando la compra de materias primas adicionales.

De ahí que, como explicación técnico – jurídica se ha dado el fundamento de la relación de causalidad, de acuerdo al artículo 1558 del Código Civil, en conexión con la buena fe. Por esta razón, se ha visto a la mitigación de daños como un asunto de concurrencia de culpas, luego como un asunto que se inscribe en la relación de causalidad como falta de nexo causal, y finalmente, como un asunto de ausencia de daño directo.

Esta realidad se ve representada en las palabras del profesor Domínguez Águila, cuando dice que la doctrina, al tratar de la culpa de la víctima lo hace comúnmente en su papel de causa exclusiva o concausa del daño, es decir, interviniendo antes o al momento de la producción del daño. Pero aquí se trata de examinar el papel de ella una vez producido el daño y como causa de su agravación o producción total (2005, pp.90-91).

Este fundamento no nos convence del todo, más nos seduce la explicación de Rodrigo Fuentes Guíñez, quién hace hincapié en el daño directo que malamente ha sido identificado con el nexo causal, manifestando que el elemento causal para limitar el remedio indemnizatorio se encuentra poco estudiado y derechamente anulado en su contenido jurídico, aludido como cuestión de hecho, dando paso para su explicación a la adopción de teorías de la causalidad que no encuadran del todo con nuestro sistema.

Ahora, si reflexionamos acerca del contenido jurídico que tiene la relación de causalidad, debemos antes entender las funciones atribuidas a ella, particularmente la segunda, que actúa una vez afirmada la existencia de responsabilidad y determinados los sujetos que habrán de asumir la obligación de indemnizar, entra en juego *la segunda función de la causalidad* destinada a fijar *el quantum respondeatur*, esto es, determinar desde el punto de vista jurídico hasta dónde se extiende la obligación de indemnizar o cuáles son los daños que deben, en definitiva, ser puestos a cargo del responsable del hecho ilícito o incumplimiento contractual (Fuentes: 2005, p.225).

El contenido jurídico de la relación de causalidad estaría dado por la exigencia del daño directo, en el sentido que nuestro ordenamiento posee criterios legales o normativos

que seleccionan qué daños deben ser indemnizados y cuáles no. En efecto, si vemos el artículo 1558 inciso 1° del Código Civil, debemos atender a “todos los perjuicios que fueron una consecuencia *inmediata o directa*”, entendiendo que debe indemnizarse todo el daño causado por el incumplimiento, sin importar que sea remoto o alejado, siempre que sea un daño necesario, esto es, no evitable por el acreedor utilizando la mediana diligencia (Fuentes: 2005, p.243), es aquí donde tiene cabida la mitigación de daños y todo lo que hemos dicho al respecto.

En fin, siempre deberá concederse alguna indemnización – sujeto, claro está, al cumplimiento de los demás requisitos de la acción indemnizatoria –; pero no necesariamente por la totalidad del daño efectivamente causado. Y corresponderá al tribunal en cada caso la tarea de determinar el concepto por el cual se da la indemnización (daño causado, pérdida de expectativas o costos que habrían implicado las gestiones para evitar el daño), y su monto (Fuentes: 2008, pp.543-544).

CAPÍTULO III: CONEXIÓN ENTRE INCUMPLIMIENTO, MITIGACIÓN DE DAÑOS Y REMEDIO INDEMNIZATORIO.

Ideas preliminares.

Sin lugar a dudas, el problema visible de la mitigación de perjuicios es el de su fundamento normativo, pero una vez revisado ese punto en el capítulo anterior nos dedicaremos en el presente capítulo a reconstruir el escenario en el que actúa la mitigación del daño, estimando desde ya que su intervención viene dada en forma posterior al incumplimiento, una vez producido el daño y como causa de su agravación o producción total (Domínguez A.: 2005, p.91), es decir, tiene un carácter *ex post*, donde el acreedor no tuvo participación en el hecho detonador, sino en él o los hechos consecuenciales que producen el daño, de ahí que es incorrecto calificar al deber de mitigar como un problema de concurrencia causal (Fuentes: 2008, p.539).

Por ello, veremos la secuencia que va desde el incumplimiento contractual hasta la indemnización de los perjuicios generados por dicha inexecución (Urrejola: 2011, p. 30) y

el rol que juega la mitigación de daños como criterio moderador de las consecuencias dañosas.

Pensando que la mitigación de daños tiene cabida en nuestro derecho y fortaleciendo dicha aceptación, veremos ahora qué puede alegar el deudor en un juicio indemnizatorio, señalando el incumplimiento como punto de partida y las diferentes actitudes que puede tomar tanto el acreedor – demandante, como el deudor – demandado, siempre relacionadas y condicionadas a la actitud de uno u otro.

Por lo que sigue, es del caso hacer referencia a qué entenderemos por daño evitable como piedra angular en materia de mitigación, observando al *daño evitable* como aquél que teniendo causa en el incumplimiento, resulta indirecto o no necesario en su consumación, ya que, ante ciertas medidas ejecutadas por quien sufre el daño puede ser minimizado o derechamente evitado. En los hechos el acreedor “no puede mantenerse en estado de pasividad, permitiendo que los daños, aun cuando previsibles, aumenten” (Vidal: 2008, p.456), debe evitarlos o en su defecto mitigarlos, porque como consecuencia de su pasividad el total del daño deriva en indirecto o no necesario (Fuentes: 2008, p. 530), prescindiendo del incumplimiento como causa original.

Considerando que el daño evitable puede ser previsible al momento de celebración del contrato en condiciones de equidad (Domínguez A.: 2005, p.90) y de una ejecución de buena fe por parte de ambos contratantes durante todo el *iter* contractual (De la Maza: 2011, p. 259) sobre todo post contractual, es posible llegar a mitigar el daño que resulta del incumplimiento, con el claro objetivo de satisfacer de mejor manera los propios intereses y salvar los riesgos involucrados en el contrato, ya que, es éste el que justifica la puesta en riesgo de los bienes dañados y ofrece el criterio para determinar la distribución de esos riesgos (Morales: 2011, p. 277).

Por lo anterior, veremos las distintas actitudes de los contratantes en una suerte de espiral de intercambio continuo de roles (Prado: 2011, p.312), partiendo de la conducta del deudor incumplidor como propulsora del proceso mitigador para continuar con la actitud del acreedor, todo con miras a una etapa judicial, en busca de un sistema equilibrado que aborde el fenómeno del incumplimiento de una manera integral y justa, el cual requiere no

sólo considerar el interés del acreedor, sino también el interés del deudor (Gandarillas: 2009, p.431).

A modo de esquema trabajaremos con las siguientes ideas:

a) Respecto del daño evitable, las posibles actitudes del acreedor son: primero, y lo deseable, es que el acreedor tome precauciones o realice ciertas actividades que tengan como finalidad mitigar o evitar el perjuicio que sufre por el incumplimiento de su contraparte, reduciendo el riesgo a un nivel aceptable (Cane: 2011, p.69), para ello incurrirá en gastos los cuales deberán ser razonables atendidas sus circunstancias (San Martín: 2011, p. 55) y posibilidades de actuación. Estos gastos en juicio serán considerados como “daños incidentales” (Vidal: 2008, p.452), los que de acuerdo a la ponderación del tribunal serán resarcidos por el deudor. Luego veremos que estos gastos a pesar de ser razonables, no necesariamente son fructíferos en la labor mitigadora, ya que, no están sujetos a la exigencia de un resultado útil (Fuentes: 2005, p. 228).

