

OPINIO JURIS

in Comparatione

Studies in Comparative and National Law

Principles of Latin American Contract Law : General Harmonization Rehearsals

| Special Issue

Límites al ejercicio de los daños y perjuicios. Artículos 107, 108
y 109 De los principios latinoamericanos de los contratos
Jose Annicchiarico Villagrán

Límites al ejercicio de los daños y perjuicios. Artículos 107, 108 y 109

De los principios latinoamericanos de los contratos

Jose Annicchiarico Villagrán*

ABSTRACT

Les Principes latino-américains des contrats limitent la réparation du dommage imprévisible et indirect ainsi que celui causé par la faute du créancier. Cela revient à reconnaître la spécificité du dommage contractuel accepté dans la plus part des pays de droit civil. En outre, en dépit de l'absence de régulation dans la plus part des pays de l'Amérique-latine, mais sur le adhésion de la doctrine majoritaire, les principes admettent la limite de la réparation du dommage contractuel évitable avec des mesures raisonnables sur le fondement de la bonne foi. Cette limite comporte ainsi une incombance à la charge du créancier. Elle est un outil d'efficacité économique du contrat développée principalement dans le système de la Common Law. Bien que la bonne foi est un fondement imparfait à transposer dans notre systèmes cette outil d'efficacité, il est un fondement adéquat à la tradition volontariste de nos codes civils.

KEY WORDS

Criteria to awarding of damages – Mitigation of damages

* Profesor de Derecho Civil: Contratos y Obligaciones de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

Sumario

1. Introducción
2. El fundamento y la naturaleza jurídica de carga de mitigar el daño en los PLDC
 - 2.1. La buena fe y la causalidad como fundamento de la carga de mitigar el daño en los PLDC
 - 2.2. Naturaleza Jurídica. Carga de mitigar el daño. Límite a la indemnización del incumplimiento debida por la deudor.
3. Regulación jurídica de la carga de mitigar el daño
 - 3.1. La contenido de la carga de mitigar los daños en los PLDC
 - 3.2. Efectos de la mitigación del daño del incumplimiento contractual
 - a) Reducción de la indemnización
 - b) Reembolso de los costos incurridos
4. Aplicación del principio de mitigación de daños en otras normas de los PLDC
 - a) La ejecución en forma específica
 - b) La resolución del contrato y la operación de reemplazo
 - c) Jerarquización de hecho de los remedios

1. Introducción

Nos corresponde hablar de los límites a la indemnización de daños en los Principios Latinoamericanos de los Contratos (PLDC), establecidos en los artículos 107, 108 y 109. La previsibilidad y la falta del acreedor como límite a la indemnización previstos en los artículos 107 y 108 siguen la dogmática del *code* adoptada en general por los países que participaron en la elaboración de los principios y no suscitan mayores comentarios. La gran innovación en relación a los límites es sin duda la inclusión de la carga de mitigar el daño. En efecto, según el artículo 107:“(1) El deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento. (2) En caso de dolo o culpa grave, el deudor responde de todos los perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento”. Dicho límite a la indemnización del daño contractual tiene su origen en la concepción voluntarista del contrato¹. El razonamiento es el siguiente: “La obligación contractual tiene su origen en la voluntad de las partes, en consecuencia la voluntad no puede abarcar que aquello que es previsible”². Igualmente en caso de violación: “la obliga-

¹ I. Solou, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, th. Paris II, 1979, n. 493. « il revient au juge de faire coïncider le mieux possible l'étendu de la responsabilité contractuelle avec la conscience intellectuelle et psychologique que les parties, et en particulier le débiteur, ont pu avoir de l'importance du dommage éventuel ».

² *Ibidem*.

ción se mantiene marcada por el concierto inicial de voluntades”³. La voluntad acordada vincula las partes igualmente en relación a las sanciones de la inexecución del contrato, y en consecuencia “es ella la que fija definitivamente la extensión del daño reparable, el acreedor no podría exigir más de lo que ha acordado”⁴. De esta manera se explica el carácter irreductible de la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual⁵. Es la voluntad de las partes, alguna veces tácita, según el derecho clásico, la explicación a la cual se adhieren una parte importante de la doctrina en Francia sobre el valor de esta norma”⁶.

En realidad, desde el punto de vista económico, la norma se justifica por la necesidad de incentivar el intercambio de bienes y servicios a través del mecanismo contractual, sin colocar todos los riesgos de la inexecución en el deudor⁷. Los perjuicios previsibles en los principios no indican si son previsibles para ambas partes, para alguna de las partes, o simplemente para una persona razonable. En nuestra opinión, el “prejuicio previsible” alude tanto a la previsibilidad subjetiva de las partes, como a la previsibilidad objetiva de una persona razonable situada en el mismo lugar de las partes. En efecto, si las partes sólo están obligadas por aquellas obligaciones a las cuales han prestado su consentimiento, se entiende que ellas sólo han consentido a reparar las consecuencias previsibles de su inexecución al momento de la formación del contrato. Se entiende por previsibles las consecuencias normales del incumplimiento, así como expresamente aceptadas o conocidas por las partes. La previsibilidad es medida en función de lo que una persona diligente y razonable situada en la misma posición de las partes hubiese podido prever. En este sentido, el límite de la previsibilidad adquiere un carácter más amplio que el previsto en la concepción voluntarista del *code*. Corresponde al juez determinar lo que es objetivamente previsible para las partes. En caso de dolo y culpa grave, los efectos del incumplimiento debe asimilarse a la responsabilidad por hecho ilícito. En este sentido, los principios retoman el sentido de la norma tal como existe en el modelo del *code*.

Por su parte el artículo 108, establece: “*La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó a que se produjera el perjuicio*”. Esta norma comprende la causal de atenuación del daño por la culpa del acreedor. Según la misma,

³ P. Le Tourneau – L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002, n. 103.

⁴ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (Paris, LGDJ, 2006) n. 92.

⁵ Ibidem, n. 419. M.-E. Roujou De Boubee, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, 205.

⁶ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (Paris, LGDJ, 2006, n. 93. L'auteur cite: J. Carbonnier, *Les obligations*, Paris, PUF, 2000, n. 157; C. Larroumet, *Le contrat*, Paris, Economica, 2003, n. 657; H.L. et J. Mazeaud – F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., Obligations, Montchrestien, 9e éd., 1998. n. 629; H. Starck H. Roland et L. Boyer, *Obligations, t. 1, Responsabilité délictuelle*, 5° éd., Litec, 1996. n. 1671; P. Le Tourneau – L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002, n. 1036 s.; M.-E. Roujou De Boubee, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, p. 307; I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. cit. n. 537.

⁷ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n. 180. « *En ce qui concerne les arguments économiques, il s'agit tout simplement de limiter l'indemnisation des dommages à fin d'inciter le nombre de transactions et des échanges dans une économie.* ».

la indemnización del daño contractual deber ser reducida si el acreedor, por su acción u omisión *culposa* contribuye a la inejecución. El daño se disminuye en función de la gravedad de la falta de cada una de las partes. La culpa de la víctima supone que el hecho del acreedor contribuye al incumplimiento del contrato por parte del deudor y en consecuencia, a la producción de el daño inicial. Se trata de la compensación de culpas desarrollada por la dogmática del *code*, prevista en nuestros código latinoamericanos⁸.

A diferencia de la previsibilidad del daño y de la falta del acreedor como límites a la indemnización del daño contractual, resulta más polémica la admisión en los principios de la *carga de mitigar el daño*. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos, consagra la carga de mitigar el daño en su artículo 109, en los siguientes términos “(1) *La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el daño. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse. (2) El acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas*”.

Desde el punto de vista comparado, el deber de mitigar los daños producto del incumplimiento contractual ha tenido su mayor desarrollo en el sistema del *Common Law*, llegando a plasmarse de forma positiva en el artículo 350 del *Restatement of the Law*⁹ estadounidense y en las secciones 2-704 (2)¹⁰ y 2-715 (2)¹¹ del *Uniform Commercial Code*. Ello no quiere decir que el principio sea desconocido por el derecho continental, pues el mismo está reconocido en la Subsección 254, II¹², del BGB; en los artículo 44(1)¹³ y 99(3)¹⁴ del Código de Obligaciones Suizo; en el artículo 101 del Libro 6 del Código Civil Holandés¹⁵ e incluso en el artículo 1227(2) del Código Civil Italiano¹⁶.

Según el régimen que plantean los instrumentos de contratación internacional, Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías (CISG)¹⁷, Principios Europeos de

⁸ Como veremos, esta difiere de la mitigación del daño, en que el hecho de la víctima, en esta última hipótesis, no contribuye al incumplimiento del contrato, ni al daño inicial producto de dicho incumplimiento, sino a la agravación del daño inicial y la producción o agravación de los daños extrínsecos. Se trata en este caso de la limitación del daño evitable razonablemente por el acreedor o carga de mitigar el daño.

⁹ Second Restatement of Contracts §350: Avoidability (1984).

