UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

El "deber" de evitar o mitigar el daño

PROF. LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA

SAO PAULO – 27 DE MARZO DE 2014

El “deber” de evitar el daño

CISG Article 77

“A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated”

Codice Civile, art. 1227

«Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza»

Cuestiones previas

- **El marco conceptual del "deber"**
  - La responsabilidad civil: *an debeatur* y *quantum respondeatur*.
  - La premisa es la existencia de un incumplimiento imputable al deudor (o un hecho dañino por el cual el sujeto debe responder).
- **La pregunta que se intenta responder:**
  - ¿Cuál es la actitud que el ordenamiento jurídico espera del acreedor frente al incumplimiento del deudor (o hecho lesivo en general)? Supuesto que se espera una conducta proactiva, ¿cuáles son las consecuencias de la falta de proactividad?
- **Cuestiones relevantes:**
  - Origen y evolución.
  - Justificación y naturaleza jurídica
  - Funcionamiento

Origen… derribando mitos

- Mito 1: El origen del deber de evitar o mitigar el daño se encuentra en el *Common Law* mediante la figura del "hombre razonable" (*reasonable man*).
- Mito 2: El origen del deber de evitar o mitigar el daño se encuentra en la pandectística alemana que lo estableció mediante una "interpretación forzada" de las fuentes romanas.
- **En realidad…**
  - Hasta antes del Código Civil francés (1804), en el sistema romanista era pacífico que el resarcimiento del daño se calculaba sobre la base de lo que el acreedor no había podido evitar mediante una *operación de reemplazo* u otra medida diligente.
  - Los juristas daban por sentado que el contratante afectado celebraría una operación de reemplazo y avaluaban el resarcimiento conforme a la diferencia de precio entre el contrato primitivo y la operación de reemplazo. Otras medidas eran analizadas con mayor detención.

Fuentes: Digesto

- ***Labeo 5 post. a iav. epit.*** "Perdió el lavandero tus vestidos, tienes de donde reclamarlos, y no quieres reclamarlos; ejercitarás, sin embargo, contra el lavandero la acción de locación. Pero el juez habrá de estimar, si más bien puedes ejercitar la acción contra el ladrón, y recuperar de él tus cosas, bien que a costa del lavandero; pero si hubiere visto que esto te era imposible, entonces condenará ciertamente al lavandero a tu favor, pero te compelerá a que le cedas tus acciones".
- Pudiendo ejercerse la acción del hurto en contra del ladrón, el lavandero sólo será condenado a lo que cueste el ejercicio de esta acción. Si ello no es posible, el lavandero será condenado por el total del valor de lo vestidos perdidos.

Fuentes: Pothier

- Venta de una vaca enferma.
  - La vaca contagia a los demás animales y se mueren.
  - La falta de animales impide el cultivo del terreno.
  - Por la falta de cultivo no tiene dinero para pagar a los acreedores.
  - Por la falta de pago, los acreedores embargan y rematan los bienes.
- Pothier concluye que la falta de cultivo del campo no debe resarcirse porque "no es una pérdida absolutamente necesaria". El agricultor, podía haber obviado ese daño comprando otros animales o, si no tenía dinero para comprar, alquilándolos o, si tampoco tenía dinero para ello, dando en arriendo las tierras para que otro las cultivara.
- En suma, la falta de cultivo era un daño evitable y, por tanto, no resarcible.

El “daño evitable” constituye daño indirecto

- La doctrina de Pothier fue resumida por el codificador francés señalando incluso en caso de dolo, el deudor responde sólo por las “consecuencias inmediatas y directas” del incumplimiento.
- Por constituir un resumen de la doctrina de Pothier, esa frase lleva implícita la idea de necesidad del daño. Entendiéndose por “daño necesario” aquel que el acreedor no haya podido evitar.
- Utilizando la terminología adoptada por el Código Francés, podemos decir que el “daño evitable constituye daño indirecto”.
- Más tarde, la doctrina encontraría en la frase “consecuencias inmediatas y directas” la exigencia de nexo causal entre el incumplimiento y el daño. Así, actualmente podemos señalar que las *consecuencias innecesarias* del incumplimiento no tienen una conexión causal suficiente para que el deudor deba responder por ellas.

Naturaleza jurídica y justificación

- El acreedor no está *obligado* a actuar para evitar o mitigar sus pérdidas, sólo es llamado a actuar de esa manera si quiere obtener un resarcimiento integral del daño.
- El deudor no puede exigir al acreedor que se comporte de esa manera, pues el único beneficiario de la conducta es el acreedor mismo.
- En consecuencia, más que de un "deber" de evitar o mitigar el daño, corresponde hablar de una "carga" (onus) de evitar o mitigar el daño.
- Sin perjuicio de que pueda verse allí una manifestación del principio de buena fe, la justificación se encuentra en una "carga de diligencia" consigo mismo que impone el ordenamiento jurídico y que impide traspasar a los terceros las consecuencias de la propia negligencia: la doctrina italiana ha denominado a esta situación *autorresponsabilidad* en contraposición a la responsabilidad.