Ahora, si el acreedor dentro de su análisis post incumplimiento decide omitir actos mitigadores o “adopta medidas que no son consideradas razonables” (Vidal: 2008, p.447) para suavizar el daño que está sufriendo, verá acrecentada su pérdida hasta el momento en que decida demandar y consecuentemente reciba compensación de ese daño, no obstante, aplicando una mira mitigadora o la falta de ésta al comportamiento del acreedor luego del incumplimiento, el juez puede estimar que debió haber mitigado, de acuerdo a las circunstancias del caso y, reducir el monto de los daños pretendidos. Puesto que el destinatario final del peso de la mitigación de daños es el operador jurídico (Vidal: 2008, p. 448), cautelando “el riesgo de desplazamientos patrimoniales impropios de la parte agraviada con el incumplimiento del contrato, producto de recibir por la vía de indemnización de perjuicios una suma mayor a aquella necesaria para compensar estrictamente los daños sufridos” (Gandarillas: 2009, p.443).

b) Respecto de la conducta del acreedor, las posibles actitudes del deudor son: por un lado ante la mitigación del acreedor, si éste ha incurrido en costos, el demandado alegará que los gastos eran imprevisibles al tiempo del contrato o, en su defecto, que éstos fueron excesivos (Vidal: 2008, p.452) y sobrepasan una conducta valorada socialmente como razonable (San Martín: 2011, p.58).

Ante la no mitigación del acreedor, el deudor tomará una posición defensiva solicitando al tribunal directamente la exclusión del resarcimiento de los daños que pudieron haberse evitado (Fuentes: 2005, p.228) o una reducción (Vidal: 2008, p.451) del quantum del remedio indemnizatorio, según corresponda, aduciendo que el acreedor pudo y debió haber actuado de buena fe a fin de mitigar el daño que alega en autos, “con esta afirmación se sitúa a la buena fe como un imperativo a observar que no sólo alcanza al deudor, sino también al acreedor” (Oyaneder: 2004, p.288).

Finalmente, las actitudes que tomen acreedor y deudor dependen del caso concreto y, por sobre todo serán estimadas en juicio resultando acogidas o rechazadas bajo el examen de la mitigación de daños como elemento adicional en el juego.

1. Acreedor versus deudor.

Lo normal es que los contratos se cumplan como manifestación de la autonomía privada (Soto: 2004, p.1154) en su esplendor, es decir, “al fin de cuentas se trata de una relación de derecho privado en que las normas legales son naturalmente dispositivas” (Barros: 2008, p.325), pero nada resulta infranqueable en un mundo imperfecto, en este sentido el incumplimiento viene a ser el punto divisor de la unión de voluntades, no es raro entender entonces que desde ese punto se tomen trincheras para salvaguardar los intereses defraudados contractualmente.

En efecto, analizaremos las posiciones del acreedor – demandante y del deudor – demandado, para luego estimar si es posible y recomendable efectuar esfuerzos mitigadores ante los serios perjuicios que conlleva el incumplimiento.

1.1 Actitudes del acreedor.

El contrato es la base a partir de la cual las partes satisfacen sus intereses (Prado: 2011, p.314) y a través de todo el *iter* contractual esta satisfacción va tomando cuerpo, proceso que se extiende aún cuando la vigencia misma del contrato haya finalizado, especialmente ante la falta de observancia por su contraparte. Son los intereses del acreedor los que se ven afectados producto del incumplimiento (Pizarro: 2008, p.256), a los cuales se

agregan los daños derivativos, patrimoniales o no patrimoniales (Barros: 2006, p.230), que éste puede generar, legítimos en cuanto a su relación causal y demás requisitos del remedio indemnizatorio, pero no todos estos daños son consecuencia necesaria del incumplimiento y más aún no todos los daños son corolario total de la actitud incumplidora del deudor.

Si nos preguntamos; por qué ciertos daños que el acreedor alega en juicio como fundamento del remedio indemnizatorio son considerados evitables (Fuentes: 2008, p.256), estaríamos prestos a dudar de los perjuicios verdaderamente asumidos por el acreedor, incluso de su buena fe al momento de sufrirlos y demandarlos (Morales: 2010, p.28). Y esta duda no deja de ser infructuosa si nos preguntamos, además, qué sucede con los intereses del deudor que incumplió y con las obligaciones del acreedor producto del contrato, estaría así el deudor obligado a indemnizar daños que fueron secuela de un actuar negligente del acreedor (hasta malicioso), bajo una vara más alta de lo que realmente corresponde a su incumplimiento. La justicia no está llamada a resolver pretensiones antojadizas basadas en el desconsuelo del perjudicado, en tanto se exige que la reparación del daño sea equivalente al perjuicio causado a la víctima bajo la finalidad de la responsabilidad de justicia correctiva (Barros:2006, p.216).

De manera que el acreedor puede tomar dos actitudes, opuestas y con consecuencias diversas, por un lado mitigar es decir, moderar, aplacar, disminuir o suavizar algo riguroso o áspero (RAE: 2001), en este caso, los perjuicios que se derivan del incumplimiento ó simplemente no mitigar.

Primero, si mitiga, como dijimos, el acreedor incurrirá en gastos que deben ser razonables y serán considerados por el juez como daños incidentales (Vidal: 2008, p.452), causados con ocasión del “coste de las medidas mitigadoras razonablemente adoptadas” (Fuentes: 2005, p.228), sobre los cuales tendrá derecho a que se le reembolsen (López S.M.: 2007: p.332), bajo la lógica de que estos gastos son menores al quantum de los daños evitados. Desde este punto podemos abarcar de manera más justa y equilibrada el incumplimiento (Fuentes: 2008, p.442) a la vez que el remedio indemnizatorio, sin exigir una acción de buena voluntad del acreedor sino sólo que cumpla con los deberes que conlleva el contrato, entre ellos la buena fe, “si tenemos en cuenta esta situación, nos queda cabalmente establecido el comportamiento que esperamos del perjudicado, es decir, deberá

realizar un “esfuerzo razonable”, llevado a cabo con la diligencia ordinaria o, lo que es lo mismo, del buen padre de familia” (San Martín: 2011, p.49). Por ejemplo, ante la imposibilidad de cumplir a tiempo con la obligación de entregar los insumos electrónicos de acuerdo a un contrato de compraventa, el deudor comunica al acreedor la situación y éste decide realizar una compra de reemplazo considerando una calidad y precio similar de los nuevos productos, con lo cual logra el acreedor cumplir, a su vez, las obligaciones con sus acreedores, disminuyendo el descalabro que le significaría el incumplimiento sumado a una actitud pasiva sobre él.