¹⁰ UCC (2012) 2-704 (2).

¹¹ UCC (2012)2-715 (a).

¹² BGB (2002) S. 254.

¹³ Código de obligaciones Civil Suizo (1911) Art 44.

¹⁴ Código de obligaciones Civil Suizo (1911) Art 99 (3).

¹⁵ Código Civil Holandés (1992) Art. 6:101.

¹⁶ Código Civil Italiano (1942) Art. 1227.

¹⁷ Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería Art 77.

los Contratos (PELC)¹⁸, y Principios Unidroit de Contratación Internacional (UNIDROIT)¹⁹, el deudor no responde de daños que, no obstante ser previsibles al tiempo del contrato, el acreedor podría haber evitado mediante la adopción de medidas razonables.

Si bien existe un desarrollo en el derecho comparado en relación a este instituto, es necesario señalar que la mayoría de los países latinoamericanos no reconoce dicho deber de manera positiva. A pesar de ello la tendencia mayoritaria de la doctrina es a su reconocimiento, lo cual ha sido seguido por la jurisprudencia de algunos países. Los PLDC han reconocido la inclusión del mecanismo como un reflejo de la opinión doctrinaria de la mayoría de los países latinoamericanos. De allí que se haga necesario revisar el fundamento y naturaleza jurídica de esta novedosa institución (I), así como su regulación jurídica (II). El fundamento y la naturaleza jurídica de carga de mitigar el daño en los PLDC.

En derecho Latinoamericano la carga de mitigar el daño, salvo por Bolivia, Perú y Argentina, no tienen reconocimiento positivo en las legislaciones internas. No por ello la doctrina y en algunos casos la jurisprudencia, muestran una tendencia mayoritaria a su reconocimiento. Dicho reconocimiento tiene como fundamento el principio de la buena fe objetiva y la causalidad (1). A partir de dicho fundamento se reconoce que el deber de mitigar el daño corresponde en realidad a una carga que pesa sobre el acreedor y que tiene incidencia quantum de la reparación (2).

2.1. La buena fe y la causalidad como fundamento de la carga de mitigar el daño en los PLDC

La carga de mitigar el daño derivado del incumplimiento contractual tiene reconocimiento expreso en Bolivia y en Perú. En efecto el artículo 348²⁰ del Código Civil Boliviano de 1976 recoge una traducción literal del artículo 1227 del Código Civil Italiano de 1942. Por su parte el Código Civil Peruano de 1984, también influenciado por la normativa italiana retoma el artículo 1227 en dos artículos, el artículo 1326, referido a la reducción del daño por la falta de la víctima y el artículo 1327²¹, expresamente dedicado a la carga de mitigar el daño, agregando al artículo 1227 del Código Civil italiano la posibilidad de pactar de excluir convencionalmente tal efecto. En dichas normas no se deja ver cual es el fundamento jurídico, más allá de decir, que es una carga positivamente reconocida, y que su concreción no requiere un elaboración jurídica como es el caso de los países que no disponen de norma expresa. No obstante, el fundamento jurídico permite determinar el verdadero alcance de dicha normas, de allí la importancia de su determinación en PLDC.

En relación al *derecho argentino*, en el Código Civil recientemente derogado en el 2015, no existía una regla expresa que consagrara el deber del acreedor de mitigar el daño con-

¹⁸ Principios Europeos de los Contratos (2000) Artículo 9.505:

¹⁹ Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010) Artículo 7.4.8:

²⁰ Código Civil de Bolivia (1976) Artículo 348.

²¹ Código Civil del Perú Artículo 1327:

tractual. No obstante la falta de una previsión general sobre el tema, la doctrina con anterioridad a la publicación del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2015 sostenía que el acreedor (o más ampliamente, la víctima de un daño, ya se trate de responsabilidad contractual o extracontractual) “soporta la carga, como imperativo del propio interés, de desplegar las diligencias ordinarias para evitar la continuidad o el agravamiento de su perjuicio”²².

Según parte de la doctrina, el incumplimiento de esta carga podía tener por efecto una disminución de la reparación en proporción de la incidencia causal de la omisión del damnificado. Por lo general, esa solución se justificaba como una aplicación específica de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2015, se consagra expresamente el deber de mitigar el daño contractual. En efecto, el artículo 1710 del establece *que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*

Es cierto que dicha norma establece un deber más amplio que el deber de mitigar el daño contractual por parte del acreedor. El referido artículo comprende el deber de evitar y de mitigar el daño aplicable tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. Es por ello que quien evita el daño que sería imputable a un tercero tiene derecho adicionalmente a demandar el reembolso de los gastos por parte del tercero. A los efectos de la responsabilidad contractual, el incumplimiento del acreedor del deber de moderar el daño que le provoca el incumplimiento implica una causal de reducción de la indemnización por compensación de culpas. Si bien el deber se consagra en norma expresas el mismo debe ejecutarse, conforme a la buena fe, según las circunstancias y comprende adoptar medidas razonables para evitar el daño.

En relación al *derecho brasileiro*, si bien no existe norma expresa que consagre el deber del acreedor de mitigar el daño derivado del incumplimiento contractual, el Código Civil brasileiro consagra en su artículo 422, de forma general, el principio de buena fe objetiva. Dicho principio ha venido siendo utilizado por la doctrina y la jurisprudencia de ese país, para exigir que el acreedor, cuando sea posible y económicamente viable, minimice los daños consecuencia del incumplimiento contractual causados por su co-contratante²³. Dicho reconocimiento doctrinario, según el informe de Brasileiro preparado para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos también ha encon-

²² De Lorenzo, et al. *Informe Argentino* (2011) p 194.

²³ De Almeida Prado, Birman, Espirito Santo, Gabbay, Konder, Povoá, *Informe Brasil*, 2011, p. 200.

trado acogida en algunas sentencias por los tribunales superiores de justicia²⁴. Según estas decisiones “*los contratantes deben tomar en cuenta las medidas necesarias y posibles para que el daño no sea agravado. La parte a quien la pérdida aprovecha no puede permanecer deliberadamente inerte ante el daño. El agravamiento del perjuicio, en razón de la inercia del acreedor implica un incumplimiento de los deberes de cooperación y lealtad contractual*”. Se aprecia como en Brasil, a pesar del silencio de la legislación en relación al deber de mitigar el daño, la doctrina y la jurisprudencia han venido reconociendo, sobre la base del principio de buena fe objetiva, un deber que cohibe la inercia del acreedor víctima del incumplimiento. En caso de violación de dicho deber, el acreedor asume entonces la responsabilidad por el aumento de los perjuicios así sufridos²⁵.

En relación al *derecho colombiano*, según lo expresa el informe Colombiano preparado para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos²⁶, sólo se ha reconocido la obligación de minimizar los daños para la compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena, artículo 77) y en materia de contrato de seguro. De manera que no existe un reconocimiento expreso en forma general de un deber del acreedor de mitigar el daño causado por el incumplimiento contractual.

Sin embargo, al igual que en otros países latinoamericanos, parte de la doctrina²⁷ a firma que no es necesario la existencia de una norma expresa a los fines de reconocer la carga del acreedor de mitigar el daño producto del incumplimiento contractual. Dicho reconocimiento puede realizarse sobre el deber de buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos y en la criterios de causalidad. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha reconocido la existencia de dicho deber, particularmente en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010 con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez²⁸. Según dicha sentencia “*...resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan señaladas, debe procurar, de ser posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría*

²⁴ STJ, 3a T, Resp 758518/PR, rel. ministro Vasco Della giustina (Desembargador Convocado do TJRS), julgado em 17 de junho de 2010, publicado no DJE 28 de junho de 2010.

²⁵ Informe Brasileiro (n. 13) 2001.

²⁶ Alarcón Rojas, Cortés Moncayo, Koteich Khatib, M'Causland Sánchez, López Castro, Mantilla, Martínez, Montoya, Navia, Neme, Ternera, *Informe Colombia*, 2011, 200.

²⁷ C.I. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Bogotá, Temis, 2013, p. 224.

²⁸ Sentencia Sala de Casación Civil de Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia dictada en fecha 16 de diciembre de 2010, Exp. 11001-3103-008-1989-00042-01

*entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido*²⁹.

En relación al *derecho chileno*, según lo expresa el informe Chileno preparado para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos³⁰, si bien no existe normativa expresa, la carga de mitigar el daño es reconocida por la doctrina sobre el fundamento de la buena fe objetiva prevista en el artículo 1546 del Código Civil Chileno³¹ y sobre el requisito de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño reparable por el deudor, establecido en el artículo 1558 de dicho código³².