Funcionamiento

- El acreedor no puede traspasar al deudor los daños evitables, éstos son excluidos del *quantum respondeatur*.
- En la práctica ello significa:
  - El acreedor está llamado a adoptar las *medidas razonables* (empleo de la ordinaria diligencia) para evitar o mitigar las pérdidas.
  - El acreedor tiene derecho a recuperar el costo de la mitigación. Los *desembolsos razonables* que el acreedor realice para mitigar o evitar los daños son incluidos en el *quantum respondeatur*, incluso si resultan infructuosos.
  - Si el acreedor no adopta ninguna medida de mitigación o bien adopta medidas irrazonables (en naturaleza o costo), la indemnización se limita a lo que habrían costado las medidas de mitigación idóneas.

Adoptar las medidas razonables

- La conducta puede consistir en evitar un daño que aun no se ha producido o mitigar aquel que ya se ha verificado. Las medidas concretas dependen del caso. Lo más común será una operación de reemplazo: comprar las mercaderías a otro proveedor, contratar otro prestador de servicios, etc.
- No puede hacerse un listado a priori, lo importante es que sean *razonables*. La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, es la sociedad y las circunstancias del sujeto lo que determina la razonabilidad de la decisión.
- En sentido amplio, se considera razonable la decisión que soporten un test "costo-beneficio".
- Para realizar el análisis de razonabilidad hay que atenerse a:
  - La idoneidad de la medida
  - El costo
  - El tiempo en el cuál se realiza
  - El riesgo involucrado

La idoneidad de la medida

- El acreedor debe intentar aquellas medidas que tiendan a circunscribir el daño de acuerdo a las circunstancias del caso, no necesariamente debe adoptar la primera medida que tiene a la mano o la más rápida.

  Ejemplo: No se consideró razonable enviar a traducir los catálogos de unas máquinas compradas, en circunstancias que el vendedor era una multinacional y ya disponía de catálogos en el idioma requerido por el comprador.

El costo

- El acreedor deberá adoptar medidas que tiendan a circunscribir económicamente el daño, no ha agravarlo. Así,
  - No es razonable reparar una máquina cuando el valor de la reparación es mayor al valor de una máquina nueva.
  - Sí es razonable adquirir un boleto de primera clase para sustituir uno de clase económica, cuando la alternativa era no realizar el viaje. Dicha adquisición deja de ser razonable cuando existían boletos más económicos disponibles.

El tiempo

- En muchos casos la efectividad de la medida depende de que ella sea oportuna. La oportunidad depende de las circunstancias.
- En la industria de la moda dos meses han sido considerados razonables para intentar una venta de reemplazo, pues se trataba de vender zapatos invernales en agosto, cuando todos los comerciantes ya habían completado sus stocks para la próxima estación invernal y no estaban interesados en la adquisición. (Case 130 Germany: Oberlandesgericht Düsseldorf; 17 U 146/93).
- En la compraventa de fruta, dos meses son un plazo excesivo. Dos semanas se han considerado un plazo razonable.

El Riesgo

- Para valorar la decisión de si adoptar o no una medida de mitigación, será importante evaluar el riesgo (o probabilidades de éxito de la medida). Así, no será considerado negligente quien no adopte una medida arriesgada y con pocas probabilidades de éxito.
- Este análisis es particularmente relevante en los daños personales. Más allá de quienes consideran una contraposición entre la carga de mitigación y los daños personales, lo cierto es que un buen criterio para juzgar la razonabilidad de la decisión es las probabilidades de éxito que tenga la intervención, sobre todo si se considera que:
  - Se trata de una carga, no de un deber.
  - La razonabilidad está en el auditorio. La sociedad occidental considera razonable someterse a procedimientos médicos cuyo riesgo sea proporcional a los beneficios esperados.

El costo de la mitigación lo soporta el deudor

- El redescubrimiento de la carga de mitigación se debió a los costos de mitigación. A partir de estos se impuso la idea que el acreedor no sólo estaba facultado para intentar mitigar el daño y traspasar el costo al deudor, sino que tenía un "deber" de hacerlo.

  Caso: una curtiduría compra una máquina para realizar el curtido, que viene defectuosa. El vendedor la retira para repararla y se compromete a entregarla en un determinado plazo. Este plazo no se cumple y el comprador contrata a un tercero para que realice el curtido. Luego solicita, a título de indemnización, el valor del contrato con el tercero.

  La Corte resuelve que el gasto efectuado por el comprador al contratar con el tercero forma parte de los daños a que, según el artículo 74 CISG, tiene derecho el acreedor. Alemania: Oberlandesgericht Köln; 27 U 58/96, 8 de enero de 1997.

- El acreedor tiene derecho al costo de mitigación aunque la medida resulte infructuosa. En este caso, ese costo se suma al daño total. **Ejemplo**, un accidente en un hipódromo en que un caballo resulta lesionado. El dueño llama al veterinario que intenta salvarlo y luego decide sacrificarlo. La primera medida, infructuosa, también forma parte del *quantum respondeatur*.

La reducción

- Si el acreedor no adopta medidas de mitigación, o bien adopta medidas irrazonables, no tiene derecho al resarcimiento de todo el daño sufrido, pues se excluye "el daño que hubiera podido evitar".
- El daño evitable equivale al daño verdaderamente sufrido, menos el costo razonable de mitigación (costo hipotético).
- El acreedor tiene siempre derecho al "costo razonable de mitigación", aunque no haya incurrido en él.
- **Ejemplo:**

Pérdidas totales	**1.000.0000**
Costo razonable de mitigación	200.000
Daño evitable	800.000
Indemnización	200.000 (+ reajustes e intereses)

Muchas gracias

liliansanmartinneira@gmail.com
lsanmar@uahurtado.cl