Los gastos en que incurre el acreedor al mitigar “implican un aumento del daño sufrido y, por ende, han de ser soportados por quien causó inicialmente el perjuicio” (Domínguez: 2005, p.95), ésta es la posición esperable del acreedor, que da respuestas eficientes a los efectos del incumplimiento, no obstante la idea última que subyace en la mitigación viene dada por un principio ético de autocuidado, bajo la reflexión de que las personas que no cuidan de sí mismas no pueden esperar que otros asuman el costo de su falta de cuidado (Cane: 2011, p. 254), por este principio “se espera que los demandantes cuiden razonablemente de sí mismo, aún cuando ello requiera de medidas positivas” (Cane: 2011, p. 254), verbigracia; medidas conservativas, de reparación, de sustitución, entre otras (Fuentes: 2008, p.238).

Este es el efecto positivo de la mitigación o dirección positiva, en palabras de Álvaro Vidal, que permite añadir a la indemnización los gastos incurridos con ocasión de la adopción de las medidas mitigadoras, los que en todo caso, al igual que las medidas, deberán ser razonables; de lo contrario quedarán sujetos a rebaja (2008, p.452).

Segundo, el acreedor puede no mitigar, producto de una decisión u omisión frente a las consecuencias que trae el incumplimiento, ante cuya actitud el deudor podrá defenderse acusando un actuar negligente o falta de “cuidado razonable” (Cane: 2011, p.77) del acreedor ante su propio daño, dada esta circunstancia, el acreedor “carecería del derecho a que se le indemnizen los perjuicios que pudo haber evitado” (López S.M.: 2007, p.332), los que obviamente derivan en el monto total de la indemnización que deberá pagar el deudor.

Respecto de este actuar negligente, en el derecho anglosajón se habla de *negligencia contributiva* la cual consiste en no cuidar de los intereses propios, haciendo parangón con la

negligencia que genera responsabilidad, la que se refiere a no adoptar el cuidado razonable de los intereses de otro (Cane: 2011, p.96), sin perjuicio, como fundamento de la mitigación de daños, la buena fe proyecta en ella la peculiaridad de favorecer a ambos contratantes, sin duda más al acreedor velando por sus perjuicios, pero también al deudor por medio de una “relación de confianza que puede *jurídicamente* esperarse en una relación contractual, como la diligencia debida en el cumplimiento de nuestro deber contractual y a las cargas que soporta el acreedor aun en caso de incumplimiento por su deudor” (Barros: 2011, p.33), se trataría de un efecto expansivo de la mitigación que favorece al deudor.

Pesemos, por ejemplo, en el caso de un conductor de victoria que encarga a un herrero cambiar las herraduras de su caballo, luego de terminado el trabajo y al tiempo de los primeros paseos que realiza, se da cuenta que las herraduras de las patas traseras del caballo son de distinta medida a las que había encargado y, por ende, dificultan la movilidad del animal provocándole daño en sus extremidades, pero el dueño del caballo hace caso omiso de esta eventualidad y decide aprovechar el fin de semana largo para realizar la mayor cantidad de paseos posible, pero en uno de esos viajes el caballo resbala y cae, lesionando gravemente una de sus patas traseras, dañando una parte de la victoria y sus implementos, afortunadamente los pasajeros alcanzan a bajar, resultando ilesos. El conductor de la victoria demanda indemnización al herrero por incumplir el contrato y poner herraduras que no correspondían a las medidas de su caballo, además exige los daños que se ocasionaron producto del accidente que el caballo sufrió por sus herraduras. Claramente podemos percibir que el daño derivado del incumplimiento del herrero en el cambio de herraduras se comenzó a producir al momento siguiente en que fue devuelto el caballo a su dueño, éste se percata de la situación y aún así decide continuar sin solucionar el asunto. En consecuencia, si no se adopta un cuidado razonable de los efectos del incumplimiento, “el que puede consistir tanto en hacer algo irrazonable como en omitir la realización de algo razonable, esto es, una acción u omisión” (Cane: 1997, p.72), las consecuencias pueden ser mayores e incalculables, como en el caso descrito, donde tomar medidas que no implican un esfuerzo excesivo o una desventaja para el acreedor se torna inexcusable.

Por otro lado, se discute si sólo actuaría un efecto reduccionista del remedio indemnizatorio o si incluso podría abarcar la totalidad, exonerando al deudor de su cumplimiento al resolver que los daños pudieron ser evitados. Cuestión que abarcaremos más adelante.

Finalmente, estas actitudes por parte del acreedor siguen la secuencia desde el incumplimiento impulsando ahora al deudor a tomar posición y defenderse.

1.2 Actitudes del deudor frente al comportamiento del acreedor.

Las actitudes del deudor responden a las del acreedor con miras a determinar de forma precisa, en lo posible, el monto del remedio indemnizatorio, las cuales serán alegadas en juicio y contribuirán a las consideraciones del juez (Veloso: 2011, p.511) para resolver de manera justa el caso concreto.

Frente a la mitigación que realice el acreedor, el deudor puede manifestar que las medidas adoptadas no fueron razonables (Vidal: 2008, p.447), ya sea que éstas fueron insuficientes o, en caso contrario, resultaron excesivas considerando la magnitud del daño y el costo de ejecución de dichas medidas. Por otro lado, en el evento que las acciones del acreedor tengan como objetivo aminorar los perjuicios, y así queden establecidas en el proceso, éstas constituyen un gasto extra en el patrimonio del demandante y sin titubear el acreedor exigirá compensación de esos valores, en consecuencia, ante esta pretensión el deudor podrá alegar que los gastos incurridos superan lo razonable (Vidal: 2008, p.446) (Fuentes: 2008, p.257) y significan no sólo una mitigación del daño, sino una mejora que beneficia la posición del acreedor (Gandarillas: 2009, p.446).

Por otro lado, frente a la no mitigación del acreedor del daño en potencia originado en el incumplimiento, el cual se ha incrementado por el paso del tiempo, o por la falta de acciones ágiles y prácticas que salvaguarden sus propios intereses, el deudor puede en su defensa pedir reducción del quantum indemnizatorio, exponiendo al tribunal los fundamentos tratados en este trabajo, bajo los cuales la mitigación actúa como criterio delimitador del daño (Fuentes: 2005, p.224), a fin de dejar inválido el resarcimiento de los perjuicios que pudieron ser evitados y no lo fueron. Se trata de buscar sentido a los daños

puestos en el canasto del remedio indemnizatorio, ya que, diversos tipos y montos se engloban en una misma petición, es ahí donde la mitigación de daños actúa, quizás dando un poco más trabajo al juez al comprometerlo con una delimitación justa y real de los daños efectivamente sufridos por el acreedor.

Si el acreedor considera las circunstancias en que se encuentra por la falta de cumplimiento del contrato, el cual realizó para satisfacer sus necesidades (Solarte: 2004, p.291) arriesgando bienes u otros compromisos (Morales: 2010, p.20) y realiza un esfuerzo ponderando los factores con que cuenta, calculando y estimando las secuelas que le traerá el incumplimiento, todo esto bajo presión y en marcha, finalmente adoptará una actitud razonable o de un buen padre de familia (Fuentes: 2005, p.227) para salvaguardar sus intereses, pero si nada de esto desarrolla y deja su destino sujeto a los resultados de un juicio indemnizatorio, el deudor puede hacer notar estas circunstancias al juez, demostrando que el total del daño no es completamente imputable a su incumplimiento.