El *derecho Paraguayo* tampoco cuenta con un regulación expresa en relación a la mitigación del daño por parte del acreedor, sin embargo, el informe paraguayo concluye que “El principio general de la buena fe y la prohibición al ejercicio abusivo del Derecho (art. 327) contenidos en el *Código Civil* paraguayo impondrían al acreedor la carga de minimizar los daños resultantes del incumplimiento contractual de su deudor.”³³

Lo mismo ocurre en el *derecho Uruguayo*. En efecto, según el informe presentado por este país para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de los Contratos, no existe en el derecho uruguayo una norma que imponga al acreedor la carga o la obligación de minimizar los daños del incumplimiento contractual. Sin embargo, la doctrina de ese país reconoce ampliamente el principio de buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos. Como consecuencia, el acreedor “debe actuar en forma leal y honesta, lo cual incluye procurar que el daño padecido sea el menor posible”³⁴.

En el *derecho Venezolano*, tampoco existe normativa expresa, sin embargo el tema ha sido desarrollado doctrinariamente³⁵. La jurisprudencia no ha referido el tema de forma

²⁹ Extracto tomado de C.I. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Bogotá, Temis, 2013, p. 229.

³⁰ C. Pizarro – A. Vidal – I. De Lamaza – C. Bahamondes, *Informe Chile*, 2011, 371.

³¹ En relación a la doctrina chilena ver: A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños, Colección de Textos de Jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, III, p. 429; H. Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago de Chile, Jurídica, 2003, p. 340; A. Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago, Jurídica, 1983, p. 572; R. Domínguez Aguila, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* n. 5, Santiago, Fernando Fueyo Laneri, 2005, pp. 82-91; López Santa María Jorge, *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, 2007, pp. 325-337; R. Fuentes Guíñez, *El deber de evitar o mitigar el daño*, en *Revista de derecho de la Universidad de Concepción*, n. 217-218, Concepción, Universidad de Concepción, 2005, pp. 223-248; San Martín, Lilian (2012), *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

³² C. Pizarro, *Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, dic. 2013, no.41 .

³³ Dos Santos, Angulo, Breuer, Godoy, Moreno, Rodríguez, *Informe Paraguay*, 2011, 472.

³⁴ Marino, Díaz, Mirande, Nicola, *Informe Uruguay*, 2011, 543-544.

³⁵ J. Annicchiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias políticas y Sociales en centenario de su fundación 1915-2015*, Caracas, Anciepol, 2015, 2675-2698. E. Fontiveros, *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Caracas, RVLJ, 2016.

expresa o directa. El informe Venezolano³⁶ preparado para la elaboración de los principios latinoamericanos de derecho de contratos considera que debe reconocerse en Venezuela la existencia del deber de mitigar el daño sobre el principio de la buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos previsto en el artículo 1160 del Código Civil venezolano y en la causalidad necesaria entre el incumplimiento y el daño reparable según prevé el artículo 1275 de ese mismo código.

Visto lo anterior, se puede constatar una tendencia mayoritaria a la consagración del deber de mitigar los daños en cabeza del acreedor de la obligación incumplida en las legislaciones de derecho continental europea. La tendencia puede igualmente constatarse en los principios de derecho blando y en los instrumentos internacionales en materia de contratación. En relación a las legislaciones latinoamericanas, si bien la aceptación es expresa solamente en Perú, Bolivia y Argentina, sin embargo, en aquellos países en los cuales no existe una norma expresa, existe una tendencia favorable de la doctrina, y en algunos casos de la jurisprudencia, a su reconocimiento. En todos los países desprovistos de normativa expresa, el deber del acreedor de mitigar el daño producto del incumplimiento del contrato, tiene como fundamento el principio de la buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos.

En este sentido, el reconocimiento en los Principios de Derecho Latinoamericano de los Contratos del deber del acreedor de mitigar el daño producto del incumplimiento refleja la tendencia mayoritaria actual del tratamiento de la cuestión a nivel internacional y regional. No existe entonces ninguna justificación para su no reconocimiento. Por el contrario, tal y como se expresa en el informe Chileno citando al profesor Ramón Domínguez Águila, este deber es una manifestación de un principio evidente desde el punto de vista lógico, moral y económico. Lógico, porque no se comprendería la razón para permitir que la víctima permanezca pasiva frente al daño que se le causa, bajo el pretexto de que, en definitiva, el autor deberá compensarle. Moral, porque todos tenemos también la obligación de cautelar por nuestros propios intereses, cualquiera que sea su naturaleza, y económico, porque es evidente que la utilidad general manda que se eviten los daños y si ello no es posible, que al menos se reduzcan en su dimensión³⁷.

Entender la mitigación de los daños producto del incumplimiento contractual como un deber derivado de la obligación de cooperación y de buena fe en la ejecución de los contratos es, en nuestra opinión, un recurso imperfecto al que se acude ante la ausencia de norma expresa. En efecto, no permite explicar, en toda su extensión, la función que el principio de mitigación de daños está llamado a cumplir según predicen los sistemas que lo han desarrollado³⁸. Tampoco es la causalidad adecuada del daño evitable el mecanismo

³⁶ J. Annichiarico y Madrid, *Informe Venezuela*, 2011, 472.

³⁷ C. Pizarro, A. Vidal, I. De Lamaza, C. Bahamondes, *Informe Chile*, 2011, 371.

³⁸ Tan es así que no se entiende bien cómo, en aplicación de los propios PLDC, no podrían las partes derogar en un convenio particular dicha carga. Y es que según el artículo 6 de los PLDC, las limitaciones convencionales contrarias

que permite justificar el instituto. En ambos casos, como se dijo, son recursos jurídicos que buscan darle fundamento legal a una institución no prevista positivamente en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, y desarrollada principalmente en el *common law*.

Si bien dicha carga tiene como efecto jurídico práctico la limitación o la reducción de la indemnización del deudor ante la omisión del acreedor de evitar los daños reparables con las medidas razonable a su alcance, la realidad que subyace es que detrás de todos los tecnicismos jurídicos que pretenden darle una justificación, la finalidad del instituto es puramente económica. En efecto, no es la buena fe objetiva, ni la causalidad, sino los imperativos de la eficiencia económica de los contratos los que justifican la consagración de la carga de mitigar los daños en el derecho de contrato comparado. Son dichos imperativos de eficiencia económica y no los mecanismos de derecho de contrato tradicionales, los que permite entender su regulación jurídica.

Según los postulados de eficiencia económica lo razonable para el acreedor es que siempre que disponga de varias opciones que igualmente satisfacen su interés contractual, escoja la opción que represente menos costos para el deudor y por ende para la sociedad. De esa manera, el acreedor obtiene la protección de su interés contractual y la sociedad en su conjunto evita el despilfarro de recursos que implica la producción de daños evitables. Este es el verdadero sentido de la carga de mitigar los daños. Imponer al acreedor la carga de velar por los intereses del deudor que incumple el contrato parece algo poco comprensible, mucho más si ello implica para el acreedor tener que hacer ciertos sacrificios que bajo los postulados del principio de la fuerza obligatoria del contrato, en principio, no estaría obligado a realizar. Bajo los imperativos económicos de eficiencia se imponen contratos eficientes. La buena fe objetiva, instrumento jurídico de la eficiencia económica, traduce una necesidad de corrección, no a favor de deudor que incumple sino de la sociedad en su conjunto.

Dicho lo anterior, conviene analizar la naturaleza del deber de mitigación consagrado en el artículo 109 de los PLDC a los fines de esclarecer su régimen jurídico

2.2. Naturaleza Jurídica. Carga de mitigar el daño. Límite a la indemnización del incumplimiento debida por la deudor.

El deber de mitigar los daños previsto en el artículo 109 de los PLDC constituye una carga del acreedor víctima del incumplimiento contractual y no un deber en sentido estricto³⁹. En efecto, cuando hay deber concreto de comportamiento, el sujeto pasivo de la relación jurídica correspondiente se encuentra obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa favor de otra persona. Si no cumple el deber concreto, lesiona el derecho subjetivo del acreedor

a la buena fe no producen efecto alguno. Es por ello que el Código Peruano en su artículo establece la posibilidad de excluir convencionalmente tal efecto.

³⁹ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 312.

y, en consecuencia, podrá ser constreñido a la ejecución forzosa en natura o al resarcimiento de los daños y perjuicios.

En el caso de la carga, el sujeto sobre quien pesa no está obligado a ninguna cosa pues la carga no es exigible ni coercible. Dicho sujeto tiene la opción de no cumplirla. Y es que la carga, a diferencia del deber, no tiene como contrapartida un derecho subjetivo ajeno y en consecuencia, está desprovista de un derecho acción. Sin embargo, si el sujeto sometido a la carga quiere conseguir el efecto jurídico que condiciona la carga, tiene un claro interés de cumplirla pues su omisión implica no lograr efecto jurídico que le es útil. Es por ello que la carga se define como un imperativo hipotético del propio interés⁴⁰.

La principal diferencia entre un “deber” en sentido estricto y una “carga” radica en el sujeto cuyo interés es protegido mediante la realización de la conducta impuesta por el ordenamiento jurídico. Así, en el deber, el interés que se protege corresponde a un sujeto ajeno, mientras que la carga implica la realización de una conducta en protección de un interés propio, de donde se constata el carácter incoercible de la carga. Es por ello que la infracción del deber da lugar a una obligación de resarcimiento mientras que dicha obligación no nace cuando se trata del incumplimiento de una carga.