De ahí que, cobra importancia la posibilidad de exigir reducción del remedio indemnizatorio respecto de los daños que pudieron haber sido soslayados, desde un punto de vista lógico, moral y económico (Domínguez A., 2005: p.85), pero principalmente desde una mirada práctica, ya que, no es vano repetir que se minimiza el propio daño.

En la mirada mitigadora que exija el juez al momento de ponderar los daños acreditados, debe considerar si es factible llevar a cabo medidas mitigadoras, además de si dichas medidas, y no otras, son efectivas para minimizar el daño, en otras palabras, “debe tomarse en cuenta, entonces, las condiciones económicas de la víctima, al decidir sobre la aplicación o no del deber de minimizar el perjuicio” (De la Maza y Pizarro: 2010, p.260) (Fuentes: 2008, p.255). En efecto, “la cuestión de si se tomaron las precauciones razonables en un caso concreto debe ser juzgada a la luz de todas las circunstancias de dicho caso” (Cane: 2011, p.73), por esta razón, la pasividad del acreedor se puede explicar porque no tenía las condiciones económicas para minimizar el daño, por tanto difícilmente se le puede reprochar su comportamiento (De la Maza y Pizarro: 2010, p.260), respecto a la omisión de medidas mitigadoras o la insuficiencia de éstas. De ahí que, el deudor debe probar que si existían las condiciones para mitigar y que el acreedor contaba con los factores necesarios para minimizar, “tomando medidas (razonables)” (Morales: 2011, p.293).

Finalmente, las actitudes del acreedor y del deudor post incumplimiento exigen una cierta *lealtad contractual* a fin de que “las partes se abstengan de ciertas conductas estratégicas y tutelen no solamente sus intereses sino que, en cierto grado, los intereses de la otra” (De la Maza: 2010, p.80), con esta exigencia queremos dar cuenta no sólo de un contenido ético en la mitigación, sino de un fin práctico que motive una “gestión razonable de los efectos del incumplimiento” (Vidal: 2005, p.55).

2. Prueba de la mitigación de daños.

El acreedor al incoar la demanda señalará los daños que según su pretensión le fueron causados por el incumplimiento, luego el deudor en su contestación y dentro de su defensa alegará que esos daños o parte de ellos pudieron haber sido evitados por el acreedor, es decir, incluso haber tomado medidas que eviten “que el daño llegue a producirse” (Morales: 2010, p.180).

Acto seguido, en la continuación del juicio y durante el término probatorio, el onus probandi respecto del remedio indemnizatorio recae sobre el acreedor que sufrió los perjuicios producto del incumplimiento, de conformidad al artículo 1698 del Código Civil. Si el acreedor logra probar estos daños y demás requisitos de la indemnización durante el término probatorio, deberá además probar que actuó con la debida diligencia o cuidado en relación a los daños que padeció producto del incumplimiento, en otras palabras, no es el deudor quien debe probar que el acreedor actuó negligentemente en base al artículo 1547 inciso tercero del Código Civil que señala; “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”, porque si el tribunal fija como punto de prueba la efectividad de que el demandante actuó diligentemente en lo que refiere a los efectos del incumplimiento, esta carga probatoria recae en el acreedor.

En efecto, el deudor alegó que el daño imputado es indirecto, lejano o no necesario (Corral: 2008, p.124) en sus consecuencias producto de la negligencia del acreedor, además “bajo el concepto de negligencia se encuentra la suposición de que un cierto nivel de riesgo es evitable” (Cane: 2011, p.69), es ese nivel el que permite reclamar un actuar expedito e impedir un abandono del acreedor a las meras expectativas de un juicio indemnizatorio.

Esta falta de diligencia, bajo el patrón o grado de un buen padre de familia (Fuentes: 2008, p.238), opera en la proyección de los daños a lo largo del tiempo que media entre el incumplimiento y el resarcimiento de éstos, por su parte el demandado deberá demostrar que las circunstancias del caso y los factores con que contaba el acreedor al momento del incumplimiento le permitían disminuir el daño. En efecto, el deudor puede utilizar todos los medios de prueba que franquea la ley para señalar además qué conductas pudo realizar el acreedor, o sea, debe enfocar su defensa en señalar las circunstancias del caso y las posibles conductas mitigadoras (Morales: 2008, p.185).

Más aún, el deudor puede realizar observaciones a la prueba en lo que refiere al monto exigido por el demandante y los daños probados, examinando el cálculo del total de los perjuicios y su conexión con el incumplimiento que alega el acreedor, ya que, “no todo incumplimiento hará incurrir al deudor en responsabilidad por los daños causados, sino únicamente aquel que le sea imputable” (Corral: 2008, p.132).

Por tanto, en las tres oportunidades procesales arriba mencionadas el deudor puede defenderse de una indemnización sobreestimada y mal entendida como justicia retributiva, buscando el real alcance de los daños que ocasionó.

Todo lo anterior se inscribe en la lógica de cuestionarnos si al deudor, en las obligaciones de medios, se le reprocha haber actuado negligentemente y en consecuencia haber ocasionado el incumplimiento (Pizarro: 2008, pp.260-261), de la misma manera se puede reprochar la falta de diligencia del acreedor respecto de las secuelas de dicho incumplimiento y su actitud negligente en el alcance o incremento de los perjuicios, ya que, sólo bajo esta línea se logra el equilibrio contractual, calificando a la mitigación como una obligación de medios (Vidal: 2008, p.442).

En este punto, cabe mencionar la sentencia de fecha 28 de enero de 2011, donde la Corte Suprema señala en su considerando vigésimo primero que “en términos amplios, se vincula la negligencia con la falta de actividad, por lo que pudo ser evitada desplegando acciones adecuadas para cumplir los estándares de la función o materia específica. Se sanciona esta inactividad por cuanto puede condicionar el cambio del curso normal de los sucesos que permite mantener controlados los riesgos previsibles; riesgos que, si bien no crea, puede permitir que ocurran con mayores probabilidades, aumentando la magnitud o

intensidad de los mismos, lo que puede desencadenar un resultado dañino, en circunstancias que cumpliendo diligentemente el cometido, minimiza o impide que el riesgo se produzca, de manera tal que no se produce el perjuicio”⁵. Este razonamiento calza perfectamente con un análisis de la conducta del acreedor hacia los efectos del incumplimiento, ya que, no olvidemos que aún se encuentra vinculado a su deudor.

Por esta razón, al acreedor también le es exigible actuar diligentemente (Fuentes: 2008, p.237) (Domínguez: 2005, p.92) y este argumento viene a moderar el principio de reparación integral del daño asentado en nuestra tradición jurídica, en otras palabras, “no todo daño que sufre el acreedor con ocasión de un incumplimiento contractual comprometerá la responsabilidad del deudor. Es necesario efectuar una delimitación” (Corral: 2008, p.119), dando terreno a la mitigación de daños.

Para finalizar, dejamos planteado otro cuestionamiento, que influye en la prueba de la mitigación y su ponderación, relativo a por qué se omite la exigencia de debido cuidado en las actitudes del acreedor respecto de los efectos del incumplimiento y se considera como un derecho adquirido el resarcimiento de los daños si es una mera expectativa condicionada a un juicio y su resultado, en tanto que el juez debe tener en cuenta la diligencia, incluso la buena fe, de ambos contratantes durante todo el *iter* contractual.