En este sentido, no puede el deudor que incumple el contrato demandar los daños y perjuicios en virtud del incumplimiento por parte del acreedor de su carga de evitar los daños mayores que derivan del incumplimiento. Si el acreedor no adopta las medidas razonables para disminuir el daño, el deudor no estará obligado por la porción del daño que el acreedor pudo haber evitado razonablemente. La carga del acreedor tiene como contenido una conducta razonable y diligente, a la imagen de una obligación de medios y no la obtención de un resultado concreto.

La carga, como categoría jurídica, constituye una conducta que pesa en cabeza de un sujeto de derecho como condición o presupuesto para el ejercicio material y formal de un derecho subjetivo cuyo cumplimiento permanece en su esfera de intereses. El incumplimiento de tal conducta priva al sujeto, en forma parcial o total, del derecho y de su exigibilidad. Así, el acreedor que omita comportarse razonablemente de acuerdo a la buena fe en la moderación del daño que le ocasiona el incumplimiento contractual verá afectado su derecho a la reparación integral del daño. Ante el incumplimiento de la carga y siempre que el deudor lo haga valer, la indemnización que le corresponde al acreedor será reducida en la medida del daño reparable que pudo ser evitado a través de medidas razonables. La carga de mitigar los daños, a diferencia de otras causas atenuantes de la responsabilidad, como el hecho de la víctima, supone que el incumplimiento contractual ya se ha verificado o que es inevitable que ocurra. El hecho de la víctima es una causa de atenuación de la responsabilidad contractual en la medida que el hecho del acreedor concurre con el hecho del deudor en la producción del incumplimiento contractual y, en consecuencia,

⁴⁰ F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1952, 1979, p. 84.

del daño⁴¹. En la carga del acreedor de mitigar los daños productos del incumplimiento se parte del hecho de que ya ha ocurrido el incumplimiento contractual o que el mismo es inevitable y de que el acreedor se ha abstenido de realizar algo para evitar el daño mayor. En definitiva, la diferencia entre el hecho de la víctima como causal de atenuación de la responsabilidad contractual y la carga del acreedor de mitigar el daño, radica en que la conducta omisiva del acreedor que incumple su carga de moderar el daño es la causa única del daño mayor⁴².

Es por ello que, tal como está consagrado en los PLDC, la carga de mitigar los daños que produce el incumplimiento constituye un mecanismo que incide exclusivamente en la indemnización de daños, de manera que si el acreedor opta por algún otro remedio tal como la ejecución específica, la reparación específica, la sustitución, la reducción de precio, la resolución de contrato o la excepción de cumplimiento, dicha carga no tiene ninguna incidencia. Sin embargo, como quiera que la indemnización de daños es compatible con otros remedios, allí donde sea solicitada, el deudor podrá hacer valer los efectos del incumplimiento de dicha carga.

A diferencia de la compensación de faltas, esta concepción de la carga de mitigar los daños impone al acreedor un todo o nada en relación las consecuencias negativas de su omisión⁴³. En efecto, la particularidad del sistema en relación al sistema tradicional de la compensación de faltas propio del régimen de la responsabilidad extracontractual, es que el mismo no tiene en cuenta que la razón por la cual el deudor tiene el deber de manejar diligente y razonablemente los efectos del incumplimiento contractual que lo perjudica es precisamente el incumplimiento contractual del deudor. Es por ello que el artículo 109 PLDC establece que la reducción de la indemnización “...*corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse...*”.

Tal solución pudiera parecer contestable, pues desconoce que el incumplimiento es precisamente el hecho que hace surgir la carga del acreedor de moderar o evitar el daño evitable. Sin embargo, no se trata sino de la adopción, en relación a ese daño evitable, de la teoría de la causalidad adecuada. Es decir que, a los efectos de la determinación del vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño evitable, se toma exclusivamente la causa *sine qua non* concurrió a la producción del daño y que es previsiblemente apta, por ella sola, a la producción del resultado⁴⁴. Así, si el daño evitable se materializa, es por la omisión del acreedor pues el daño evitable no es una consecuencia necesaria y directa del incumplimiento. La omisión del acreedor es la condición necesaria y adecuada de la producción del daño evitable y no el incumplimiento del deudor. En ese supuesto,

⁴¹ J. Annicchiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, op. cit., p.5.

⁴² F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, op. cit., p. 252.

⁴³ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 400

⁴⁴ Para una análisis en Venezuela de vínculo de causalidad como elemento de la responsabilidad ver: J. Mélich-Orsini, *La Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, Caracas, Acienpol, 2006, 133.

no sería necesario hablar de un deber previo legal o basado en la buena fe objetiva que justifique la carga del acreedor de mitigar el daño.

Si el análisis anterior es técnicamente correcto desde el punto de vista de la causalidad, el mismo es en nuestra opinión incompleto para comprender el verdadero alcance de la carga de mitigar el daño. En efecto, no todos los sistemas jurídicos adoptan la teoría de la causalidad adecuada como presupuesto de la responsabilidad contractual. Qué sucede en aquellos sistemas que adoptan la teoría de la equivalencia de condiciones?

Pero incluso si se admitiera que la causalidad adecuada es la teoría mayormente utilizada por los países latinoamericanos, no puede negarse que el incumplimiento del deudor está siempre al origen del daño evitable, aún cuando no constituye en todos los casos el antecedente necesario del mismo. Si se analiza con detenimiento, resulta difícil de afirmar en forma absoluta que el daño evitable debe asimilarse en todos los casos a una consecuencia no necesaria del incumplimiento. Si el daño evitable debe asimilarse en todos los casos a una consecuencia no necesaria del incumplimiento, no tendría mucho sentido hablar de la reducción del deber indemnización por parte del deudor si se trata precisamente de daños que no son indemnizables por el deudor. Tampoco tendría mucho sentido desarrollar un contenido particular en relación a la carga de mitigar el daño. Y es que la carga de evitar el daño comprende cualquier daño consecuencia del incumplimiento, y más aún aquellos que son su consecuencia directa. No porque sea consecuencia directa del incumplimiento, el daño no debe ser evitable. Cómo justificar entonces que el daño evitable no es consecuencia necesaria del incumplimiento pero los costos de su mitigación sí son consecuencia directa del incumplimiento. Asimilar el daño evitable al daño indirecto es recurrir a una simplificación que no se corresponde necesariamente en todos los casos con la realidad de las cosas.

En nuestra opinión, la particularidad de la mitigación del daño está precisamente en establecer un límite adicional a los límites tradicionales del daño reparable contractual, diferente del carácter previsible y directo del daño y de la compensación de faltas del acreedor y del deudor. Desde este punto de vista, según los PLDC, en materia contractual serán indemnizable los daños previsible, que sean consecuencia inmediata y directa – necesaria – del incumplimiento, y que no sean evitables por medidas razonables de acuerdo a la buena fe objetiva por parte del acreedor. En este último caso, poco importa que los daños evitables sean una consecuencia necesaria o no del incumplimiento. Es el deber fundado en la buena fe objetiva el que permite darle un contenido propio a la carga de mitigar el daño. Es la recepción en los principios de una carga fundada en el deber de cooperación que emana del principio de la buena fe objetiva en materia contractual, la que permite a los sistemas latinoamericanos dar entrada a los imperativos de la eficiencia contractual.

La buena fe tiene sin duda incidencia en el análisis de la causalidad de daño indemnizable. Establecido el deber de mitigar el daño sobre el principio de la buena fe objetiva, su violación tiene como consecuencia la ruptura del vínculo de causalidad entre el daño evitable y el incumplimiento, pues si le corresponde al acreedor evitar los daños con medidas razonables, los mismos no podrían considerarse daños directos e inmediatos – “necesarios” del incumplimiento, tampoco podrían considerarse dentro de la categoría de daños

previsibles, e incluso sería difícil refutar que la reducción de la indemnización deriva de una verdadera compensación de faltas entre el incumplimiento del deudor y la falta del acreedor en evitar el daño conforme impone la buena fe objetiva. Se trata de una norma que coloca en cabeza del acreedor el riesgo de los daños evitables razonablemente, y en cabeza del deudor el reembolso de los costos razonables de la mitigación.

La noción de la buena fe objetiva, si bien aparece como un recurso imperfecto, es sin duda el fundamento que permite una recepción más amplia del mecanismo de mitigación de daños. Por su parte, el recurso a la causalidad adecuada, como instrumento exclusivo de recepción del mecanismo de mitigación de daños, es técnicamente correcto como fundamento jurídico en aquellos países en los cuales no existe norma expresa que consagre el deber de mitigar los daños, sin embargo, la causalidad directa y necesaria, como requisito del daño indemnizable, reduce a su mínima expresión la carga de mitigar el daño, y no da cuenta de la verdadera función del mecanismo, esto es, permitir la entrada de los imperativos de la eficiencia económica en el derecho continental de los contratos.