2.1. La mitigación de daños como obligación de medios.

Cuando analizamos la naturaleza jurídica de la mitigación señalamos que el deudor no puede reclamar un comportamiento mitigador eficiente al acreedor, bajo esta idea apreciamos a la mitigación como una obligación de medios para efectos de su prueba.

En tanto que, “al deudor se le exige una conducta diligente para que logre la satisfacción de la prestación” (Pizarro: 2008, p.257), de la misma forma se exige al acreedor que minimice diligentemente sus perjuicios producto del incumplimiento “atendiendo al modelo del buen padre de familia” (Fuentes: 2008, p.237) (Aguad y Pizarro: 2010, p.205). En efecto, la negligencia se refiere a un estándar de conducta (Cane: 2011,

⁵ Sentencia de la Corte Suprema (2011): Caso Vidal vs. Wageman, disponible en <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-333052870>. Fecha última consulta: 30 de octubre de 2012.

p.67) pudiendo el acreedor acreditar que “cumplió con la obligación contractual probando que empleó toda la diligencia o procuró todo el cuidado” (Urrejola: 2011, p.37) en la consecución del daño, ya que, es el acreedor quien se encuentra más próximo a minimizar las consecuencias del perjuicio ocasionado por el incumplimiento.

No obstante, enfatizamos en que no se espera un resultado útil en la mitigación, sino sólo “la adopción de medidas tendentes a ese objeto” (Vidal: 2008, p.442) las cuales dependerán de las “circunstancias del daño producido” (Domínguez: 2005, p.92), por ende, dada la efectividad de tales circunstancias en el juicio, además de las condiciones del acreedor para actuar, la mitigación o falta de ésta se da por sentada.

Finalmente, si al derecho interesa que “las partes se comporten diligentemente mientras negocian y, con ciertos matices relevantes, se acepta que, en caso contrario, deben soportar el costo de sus errores, es lo que podría denominarse el “principio de autorresponsabilidad” (De la Maza: 2010, p.79) o de autocuidado (Cane: 2011, p.254) que pesa sobre los contratantes incluso en la etapa postcontractual. Por esta razón, “el derecho no debe permitir al acreedor negligente obtener de la parte incumplidora aquellos perjuicios que podrían haber sido evitados con razonable esfuerzo o actividad del acreedor sin que deba incurrir en riesgos innecesarios, gastos excesivos, degradación o humillación de su parte (Gandarillas: 2009, p.434).

2.2. Onus probandi.

Se ha estimado, en términos generales, que el onus probandi de la mitigación de daños corresponde al demandado, ya que, él se beneficia con la disminución del monto a indemnizar (Fuentes: 2008, p.258), pero, como hemos expresado hasta ahora, realmente el onus probandi recae sobre el acreedor, bajo la calificación de la mitigación como obligación de medios, considerando que “el reparto de la carga de la prueba se regula a tenor del principio de que la prueba del hecho debe darla aquella parte que tiene interés en afirmar su existencia en cuanto le es favorable su efecto jurídico” (Carnelutti: 1942, p.204), en este caso si el acreedor prueba que efectuó medidas tendientes a mitigar el daño,

consigue evitar la reducción de su indemnización y el reembolso de los costos en que incurrió (Fuentes: 2008, pp.256-257) para minimizar su propio daño.

De este modo, “la carga se entenderá cumplida si el acreedor prueba que adoptó tales medidas, aunque ellas no hubieren logrado su fin. Lo cual explica que los gastos en que incurra el acreedor sean objeto de indemnización” (Vidal: 2008, p.442), por su parte el deudor debe acreditar que existían las condiciones plausibles para mitigar, respecto de las circunstancias en que se desarrolla el daño, como en la capacidad (principalmente económica) del acreedor para solventarlas. Por ejemplo, en el caso de una compra de reemplazo, el deudor puede acompañar una lista de terceros que vendan u ofrezcan el mismo bien o servicio al que él se obligó, también en el caso de negligencia médica la cual ocasiona una infección progresiva en el cuerpo del paciente, el deudor puede demostrar que el tratamiento se encontraba sujeto a revisiones periódicas que otorgaban curaciones preventivas, y el paciente no acudió a ellas, o ante la observación de una anomalía en su cuerpo no procuró asistencia médica. Al contrario, si se llega a comprobar que el acreedor no poseía los recursos económicos necesarios para contratar otro servicio alternativo, por encontrarse en quiebra ó que el acreedor padecía una depresión endógena, la cual le impedía buscar ayuda psicológica para disminuir el daño moral, difícilmente en estas eventualidades se podrá exigir un comportamiento diligente.

Por lo que sigue, “cuando una persona o cosa que sirve de prueba se presenta en un proceso, la potestad del Juez de someterla a examen y de deducir de éste los elementos de su convicción no queda subordinada a ninguna iniciativa de la parte” (Carnelutti: 1942, p.204). En última instancia es el tribunal quien resolverá la correspondencia de la mitigación de daños al caso concreto, fallando discrecionalmente, “puesto que puede haber en el ordenamiento jurídico algún principio o tener el juez alguna razón de equidad que le permitan justificar su fallo y conseguir que éste resulte plausible. O convincente no sólo a ojos del propio que lo dicta, sino también de las partes y demás audiencias que permanecen atentas a la forma como los jueces resuelven casos jurídicamente relevantes de la vida social.” (Squella: 2011, p.682).

En suma, las partes tienen un rol activo en la prueba de mitigación, pero es el juez quien tiene el decisivo, “dotando de contenido a las exigencias de la buena fe” (De la Maza:

2010, p.88), expandiendo su órbita de influencia (Corral: 2006, p.189) y llevando a cabo un examen más exhaustivo de los daños pretendidos.

2.3. Manifestaciones de conductas mitigadoras y principales daños mitigables.

La doctrina ha agrupado las manifestaciones de conductas mitigadoras, principalmente, en tres grupos: medidas conservativas, medidas de reparación, medidas de sustitución (Domínguez: 2005, pp.92-95) y la aceptación de una prestación inexacta o incompleta (Fuentes: 2008, pp.238-254).

Para tener una idea de actitud mitigadora, pensemos en que si por el incumplimiento de un contrato de suministro provocado por el deudor, el acreedor se enfrenta a dejar a sus clientes sin el preciado bien suministrado, éste debe, en el momento y con los medios que cuenta, realizar una *compra de reemplazo* a fin de cumplir con sus obligaciones e impedir que su daño aumente, luego cobrará los gastos en que debió incurrir. O de otra forma, si por culpa del deudor que no cumple cabalmente con su deber de construcción, el techo de una bodega cae, resulta natural que las mercancías allí existentes se dañen; pero tal vez el acreedor, producida la caída del techo, habría podido *llevar parte de la mercadería aún no dañada, a otro lugar para ponerla a salvo*, de modo que el deudor no tenga que indemnizar por aquéllas que resultaron averiadas por la lluvia una vez que el techo cayó (Domínguez A., 2005: p. 74), y así todas las conductas que la inteligencia humana permita.

Por otra parte, el comportamiento mitigador tiene especial relevancia en ciertos rubros indemnizables, hablamos del daño moral y del lucro cesante, ya que, sobre ellos es posible limitar su alcance.

Respecto al daño moral, nos valdremos de un laudo arbitral que limita la procedencia de este perjuicio, pronunciado el 25 de febrero de 2002⁶, en el cual una subcontratista reclama indemnización de perjuicios, incluyendo lucro cesante y daño moral, en contra de una constructora que incumplió sus obligaciones, las cuales eran condiciones esenciales para la construcción de las obras de arte, motivo del contrato. En general se

⁶ Laudo arbitral de juez árbitro Luis Figueroa del Río (2002). Disponible en http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/253-02.pdf. Fecha última consulta: 28 de octubre de 2012.

acoge la pretensión deducida salvo en lo que toca al daño moral, manifestando el juez arbitral que “en cuanto al sufrimiento íntimo producto de lo ocurrido, es necesario hacer presente que ella (la demandante) en su calidad de subcontratista y conocedora de las materias de su oficio, cuando se dejó sin efecto el cronograma o Carta Gantt y no fue reemplazado, debió en ese momento haber planteado lo necesario para repactar el contrato, y al no haberlo hecho se expuso a lo que en definitivamente ocurrió. Por estas razones considero que no ha lugar al daño moral cobrado” (Considerando N° 48).

Invocar un daño extrapatrimonial en materia contractual muchas veces viene a ser la vía de escape de los daños que presentan mayor complejidad en su prueba, ya que, lo que se concede como daño moral a la víctima “no podrá nunca ser exactamente a la pérdida sufrida, porque ella ha consistido en la afectación de bienes e intereses que, por naturaleza, no son apreciables de modo pecuniario y, por ello, no pueden ser reducidos a la medida común de valoración de las cosas” (Domínguez H.: 2009, p. 668), de ahí que, entrar en el fuero interno de un sujeto para limitar su afectación a lo realmente ocasionado por otro, resulta al menos complejo. Es en este rubro donde debe tener mayor fuerza la mitigación de daños.

Cabe hacer presente que se agrupan casos de mitigación de daños, bajo la denominación de *exposición al daño*⁷, con lo cual podemos entender que existen nociones y prácticas de medidas mitigadoras en la resolución de conflictos.

Por lo que sigue, respecto al lucro cesante, “para el acreedor insatisfecho supone que tiene que tomar medidas (razonables), de diversa índole, para evitar o reducir el lucro cesante. Y para el deudor supone sustituir la indemnización del lucro cesante mitigable por la indemnización del coste de las medidas adoptadas para evitarlo o reducirlo (Morales: 2010, p.181). El lucro cesante reviste cuidado en su valoración “por el peligro de que este tipo de daño se extienda excesivamente” (Morales: 2011, p.293) a ganancias sobre las cuales no existe una posibilidad cierta de ocurrencia (López S.M.: 2007, p.231). Es en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional del mercaderías, donde se

⁷ Así se puede observar en las recopilaciones de sentencias arbitrales del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, disponibles en soporte material y también electrónico, en http://www.camsantiago.cl/sentencias_arbitrales_indice8.htm. Fecha última consulta: 16 de noviembre de 2012.

advierte este peligro, al precisar que “el deber de mitigar se extiende, incluso al lucro cesante, que esencialmente es un daño futuro” (Vidal: 2008, p.444), el cual se puede de alguna forma limitar a unas expectativas previstas en el contrato o a un “tiempo razonable” (Vidal: 2008, p. 457).

En fin, queda entregada al juez la tarea de evitar que la indemnización englobe situaciones que escapen de las consecuencias del comportamiento incumplidor del deudor, como causa.

3. Efectos de la mitigación de daños.

Como punto final abordaremos los efectos atribuidos a la mitigación de daños, los cuales afectan principalmente al acreedor, en el ejercicio de su carga.

De manera que, desde el punto de vista del acreedor los efectos de la mitigación son dos, dependiendo de la actitud que tome frente al incumplimiento; si mitiga evitará la reducción de su indemnización y obtendrá el reembolso de gastos que debió solventar para minimizar los perjuicios (Vidal: 2008, p.446-448). Ahora, si el acreedor no mitiga verá su indemnización reducida en lo que corresponde al daño no mitigado, considerando que “siempre deberá concederse alguna indemnización – sujeto, claro está, al cumplimiento de los demás requisitos de la acción indemnizatoria –; pero no necesariamente por la totalidad del daño efectivamente causado” (Fuentes: 2008, p.543), de igual forma considerando que el acreedor omitió un comportamiento mitigador, no incurrió en costos adicionales, los cuales ante su inexistencia no podrán ser alegados y menos resarcidos, aquí el acreedor nada realiza (Vidal: 2008, p.447).

Pero, si consideramos que el acreedor efectivamente desarrolla conductas minimizadoras, de las cuales al menos una es idónea para mitigar ¿qué pasa con los demás intentos fallidos?, como en el caso en que producto de la rotura de una cañería de agua recientemente cambiada de un restaurante, el dueño insisten en repararla, perdiendo tiempo de atención al público y finalmente decide cambiarla, lo cual en definitiva restablece el abastecimiento normal de agua para el funcionamiento de la cocina.

En efecto, éstas tentativas deberán ser indemnizadas porque constituyen gastos “desembolsados por el acreedor que incurrió en un error inicial sobre la oportunidad de la medida adoptada, siempre que el error se haya debido a la situación de apariencia creada por el incumplimiento o acto ilícito” (Fuentes: 2008, p.257), principalmente porque no se espera del acreedor un resultado útil o eficiente, sólo que desarrolle un comportamiento razonable (Vidal: 2006, p.161) en el desarrollo de los efectos del incumplimiento.

Por otro lado, desde el punto de vista del deudor, los efectos son consecuenciales a la actitud del acreedor, ya que, si éste mitiga deberá indemnizar los desembolsos realizados, porque “resulta, entonces, lógico que el mayor costo que implican las medidas sea de conservación, de reparación o de sustitución sean puestos de cargo de quien es beneficiado” (Domínguez: 2005, p.95), al compensar gastos en todo caso menores al daño mitigado. Si los costos son mayores al daño indemnizado, no serían éstos producto de medidas razonables, por ello deberán ser reducidos de la indemnización final (Vidal: 2008, p.447). En tanto, si el acreedor no mitiga, el deudor puede hacer ver al juez que dadas las condiciones y circunstancias que permitían un comportamiento razonable, el acreedor prescindió de él, sumiéndose en la pasividad por lo que “no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios que pudo haber evitado” (López S.M.: 2007, p.215).

En suma, los efectos deben ser considerados tanto desde el punto de vista del demandante del remedio indemnizatorio como del punto de vista del demandado, ya que, una u otra opción que realice el acreedor afectará la indemnización que deberá pagar el deudor.

3.1. ¿Reducción o exoneración de la responsabilidad del deudor en el remedio indemnizatorio?