Teniendo presente lo anterior, y a los fines de entender el contenido y los efectos de la carga de mitigar los daños en los PLDC, conviene entonces revisar cual es su regulación jurídica.

3. Regulación jurídica de la carga de mitigar el daño

El mecanismo puede analizarse en dos etapas sucesivas. En una primera etapa debe precisarse cual es contenido de la carga que pesa sobre el acreedor (1). Una vez definido su contenido, debe analizarse los efectos que conlleva su omisión o cumplimiento (2).

3.1. La contenido de la carga de mitigar los daños en los PLDC

Según el artículo 109 PLDC, “*La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el daño*”. Así, la carga de mitigar el daño producto del incumplimiento tiene dos condiciones de procedencia: el incumplimiento del deudor y que dichos daños sean evitables por el acreedor a través de medidas razonables de acuerdo con la buena fe. Una vez constatado el incumplimiento en los términos del artículo 83 de los PLDC, si el acreedor no quiere ver reducida la indemnización de los daños reparables causados por el incumplimiento, debe adoptar las medidas que sean razonables para mitigar el daño, según los criterios de la *buena fe objetiva*.

Como fue mencionado anteriormente, los PLDC asume como fundamento de la carga de mitigar el daño el principio de la buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos. En este sentido, las medidas que debe adoptar el acreedor son las medidas *razonables de acuerdo a la buena fe*.

La buena fe objetiva, por su parte, traduce el deber de cooperación, de lealtad, de probidad y honestidad que deben observar cada una de las partes a los fines de permitir que

cada una de ellas logre satisfacer su expectativa contractual. La buena fe objetiva⁴⁵ en la ejecución de los contratos es un principio reconocido en todas las legislaciones latinoamericanas en materia de contratos⁴⁶.

Lo razonable, es en cambio, un concepto jurídico indeterminado⁴⁷. Lo razonable es un estándar de actuación que permite juzgar un comportamiento de acuerdo a un parámetro ideal de conducta en el cual están de acuerdo un grupo de personas en un momento dado. Vendría definida por un estándar abstracto del buen padre de familia, es decir, que el acreedor debe comportarse como una persona diligente y razonable debió comportarse en la misma situación a los fines de disminuir el costo de la solución del conflicto, tomando en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y práctica de la actividad⁴⁸.

En este sentido, a los fines de definir cuando una medida es razonable, podemos tomar como referencia la definición que al respecto trae Los Principio Europeos de los Contratos. Según el artículo I:302 PELC *“Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”*.

⁴⁵ Para un estudio detallado sobre la noción de buena fe objetiva ver: M.L. Neme Villareal, *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que condice la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*, en *Revista De Derecho Privado Externado de Colombia*, 2009, n. 17, Bogotá, pp. 45-76.

⁴⁶ Ver Informes Argentino p 19, Informe Brasil p. 117, Informe Colombia pp. 207, Informe Chile, p 297-298, Informe Paraguay pp. 380-381, Informe Uruguay pp. 486-489, Informe Venezuela p 561-562. Para un estudio detallado del tema ver A. Benavente, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Paris, Litec, 2009, p. 291.

⁴⁷ A. Vidal Olivares, *La noción de persona razonable en la compraventa internacional en estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez- Picazo*, Tomo II, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, 3285, para quien: *“La razón es la capacidad que tiene la persona para extraer o deducir, consecuencias correctas y justas de ciertos principios ya conocidos actuando bajo forma de imperativos hipotéticos que relacionan un medio a un fin determinado”*.

⁴⁸ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño- Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 391. Según expresa la profesora Lilian San Martín, el acreedor *“debe realizar todas aquellas actividades que, con base en a las circunstancias, y conforme a la experiencia, se presentan verosímelmente aptas para la evitación o mitigación del daño, y que además, sean económicamente adecuadas (proporcionadas) a las condiciones del contrato o del perjuicio sufrido. Al ponderar estas actividades el perjudicado debería actuar conforme lo haría el buen padre de familia, con prudencia y con mesura”*. En este sentido la profesora San Martín cita a A. Soler Presas, *Comentario al artículo 77 CISG*, en *La compraventa internacional de mercaderías comentario a la convención de Viena*, dirigido por Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Madrid, Civitas, 1998, p. 790. Para esta última autora: *“por razonable debe entenderse aquellas medidas que un comerciante cauteloso en la posición del acreedor habría adoptado. El nivel de exigencia lo marca pues el patrón de diligencia media en el tráfico adecuado a las circunstancias del caso (ordinary course of business). Estas medidas serán mayores cuando más arriesgado sea el negocio, sin que por ello esté obligado el acreedor a arriesgar su reputación comercial, a causar dolo a terceros o a embarcarse en complicados litigios”*. Según A. Vidal, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, op. cit., p. 269, explica que la medida es razonable: *“...son aquellas que un operador del tráfico ubicado en la misma posición del acreedor, actuando de buena fe y con la debida prudencia y moderación, adoptaría para mitigar y evitar las pérdidas”*.

Hay una sensación de ir en círculos cuando se define lo razonable en términos de lo que entiende una persona de buena fe en la misma situación que el acreedor, y la buena fe, en términos de lo que realizaría una persona razonable en la misma posición, de allí que se haga necesario encontrar elementos que sirva de guía al operador jurídico. Dicho lo anterior, a los fines de evaluar la razonabilidad de la medida, es imprescindible tener cuenta que la mitigación de daños por el acreedor es un mecanismo que tiene como fin la eficiencia económica del contrato.

Son los imperativos de la eficiencia económica los que justifican en el fondo la carga del acreedor de moderar los daños razonablemente evitables⁴⁹. Con ello se busca proteger el interés del acreedor al menor costo para el deudor, y por ende para la sociedad. La buena fe objetiva juega sin duda un rol fundamental a los fines de dar base jurídica y permitir la entrada de los imperativos de la eficiencia económica en la ecuación contractual. Ello es así en la medida que justifica la existencia del deber del acreedor de cooperar y comportarse leal y honestamente en la prevención del daño razonablemente evitable, no únicamente en protección de los intereses del deudor⁵⁰, lo cual ha sido incluso objeto de críticas⁵¹, sino en beneficio de la sociedad⁵².

La razonabilidad de la medida de acuerdo a la buena fe, como veremos de seguida, debe tomar en cuenta la función y el fin que está llamada a cumplir el mecanismo. No se trata de privilegiar la posición del deudor sobre la del acreedor, se trata de lograr un equilibrio de los intereses en juego, de manera que el acreedor logre satisfacer su interés, respetando el interés del deudor y al costo más óptimo para la sociedad. En este sentido, lo razonable de acuerdo a la buena fe es que si el acreedor dispone varias opciones que igualmente satisfacen su interés, el acreedor escoja aquella opción que implica menos costos.

Y es que la buena fe objetiva impone al acreedor un deber de cooperación y de corrección en busca de la eficiencia económica del contrato. La razonabilidad de su actuación estará enmarcada, en cada caso particular, por la distintas opciones que se le presentan al acreedor al momento del incumplimiento para obtener la satisfacción de su interés. La razonabilidad de su actuación implicará la realización de un juicio de valor mediante la comparación entre la medida adoptada por acreedor dentro del abanico de opciones que tiene a su disposición, y de la medida que, estando a su alcance, es la más adecuada desde

⁴⁹ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, in LGDJ, Paris, 2006, pp. 20-35.

⁵⁰ A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños*, en Colección de Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 258, 262.

⁵¹ C. Pizarro, *Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 41, Valparaíso, dic. 2013.

⁵² R. Domínguez Aguila, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 5, 2005, p. 224; J. Annicchiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en centenario de su fundación 1915-2015*, Caracas, Anciepol, 2015, p. 2688.

el punto de vista económico, es decir, la medida más eficiente económicamente. La opción más eficiente será aquella que, permitiendo igualmente al acreedor satisfacer su interés contractual, evite la mayor cantidad de daños, y por ende, costos a la sociedad.

No existe una fórmula escrita que le dé contenido a dicho concepto de razonabilidad y de buena fe, pues ellas van a depender siempre del caso y de las circunstancias concretas. Las medidas pueden ir desde escoger el remedio menos oneroso para el deudor, la celebración de una operación de reemplazo, la aceptación de ciertos términos contractuales, el otorgamiento de lapsos, entre otros⁵³. En definitiva, todas aquellas medidas que sin afectar la satisfacción del interés contractual del acreedor, permitan disminuir las consecuencias negativas del incumplimiento para el deudor. En suma, es razonable, que entre varias opciones que colocan al acreedor en la misma situación en que se encontraría si se hubiera ejecutado el contrato, el acreedor adopte la opción que sea menos costosa para el deudor, y por ende, para la sociedad. Por el contrario, es irrazonable y contrario a la buena fe, que el acreedor omita la opción más eficiente, si su interés será igualmente satisfecho.

En este sentido, se podría decir que la medida será razonable de acuerdo a la buena fe objetiva si: 1. La medida no afecta la satisfacción del interés contractual del acreedor. 2. La medida no representa un esfuerzo fuera del alcance del acreedor. 3. El costo de la medida es menor que el costo de los daños previsibles que se evitan con su empleo. 4.-La medida previsiblemente permite evitar los daños reparables producto del incumplimiento, aunque su realización resulte infructuosa.

En efecto, en primer lugar la medida que debe adoptar el acreedor a los fines de mitigar el daño no debe afectar la posibilidad de ver satisfecho su interés contractual. Así por ejemplo, si la obligación incumplida tiene como objeto la transmisión de un bien infungible, ante el incumplimiento de dicha prestación por parte del deudor, no puede imponérsele al acreedor que renuncie a dicho interés principal ante la ausencia de un sustituto real en el mercado. En cambio, será razonable acudir a un sustituto en el mercado cada vez que la prestación sea fungible y su reemplazo no afecte el interés del acreedor. Es el caso, por ejemplo, de la persona que compra una obra de arte o de quien compra un inmueble. En dichos casos la no fungibilidad de la prestación impiden un reemplazo que permita evitar daños mayores, el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico, y a la indemnización de daños y perjuicios por la demora. Es cierto que los daños en la demora pueden ser reducidos, pero en dicho caso, la reducción de dichos daños externos no implican una renuncia al interés contractual.

En segundo lugar, las medidas que imponen la carga de mitigar el daño, serán razonables siempre que ellas no impliquen un esfuerzo no razonable por estar fuera del alcance del acreedor. A los fines de determinar que es un esfuerzo razonable y que no lo es, deberá

⁵³ A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños*, op. cit., p. 270.

tomarse en cuenta la capacidad económica, financiera o técnica, así como las circunstancias particulares del acreedor al momento del incumplimiento del contrato por parte del deudor. Hay aquí una apreciación de la razonabilidad de la medida que debe adoptar el acreedor en función sus competencias concretas al momento del incumplimiento. Así los *Restatements (Second)* en derecho de contratos, en su sección 350, establece claramente que los daños no serán indemnizados si el acreedor los podría haber evitados *without undue risk, burden or humiliation*, es decir, sin asumir un riesgo, carga o humillación indebida. Por ejemplo, si la prestación es fungible y el acreedor no cuenta con la capacidad financiera para su reemplazo, en consideración de las circunstancias particulares del acreedor al momento del incumplimiento, la no realización del reemplazo, no debería traer como consecuencia la reducción de la indemnización. Si el daño es evitable a través de una medida que desprestigia al acreedor, o que le impone hacer un sacrificio contrario a sus intereses, el esfuerzo para evitar el daño deja de ser razonable, y de consumarse el daño, debe ser reparado por el deudor de la obligación incumplida. La razonabilidad y la buena fe, son nociones dúctiles y que otorgan al juez un margen discrecional de apreciación difícil de medir con parámetros objetivos. En este caso, la conducta del patrón abstracto del buen padre de familia o del hombre normalmente diligente colocado en la misma situación que el acreedor, debe guiar al interprete y las circunstancias que lo condicionan o habilitan al momento del incumplimiento contractual deben ser tomadas en cuenta. Esta manera de apreciar la carga de mitigar el daño es correcta, en la medida que la misma constituye una excepción al principio de la reparación integral del daño. Desde el punto de vista económico, de lo que se trata es de colocar la carga de mitigar el daño en cabeza de quien está en mejor posición para evitar los daños subsecuentes al incumplimiento, esto es, a quién le resulte menos costoso, siempre que esté en la capacidad de tomar las medidas.

En tercer lugar, las medidas para moderar el daño producto del incumplimiento deben ser menos costosas que el daño que se evitan con su empleo⁵⁴. Así, si para evitar la producción del daño mayor el acreedor toma medidas desproporcionadas sabiendo que las mismas superan el costo de los daños que se evitan con su empleo, las medidas no serían razonables y en consecuencia, el acreedor tendría derecho al reembolso de los gastos empleados únicamente hasta por el monto razonable. Para ilustrar este caso, los principios europeos de los contratos colocan como ejemplo el caso de una persona que compra un vehículo usado por 750 euros, con la garantía de que el vehículo se encuentra en buen estado y listo para andar. El comprador se da cuenta al recibir el vehículo que el vehículo no puede andar y ordena reparaciones por el orden de 1500 euros. El comprador ordena la reparación del vehículo, cuando en el mercado puede conseguirse un vehículo de las mismas características en buen estado por la cantidad de 800 euros. En dicho caso, el

⁵⁴ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 405

comprador no tendría derecho a la indemnización por parte del vendedor por el monto de 1500 euros, sólo tendría derecho a la cantidad de 800 euros, pues el costo de las medidas supera desproporcionadamente y de manera previsible el costo de los daños. La medida así tomada sería considerada no razonable⁵⁵.

En cuarto lugar, la medida es razonable si previsiblemente permite evitar los daños reparables producto del incumplimiento⁵⁶. En este sentido, no será razonable cuando la medida no es previsiblemente apta para evitar el daño. Por otro lado, si la medida es previsiblemente apta para evitar o moderar el daño pero resulta infructuosa, la medida no es por esa razón menos razonable. Por el contrario, si la medida no era razonablemente apta para minimizar el daño, el acreedor verá su indemnización reducida por el valor de los daños evitables y no podrá recuperar los costos incurridos.

Por último debe tenerse en cuenta que el acreedor incumple su deber de mitigar el daño cada vez que omite la realización de medidas razonables o cada vez que realiza medidas irrazonables o desproporcionadas. En ambos casos, el acreedor debe soportar reducción de la indemnización del acreedor de los daños evitables o la reducción de los gastos empleados a los costos razonables.

3.2. Efectos de la mitigación del daño del incumplimiento contractual

Según el artículo 109 de los PLDC, la carga de mitigar los daños del incumplimiento puede traer consigo, dependiendo de su realización o no, dos consecuencias: si no se lleva a cabo, la reducción de la indemnización debida por el deudor y, si es llevada a cabo, el reembolso de los costos razonables incurridos por el acreedor.

a) Reducción de la indemnización

El artículo 109 PLDC establece en su primer aparte que *“la indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el daño. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse”*. De manera que si el acreedor permanece pasivo y no adopta ninguna medida, u opta por acudir al remedio más costoso para el deudor, entonces el deudor tiene el derecho a la reducción del monto de la indemnización, el valor del daño que el acreedor pudo haber evitado con medidas razonables y no evitó. Es decir que la reducción de la mitigación corresponde a la cuantía que pudo haber sido mitigado con medidas razonables.

Este efecto tiene como característica, a diferencia de los sistemas de compensación de faltas o culpas, el que el deudor queda exonerado totalmente del daño que pudo haber

⁵⁵ Rouhette, *Principes du Droit Européen du Contrat, Version Française*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, n. 180.

⁵⁶ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., pp. 406-408

sido evitado con medidas razonables. Como se dijo anteriormente, no opera con respecto al mismo una estimación de la contribución del acreedor y del deudor a la producción del daño a los fines de determinar el monto de la indemnización. Y es que el acreedor tiene un deber que deriva de la buena fe objetiva de gestionar razonablemente los efectos negativos del incumplimiento. Se coloca el riesgo de los daños del incumplimiento evitables razonablemente en cabeza del acreedor. Al establecerse un deber en cabeza del acreedor, su incumplimiento destruye la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño evitable.

Para un sector de la doctrina⁵⁷, la obligación de mitigar los daños tal como está concebida en los países del *common law* es excesiva ya que se hace prevalecer en todo caso los intereses económicos sobre los intereses de la víctimas. El incumplimiento de esta carga conduce en algunos casos a privar la víctima de cualquier tipo de reparación. Y es que dicha carga deriva de un escogencia a favor de la eficiencia económica del contrato, la cual, no es compatible con el principio de la reparación integral de los daños. Se afirma en este sentido que la transposición en derecho de mecanismos jurídicos extranjeros producen necesariamente dificultades. Eso es lo que explica que la Corte de Casación francesa rechace colocar en cabeza de las víctimas la carga de minimizar o limitar los daños⁵⁸.

Dicha posición es en nuestra opinión discutible, y en cualquier caso excesiva. No quiere decir sin embargo que se deba considerar siempre como culposa la actuación del la víctima que no toma medidas para evitar el daño que le causa el deudor al incumplir el contrato, pero tampoco puede admitirse en una sociedad que las víctimas, teniendo en sus manos la posibilidad de reducir y evitar los daños no lo hagan por puro capricho, incurriendo en conductas irrazonables, negligentes y hasta dolosas. Parte de la doctrina comentada acepta que el dogma de la reparación integral del daño no justifica la actuación irrazonable del acreedor y afirman la existencia de fundamentos jurídicos para la admisión de este mecanismo, admitiendo una distribución de los efectos negativos del daño entre el deudor y el acreedor en la medida de la participación de su culpa en la producción del daño. El problema en Francia como en Latinoamérica, particularmente en aquellos países en que la carga no consagrada por un texto normativo, radica principalmente en el fundamento legal que se adopte.