Los autores concuerdan en que el efecto de la mitigación (más bien de la omisión de ella) es la reducción de la indemnización (Vidal: 2006, p.162). Entonces, para el acreedor el efecto será la rebaja en la indemnización de los daños que pudieron haber sido evitados o minimizados, quedando fuera de la órbita del remedio indemnizatorio (De la Maza y Pizarro: 2010, p.259). Además, se dice que el incumplimiento de esta carga no lleva

aparejada sanción alguna, “sino simplemente una reducción de la indemnización por los daños que se podrían haber evitado” (Fuentes: 2005, p.226).

Por tanto, desde el punto de vista del deudor el efecto es la exoneración de responsabilidad por aquellos daños no mitigados, ya que, puede ocurrir que “la falta de causalidad entre el hecho y el daño exonere totalmente de responsabilidad, pero en otras ocasiones determinará una distinción entre los perjuicios, debiendo repararse aquellos que son directos, pero no los que carecen de relación con el hecho ilícito” (Abeliuk: 2003, p.236) y como hemos visto en la mitigación se interrumpe el nexo causal (Gandarillas:2009, p.449), más bien “entra a operar cuando ya no se puede atribuir un nuevo curso causal” (Fuentes: 2005, p.247).

Vistos en la empresa de resguardar al deudor ante el incumplimiento, hacemos presente que en materia de mitigación existiría una causal de exoneración parcial de la responsabilidad del deudor, al ser una característica del daño indemnizable que el daño sea directo (Barros: 2006, p.245), requisito que no se cumple si el acreedor interviene en los efectos del incumplimiento, a través de un comportamiento negligente sin tomar las “precauciones razonables” (Cane: 2011, p.69), a fin de evitar el incremento de sus perjuicios.

3.2. ¿Existe un eventual efecto relativo o indirecto de la mitigación de daños?

La existencia de un efecto indirecto de la mitigación se inscribe en la idea de ver al “Derecho de contratos a luz de las pretensiones y, a la inversa, discernir los remedios como un conjunto armónico de instrumentos que el Derecho entrega para la protección del crédito contractual” (Barros: 2008, p.336), teniendo la mitigación de daños una función mediata en palabras de Álvaro Vidal, dispuesta “para que el acreedor, afectado por el incumplimiento, ejerza el o los remedios que sean razonables según sean las circunstancias, mitigando o evitando de esa forma las pérdidas que se sigan del mismo” (2008, p.453).

Si enfocamos este efecto desde el punto de vista de la naturaleza de la mitigación como carga, difícilmente podríamos exigir que el deudor limite su interés o su derecho a ejercer el remedio que considere adecuado ante el incumplimiento, en tanto que la

mitigación no es exigible y no entrega un derecho subjetivo y su consecuencial resguardo al deudor, bajo los argumentos considerados en el punto 3 del Capítulo I de este trabajo.

No obstante, si contemplamos este efecto indirecto como una *forma de conducta razonable* para minimizar el daño, bien podemos atribuir cierta limitación del ejercicio de remedios por el acreedor. De esta manera, “el supuesto típico es el del acreedor que insiste en el incumplimiento, siendo razonable la resolución y la posterior operación de reemplazo del art. 75 CV, porque con ello el acreedor puede igualmente satisfacer su interés económico en el cumplimiento” (Vidal: 2006, p.164).

Considerando que “nuestro derecho civil patrimonial dispone para el acreedor insatisfecho una amplia baraja de acciones (o remedios)” (Larroucau: 2012, p.464), otorgándole un derecho de opción entre ellos, se torna necesario fortalecer la posición del deudor frente al incumplimiento. En este sentido, los argumentos de Patricia López respecto al interés del deudor como límite a este derecho de opción (2012, p.750), logran demostrar que la mitigación de daños constituye una vía idónea para proteger al deudor en la “relación contractual” (Díez-Picazo: 2007, p.140), valiéndose de la figura del abuso del derecho para propender al justo equilibrio de los intereses contractuales y, así limitando el derecho de opción del acreedor (2012, p.755). De este modo, “frente a la opción abusiva del acreedor, el deudor también tendría un derecho de opción: invocar la carga de mitigar las pérdidas del acreedor o el abuso del derecho, disminuyéndosele el monto de la indemnización en el primer caso y obteniendo la indemnización en el segundo” (López D.:2012, p.754).

En suma, “el ejercicio de una acción o facultad – entendido como una medida mitigadora – será razonable cuando el acreedor agraviado igualmente, pero con menos pérdidas para el deudor, obtenga la satisfacción de su interés en el cumplimiento del contrato” (Vidal: 2008, p.454). Otorgando un efecto indirecto es posible “lograr soluciones más eficientes y justas frente al fenómeno del incumplimiento contractual” (Gandarillas: 2009, p.448), equilibrando la posición del deudor en el nuevo derecho de la contratación.

CONCLUSIONES.

En el devenir de esta investigación adoptamos posiciones para comprender la mitigación de daños y convencernos de su necesaria aceptación en nuestro ordenamiento jurídico. Partimos considerando que el deudor precisa de resguardo ante el incumplimiento en el nuevo derecho de la contratación, para luego darnos cuenta que la mitigación va más allá de considerar los intereses del deudor – demandado, abarcando soluciones más justas y de alguna manera objetivas, en lo que refiere a la ponderación de los daños efectivamente producidos por el incumplimiento. Bajo esta idea, consideramos relevantes las siguientes conclusiones:

1° La mitigación tiene cierta regulación en la normativa chilena, principalmente en leyes especiales, mientras que en el Código Civil no encuentra norma expresa. Sin perjuicio de ello, es posible interpretar los artículos 1546 y 1558 afirmando un fundamento técnico – jurídico en la buena fe y la causalidad, es decir, justificando la mitigación de daños en la buena fe objetiva y concretando su aplicación en base a la falta de nexo causal, entre el incumplimiento y el daño que pudo ser evitado por el acreedor.

2° Luego de superar el cuestionamiento sobre el fundamento de la mitigación de daños, la preocupación se enfoca en su naturaleza jurídica, optando por considerarla una carga para el acreedor, la que se establece en su sólo interés (beneficiando indirectamente al deudor). Naturaleza que otorga como principal característica a la mitigación; el no ser exigible, ya que, no se espera una minimización exitosa de los daños, sino más bien una razonable a la luz del estándar del buen padre de familia, o en términos positivos, el acreedor sólo procura realizar una gestión razonable de los efectos del incumplimiento, en consideración a sus circunstancias.

3° En lo que se refiere a la prueba de la mitigación, utilizando la estructura de obligación de medios se logra establecer que el onus probandi de las conductas minimizadoras recae sobre el demandante del remedio indemnizatorio, siendo de cargo del demandado probar las circunstancias y posibilidades del acreedor, para demostrar que pudo actuar razonablemente. Con este planteamiento zanjamos la indeterminación de la carga probatoria que, a simple vista, se otorgaba al deudor.

4° Sobre los efectos de la mitigación, distinguimos el análisis desde el punto de vista de acreedor; como una reducción de su indemnización en lo que corresponde a los daños que no fueron evitados, y desde el punto de vista del deudor opera como una exoneración parcial de responsabilidad, por afectar la conducta negligente del acreedor el nexo causal entre el incumplimiento y los daños alegados.