En efecto, si la carga de mitigar el daño producto del incumplimiento es consagrada por un texto normativo, más allá de su fundamento jurídico, la reducción de la indemnización será equivalente al daño evitable razonablemente, la norma coloca los riesgos de la producción del daño evitable razonablemente en cabeza del acreedor. Por el contrario, la extensión de la reducción de la indemnización dependerá del fundamento jurídico que se adopte en aquellos países que no cuentan con una regulación expresa.

⁵⁷ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations et la responsabilité Civile Extracontractuelle*, Paris, Économica, 2007, p. 484.

⁵⁸ O. Deshayes, *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français*, in *Revue des Contrats*, 2010, n. 3.

Así, si el fundamento jurídico es exclusivamente la causalidad, todo daño que no es una consecuencia necesaria del incumplimiento no está sujeto a indemnización. De allí que considerar el daño evitable como una consecuencia no necesaria del incumplimiento, trae como consecuencia que el deudor queda exonerado totalmente de la indemnización del daño evitable.

Si el fundamento de la carga de tomar las medidas razonables para evitar los daños del incumplimiento, por su parte, es el deber de lealtad y corrección que deriva del principio de buena fe objetiva, el incumplimiento de dicho deber por parte del acreedor implicaría que a la producción del daño concurren la falta del deudor y la falta de la víctima. De allí que la reducción de la indemnización no sería bajo la regla “todo o nada”, sino que entraría a aplicar la regla de la compensación de faltas, de manera que la indemnización debería reducirse en la medida de la gravedad del incumplimiento del acreedor. No podría decirse que el deber que emana del principio de buena fe objetiva en la ejecución de los contratos en cabeza del acreedor destruye de forma absoluta el vínculo de causalidad, salvo cuando el daño evitable es enteramente imputable a la omisión del acreedor. En nuestra opinión, cuando la carga de mitigar el daño tiene su fundamento en la buena fe objetiva, es posible que el juez pondere la gravedad del incumplimiento del acreedor y del deudor a los fines de determinar la reducción de la indemnización a que tiene derecho el deudor.

Como se mencionó anteriormente, la carga de mitigar el daño producto del incumplimiento tiene como condición de su procedencia el incumplimiento del deudor y que dichos daños sean evitable a través de medidas razonables, de allí que el acreedor tiene derecho al reembolso de los costos en que haya incurrido para moderar o evitar el daño. Esto es así, pues dichos costos son una consecuencia necesaria del incumplimiento.

b) Reembolso de los costos incurridos

Según el artículo 109 de los PLDC “*el acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas*”. Si el acreedor toma las medidas razonables para que el daño producto del incumplimiento disminuya, el acreedor tendrá derecho a exigirle al deudor, además de la reparación de los daños del incumplimiento, el reembolso de los gastos razonables utilizados para mitigar los efectos del incumplimiento. No se le exige al acreedor sino las medidas razonables que puede esperarse de un persona diligente que actúe de buena fe.

Si bien tal derecho está consagrado directamente en la mayoría de los sistemas que admiten la mitigación del daño, el mismo deriva del derecho del acreedor a obtener la reparación integral del daño que le causa el incumplimiento. Es en cualquier caso una solución de buen sentido pues en definitiva el acreedor disminuye con su actuación el monto de la indemnización en principio debida por el deudor. Es sobre esta fundamentación que los Principios Europeos de los Contratos, los Principios Unidroit y lo la Convención de Viena lo consagran expresamente.

Llama la atención que el texto de los principios no limiten el reembolso a los gastos razonables de forma expresa. Y es que como fue dicho anteriormente, la víctima no puede evitar los daños a cualquier costo, la carga del acreedor tiene como contenido sólo aque-

llas medidas que sean razonable, según las condiciones enumeradas con anterioridad. En efecto, el perjudicado debe analizar la operación e intervenir si el costo de la intervención es menor al que se pretende evitar, y sólo si la intervención es previsiblemente apta para evitar el daño⁵⁹. En cualquier caso debe interpretarse que el reembolso de los costos de lo que se haya invertido en las medidas de mitigación, deben limitarse, al costo de las medidas razonables realizadas en la mitigación del daño.

Si la medida va más allá de requerido por la norma, es decir afecta el interés del acreedor, o representa un esfuerzo fuera del alcance del acreedor, y dicho esfuerzo implica un costo para el acreedor que afecta en forma voluntaria su interés contractual, el deudor no estará obligado a indemnizar dicho costo sino en la medida que sea razonable para evitar el daño. Así mismo, si el costo de la medida es previsiblemente mayor al daño que se pretende evitar, los costos indemnizables serán limitados a los costos razonables para evitar los daños al momento del incumplimiento. De igual manera, si las medidas empleadas no guardan relación con el daño que se pretende evitar, pues no eran previsiblemente aptas para evitarlas, tampoco el acreedor tendrá derecho al reembolso de dichos costos por el deudor.

Finalmente, el acreedor que realiza las medidas razonables en los términos expuestos tiene derecho al reembolso, incluso en aquellos casos en los cuales la medida no logró evitar o mitigar el daño. Y es que el contenido de la carga de mitigar el daño en los términos del artículo 109 PLDC debe entenderse como un deber de medio o de mera conducta y no como un deber de resultado⁶⁰.

Debe tenerse en cuenta que la indemnización a que tiene derecho el acreedor corresponde, en cualquier caso, a los daños producto del incumplimiento, es decir el llamado daño interno, y a los daños externos reparables, siempre que sean: 1. Previsibles, 2. Consecuencia inmediata del incumplimiento, 3. No evitables razonablemente de acuerdo con la buena fe. Esta manera de realizar el cálculo del *quantum* de la reparación se aprecia claramente en las regulaciones de la operación de reemplazo que traen las normas de derecho uniforme internacional, tal como veremos más adelante.

En el caso de que el deudor incurra en un incumplimiento doloso, el deber de mitigar el daño producto del incumplimiento no debe sufrir ninguna variación. En efecto, si bien no son aplicables los límites de previsibilidad del daño indemnizable, la carga de mitigar el daño que pesa en cabeza del acreedor se mantiene intacta. En definitiva, los imperativos de la eficiencia económica, que inspiran el mecanismo de la mitigación de daños, no permiten exonerar al acreedor de buscar la solución eficiente al incumplimiento, evitando de esa forma la producción de daños evitables, aumentando los costos del deudor y por ende de la sociedad en su conjunto. Entre los intereses en juego debe prevalecer el interés

⁵⁹ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 405.

⁶⁰ A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños*, op. cit., p. 267.

colectivo, frente al interés del acreedor o del deudor. Así como la causalidad necesaria no se encuentra afectada por el dolo del deudor en el incumplimiento, tampoco lo está el deber de mitigar el daño.

4. Aplicación del principio de mitigación de daños en otras normas de los PLDC

La carga de mitigar el daño producto del incumplimiento es una carga que afecta exclusivamente la indemnización de daños. Es decir que si el acreedor, ante la libertad de escogencia de medios de tutela que proponen los PLDC, decide por acudir a un medio de tutela diferente, dicha carga no tiene efectos, pues la misma debe ser entendida exclusivamente como un mecanismo de valoración del quantum de la indemnización cuando dicho medio de tutela es el mecanismo escogido por el acreedor. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la indemnización de daños es exigible, siempre que no sea incompatible con otros medios de tutelas previstos en los PLDC. De manera que allí donde sea compatible, la carga de mitigar el daño será aplicable.

Adicionalmente, la carga de mitigar el daño justifica otras hipótesis normativas reguladas en los PLDC, razón por la cual en dichas hipótesis debe tenerse en cuenta su régimen jurídico. Lo anterior se puede constatar al menos en tres hipótesis, cuyo desarrollo escapa del objeto del presente trabajo y que sólo serán mencionadas a los fines descritos. Se trata de la regulación de la ejecución en forma específica, en la operación de reemplazo, y en la jerarquía de los medios de tutela.

a) La ejecución en forma específica

El artículo 93 (2)(d) de los PLDC establece que cuando la obligación no incumplida no se refiere a una obligación dineraria, el cumplimiento específico no procede si existe un medio de tutela menos gravoso. En efecto el referido artículo establece expresamente lo siguiente: “...*Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultar extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela...*”.

La referida norma encuentra su justificación directamente en el principio de la mitigación de los daños producto del incumplimiento. Y es que si frente al incumplimiento el acreedor puede igualmente lograr la satisfacción de su interés contractual mediante otro medio de tutela, no es razonable, de acuerdo a la buena fe objetiva, que el acreedor insista en hacer valer medio de tutela más costoso para el deudor, y por ende a la sociedad. Esta limitación no tiene otra justificación que el reconocimiento de los imperativos de la eficiencia económica en materia contractual.