5° Finalmente, luego de arribar a las conclusiones acerca del fundamento, naturaleza jurídica, prueba y efectos de la mitigación, no cabe duda que alegada y defendida en juicio abarca tanto las presentaciones de las partes, el término probatorio, las observaciones a la prueba y principalmente la resolución del tribunal, ya que, debe ser considerada por el tribunal como elemento delimitador del daño pretendido o en otras palabras, viene a ser una herramienta para el juez en la ponderación del monto final del remedio indemnizatorio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. (2003). *“Las obligaciones”*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile.

AGUAD DEIK, ALEJANDRA Y PIZARRO WILSON, CARLOS. (2010). *“Obligaciones y responsabilidad civil”*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N°15, Santiago, pp.197-205.

BARAHONA, DE LA MAZA, PIZARRO, VIDAL. *“Proyecto principios latinoamericanos de derecho de los contratos”* Informe Chile. Fundación Fernando Fueyo. Disponible en http://www.fundacionfueyo.udp.cl/catedra_derecho_continental.php. Fecha última consulta: 01 de agosto de 2012.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. (2006). *“Tratado de la responsabilidad extracontractual”*. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile.

BARRO BUORIE, ENRIQUE. (2008). *“Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”*. En Estudios de Derecho Civil – Jornadas de Derecho Civil 2005-2009, tomo II, Santiago, pp.311-336.

BARROS BUORIE, ENRIQUE. (2011). *“Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho Civil Patrimonial”*. En Estudios de Derecho Civil VI, Santiago, LegalPublishing, pp.21-36.

CANE, PETER. (2011). *“La anatomía del derecho de daños”*. Flandes indiano. Santiago–Chile. (Traducción de Daniel Montes y Pablo Becerra).

CARNELUTTI, FRANCESCO. (1942). *“Instituciones del nuevo derecho civil italiano”*. Bosch. Barcelona – España. (Traducción de Jaime Guasp)

CORRAL TALCINI, HERNÁN. (2006). “*La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno*”. En Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado, contratos, Santiago, pp.187-226. Disponible en [http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos de analisis Coleccion Derecho Privado/N3 Temas contratos/aplicacion jurisprudencia ordenamientocivilchileno_hernanCorral.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N3_Temas_contratos/aplicacion_jurisprudenciaordenamientocivilchileno_hernanCorral.pdf). Fecha última consulta: 29 de octubre de 2012.

CORRAL TALCINI, HERNÁN. (2008). “*Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual*”. En Cuadernos de Extensión Jurídica, N°15, Universidad de los Andes, Santiago, pp. 115-179.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO Y PIZARRO WILSON, CARLOS. (2010). “*Responsabilidad civil. Casos prácticos*”. LegalPublishing. Santiago – Chile.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. (2010). “*Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información*”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV, Valparaíso, pp.75-99. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/727/685>. Fecha última consulta: 20 de octubre de 2012.

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. (2011). “*La buena fe como dispositivo de ponderación*”. En Principios jurídicos: análisis y crítica. Abeledo Perrot: Thomson Reuters, Santiago.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Vigésima segunda edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=mitigar>. Fecha última consulta: 16 de octubre de 2012.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. (2007). “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, volumen I. Sexta edición. Thomson Civitas. Navarra – España.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. (2005) “*Notas sobre el deber de minimizar el daño*”. En Revista Chilena de Derecho Privado, N° 5, Santiago, pp.73-95.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. (2010). “*Los límites al principio de Reparación integral*”. En Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, Santiago, pp. 9-28.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN. (2009). “*El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el derecho chileno*”. En Estudios de Derecho Civil – Jornadas de Derecho Civil 2005-2009, tomo II, Santiago, pp. 659-673.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. (2006). “La carga de la prueba en la práctica judicial civil”. La ley grupo Wolters Klunwer. Madrid – España.

FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO. (2005). “*El deber de evitar o mitigar el daño*”. En revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 217-218, Concepción, pp. 223-248.

FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO. (2008). “*La extensión del daño contractual en los derechos español y chileno*” Tesis Doctoral – Versión electrónica. Disponible en [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76245/1/DDP Fuentes Guinez R Laextension deldanocontratual.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76245/1/DDP_Fuentes_Guinez_R_Laextension_deldanocontratual.pdf). Fecha última consulta: 01 de agosto de 2012.

GANDARILLAS SERIANI, CRISTIÁN. (2009). “*Algunas consideraciones acerca del deber de mitigar o minimizar el daño frente al incumplimiento contractual*”. En Estudios de Derecho Civil IV, Santiago, LegalPublishing, pp. 431-449.

GARCÍA INFANTE, FELIX. (1993). “*Derecho del transporte marítimo. Comentarios, legislación comercial y administrativa*”. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso – Chile.

GOLDSCHMIDT, JAMES. (1936). *“Derecho procesal civil”*. Labor. Barcelona–España.

LARROUCAU TORRES, JORGE. (2012). *“La opción de responsabilidad civil como un acertijo procesal”*. En Estudios de Derecho Civil VII, Santiago, LegalPublishing, pp.461-479.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA. (2012). *“El interés del deudor como límite al derecho de opción del acreedor insatisfecho y su incidencia en la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños”*. En Estudios de Derecho Civil VII, Santiago LegalPublishing, pp.737-755.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. (2007a). *“Informe en derecho sobre la obligaciones del acreedor de una indemnización, de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo”*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N°8, Santiago, pp. 203-233.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. (2007). *“Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado”*. En Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Francisco TERNERA BERRÍOS (eds.), *Los contratos en el Derecho privado*, Bogotá, Legis, pp. 325-337.

MONTERO AROCA, JUAN. (2005). *“La prueba en el proceso civil”*. Cuarta edición. Thomson Civitas. Navarra – España.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. (2006) *“La modernización del derecho de las obligaciones”*. Madrid, Civitas.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. (2010). *“Incumplimiento del contrato y lucro cesante”*. Discurso leído el día 08 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número. Madrid.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. (2011). “*Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato*”. En Cuadernos de análisis jurídicos, colección derecho privado Universidad Diego Portales, escuela de derecho, N° 7, Santiago, pp. 263-293.

OYANADER DAVIES, PATRICIO. (2004). “*Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*”. En Actualidad Jurídica, Revista de derecho de la Universidad del Desarrollo, año V, N°10 (julio 2004). Santiago, pp. 287-291.

PIZARRO WILSON, CARLOS. (2008). “*La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia*” En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, Valparaíso, pp. 255-265.

PRADO LÓPEZ, PAMELA. (2011). “*¿Es aplicable en Chile la concepción de contrato adoptada por el nuevo derecho de la contratación?*”. En Estudios de Derecho Civil VII, Santiago, LegalPublishing, pp.308-323.

SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN. (2011). “*El criterio de lo razonable. Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*”. En Derecho y Justicia, N°1, Santiago, pp. 43-66. Disponible en <http://www.derecho-ucsh.cl/revista/sanmartin.pdf> Fecha última consulta: 01 de agosto de 2012.

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. (2011). “*Introducción al derecho*”. Editorial Jurídica del Chile. Santiago – Chile.

SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO. (2004). “*La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*”. Disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf. Fecha última consulta: 29 de octubre de 2012.