Si ello es cierto, saber cuando la ejecución específica es extremadamente gravoso para el deudor aparece como una circunstancia de difícil determinación. En efecto pareciera que la misma alude a la valoración en concreto de la situación patrimonial del deudor. En nuestra opinión la limitación debería establecerse con base en un mecanismo de apre-

ciación abstracto y objetivo, es decir, lo que es gravoso para una persona normalmente diligente ubicada en la misma posición del deudor, o lo que para una persona razonable ubicada en la misma condición del deudor podría considerar gravosos teniendo en cuenta las circunstancias ordinarias del tráfico.

b) La resolución del contrato y la operación de reemplazo

La misma fue objeto de discusión por el grupo de académicos encargado de la redacción de los PLDC. En efecto, su regulación es una constante en los instrumentos de derecho internacional de contratos⁶¹. Sin embargo, no se incluyó una normativa expresa en relación a la forma del cálculo de *quantum* de la indemnización en el supuesto que el acreedor decida resolver unilateralmente el contrato y realizar una operación de reemplazo. Y es que la normativa en los instrumentos internacionales que regulan el cálculo del *quantum* de la indemnización que corresponde al acreedor que realiza la operación de reemplazo, no es sino una aplicación de la carga del acreedor de mitigar los daños.

En efecto, si el acreedor resuelve el contrato y realiza la operación de reemplazo, el acreedor podrá pedir una indemnización igual a la diferencia entre el precio del contrato y precio de la operación reemplazo siempre que el mismo sea razonable. Si no se hace el reemplazo o el precio del sustituto no es razonable, y la operación de reemplazo es el medio de tutela más eficiente, pues es la medida que satisface el interés del acreedor al menor costo para el deudor, el acreedor sólo tendrá derecho, como indemnización de daños, a la diferencia entre el precio del contrato original y el precio corriente del mercado⁶². En dicho caso, el acreedor no tendrá derecho al cumplimiento específico en aplicación del artículo 93 (2) (d) de los PLDC.

En definitiva, dichos límites razonables a la indemnización no son otra cosa que la aplicación del régimen de la carga de mitigar el daño a la operación de reemplazo y la función de la operación de reemplazo como medida de mitigación de los daños del incumplimiento. La carga de mitigar los daños, es además un mecanismo de control de los medios de justicia privada aplicable al sistema que proponen los PLDC, dispuestos a favor de la realización del interés del acreedor.

⁶¹ En efecto según disponen los PELC (Artículo 9:506), los principios Unidroit (Artículo 7.4.5) y la Convención de Viena (Artículo 75 y 76), cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección. Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y no haya celebrado un negocio de reemplazo, pero exista un precio corriente de mercado para la prestación objeto del primer contrato, este perjudicado podrá resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida.

⁶² Obviamente esto es así, siempre que el precio de la operación del reemplazo sea mayor al precio del contrato original, si el precio de la operación de reemplazo es inferior al precio del contrato, el acreedor no tendrá obviamente derecho a daños, pues no existen. La ganancia deberá descontarse de cualquier otra indemnización

Debe decirse que la aceptación del remedio de resolución y reemplazo, tal como lo proponen los PLDC, en los ordenamientos jurídicos que siguen el sistema voluntarista del *Code* es únicamente coherente mediante el reconocimiento de la facultad de resolución unilateral del contrato y una obligación de moderar el daño. Si no se reconoce tal deber, se trasladaría la ineficiencia de los sistemas tradicionales, que impiden la terminación del contrato y el reemplazo, dejando al acreedor dentro de un contrato fallido, y sin ninguna posibilidad de evitar los daños externos, a un sistema en el que el acreedor, si bien tiene la potestad de deshacer unilateralmente el contrato, no está obligado actuar razonablemente para obtener el reemplazo y evitar las externalidades y perjuicios producto del incumplimiento, cuando es la satisfacción del acreedor al menor costo para la sociedad, lo que precisamente se persigue. El acreedor que sabe que no tendrá derecho a la indemnización de los daños exteriores, en cambio, se verá obligado a realizar un esfuerzo por evitar que estos sucedan. Se verá obligado a realizar el reemplazo de la manera más razonable y eficiente que le sea posible, de manera que pueda alcanzar la satisfacción de su interés específico, que no es otro que obtener la misma prestación al mismo precio acordado en el contrato original. Si bien no se incluyó una normativa expresa en relación al cálculo del *quantum* de la indemnización en el caso de la operación de reemplazo en los PLDC, la misma debe inferirse de la norma que consagra la carga de mitigar el daño.

Por último, si bien el artículo 91 de los PLDC establece el derecho del acreedor de elegir libremente entre los medios de tutela allí previstos en caso de incumplimiento, la carga de mitigar el daño tiene un efecto práctico en la libre escogencia del medio de tutela por parte del acreedor.

c) Jerarquización de hecho de los remedios

En el sistema clásico voluntarista del *Code* rige el principio de la primacía de la ejecución en especie⁶³. Si el contenido del derecho subjetivo de crédito del acreedor define el límite y contenido del deber de prestación del deudor, lo lógico es que el acreedor, frente al incumplimiento, tenga el derecho a reclamar en justicia la prestación prometida por el deudor y no otra cosa. Sólo cuando no es posible el cumplimiento específico de la obligación, se le permite al acreedor optar entre la resolución del contrato y la indemnización de los daños o ejecución por equivalente y daños⁶⁴.

A diferencia de lo anterior, los PLDC postulan la libertad del acreedor de escoger el remedio que mejor satisface sus intereses. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, la libertad en la elección del remedio debe ejercerse de forma razonable. Si el acreedor escoge el remedio más oneroso para el deudor, cuando puede obtener igual satisfacción a su interés a través de otro remedio, en principio estaría violando su deber de mitigar el daño que le

⁶³ J. Mélich-Orsini, *Doctrina General Del Contrato*, Serie Estudios, n. 61, 4a Ed. Caracas, Anciepol, 2006, p. 451

⁶⁴ J. Annichiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, *Op. cit.*, p. 285.

causa el incumplimiento. En este sentido, el deudor tendría la posibilidad de solicitar una reducción de los daños y perjuicios que deba pagar al acreedor en la medida del valor del daño que pudo ser evitada.

Así las cosas, cada vez que se trate del incumplimiento de deberes fungibles, sea que se trate de obligaciones de dar sobre bienes fungibles, o de obligaciones de hacer sobre conductas fungibles, el remedio menos costoso para el deudor que igual satisface al acreedor, en la mayoría de los casos, será la operación de reemplazo. Si por ejemplo, el acreedor que es víctima de un incumplimiento, en lugar de valerse del mecanismo de resolución y reemplazo, decide solicitar el cumplimiento específico y la indemnización de daños externos por el retardo, o bien la indemnización de daños externos producto del incumplimiento, en tal caso, si la operación de reemplazo es la más eficiente, el deudor podrá alegar la violación del deber de mitigar los daños y solicitar la reducción de la indemnización de los daños. Esto es así pues con la elección del remedio más razonable se evita la producción de daños mayores. El daño exterior deberá soportarlo el acreedor, por violar su carga de mitigar el daño.

De manera que los PLDC, a través del deber de mitigar el daño, establece, en términos prácticos, una jerarquía entre los remedios. De hecho, como fue mencionado anteriormente, según el artículo 93 (2) (d), cuando la obligación incumplida no se refiere a una obligación dineraria, “*Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela...*”. Es por ello que puede afirmarse que la aceptación del deber de mitigar el daño en un sistema que ofrece libertad de elección de remedios al acreedor se coloca la indemnización de daños como la regla, y el cumplimiento específico como un remedio de excepción. En nuestra opinión, tal solución es sólo en apariencia contraria a los postulados de los sistemas voluntaristas que dan primacía al cumplimiento en especie sobre los otros remedios. Y es que con el nuevo sistema se privilegia la posición del acreedor a obtener la satisfacción de su interés específico por el mecanismo que considere más adecuado, incluso fuera del contrato a través mediante la resolución y el reemplazo, siempre que ello no grave irrazonablemente al deudor y por ende a la sociedad. Esta protección del acreedor es sin duda más adecuada que aquella impone la primacía del cumplimiento en especie.

En aquellos sistemas en el que la libertad de la elección de los medios no es aún aceptada o en los cuales, siendo aceptada, la carga de mitigar los daños no tendrá incidencia en la elección de los medios por parte del acreedor, la carga de mitigar el daño será exclusivamente una mecanismo de determinación del *quantum* de la indemnización de daños derivada del incumplimiento contractual. En cambio, en aquellos países en los cuales se dé preeminencia a libre elección del remedio por el acreedor, y se limite su uso razonable y eficiente mediante la carga de mitigar el daño, se estará dando pleno reconocimiento al principio de la eficiencia contractual, propio de los sistemas utilitaristas. En nuestra opinión esta última opción no sólo es deseable en los sistemas latinoamericanos, sino que representa la tendencia mayoritaria y su inclusión en los PLDC merece ser aprobada.