

Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos

MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. Premisa. II. El reconocimiento del deber de mitigar el daño en normas de orden nacional y transnacional. A. Introducción. B. Reconocimiento en el derecho anglosajón. C. Derecho de origen romano-germánico. D. El deber de mitigar el daño en el ámbito del derecho comercial transnacional. III. Concepto y alcance del deber. IV. El conocimiento acerca del incumplimiento. V. La necesidad de adoptar medidas razonables. VI. El reconocimiento de los beneficios a que se ha hecho acreedor la víctima del incumplimiento como consecuencia del incumplimiento mismo. VII. ¿Cuáles daños y en qué cantidad? VIII. La carga de la prueba. IX. Conclusión

I. PREMISA

Durante más de un siglo, como respuesta a los problemas que genera la globalización cultural y económica, los especialistas en la ley del comercio internacional se han reunido en varios foros de discusión con el propósito de promover la convergencia y armonización de aquellas leyes nacionales que afectan las transacciones comerciales internacionales¹. En estos foros se ha buscado la concertación y divulgación de convenciones, leyes-modelo y otros instrumentos legales que,

1 P. B. STEPHAN, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, University of Virginia School of Law, Working Paper n.º 99-10, junio de 1999, 3. Ese impulso por reducir la diversidad entre los sistemas legales que gobiernan el comercio se ha manifestado desde el momento mismo en que las diversas culturas han desarrollado el comercio atravesando los límites políticos tradicionales. Una de las glorias de los imperios romano y bizantino era la coherencia de su ley, la cual no sólo unificó las reglas de comercio interno sino que también logró uniformidad normativa para grandes porciones del mundo comercial occidental. Igualmente, el renacimiento de la ley romana en Europa Occidental y Central durante los siglos X y XI tuvo mucho que ver con el deseo de varias ciudades mercantiles de lograr unas reglas uniformes que gobernarán el comercio entre los agentes de las diferentes regiones.

según sus creadores, son idóneos para gobernar este comercio². Ese proceso busca reconocer, claro está, los principios, usos y prácticas que los mismos agentes del comercio se han impuesto a través de los años, y que históricamente se han denominado "*lex mercatoria*"³. Hoy, por ejemplo, las ventas internacionales de bienes, los instrumentos bancarios y de pagos y los contratos de transporte, en gran parte, descansan en estas leyes o instrumentos⁴, los cuales, como se señala, reconocen las normas que los mismos comerciales se han impuesto a través de la historia.

En ese contexto, el siglo XX significó un período de evolución en donde se produjeron resultados alentadores en materia de armonización normativa. Tal y como lo señala MISTELIS⁵, el siglo XX se caracterizó por ser el "siglo de la transición". Como resultado de las dos guerras mundiales, se experimentó la creación de un nuevo marco geopolítico que llevó a una revolución en las legislaciones nacionales y a un movimiento integracionista o armonizador de las normas de derecho internacional privado y de derecho comercial internacional. Ese movimiento integracionista fue impulsado por las diversas agencias creadas para tal fin. En ese sentido, la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit, por su acrónimo en francés), se ha enfocado en la creación y negociación de muchos de los instrumentos de derecho internacional privado y de derecho comercial internacional que hoy se encuentran en vigor.

El siglo XX es también el momento en el que el derecho comercial internacional se consolidó como disciplina normativa. La ley o el derecho del comercio internacional en su percepción moderna fue en gran parte definida por CLIVE SCHMITTHOFF⁶, quien proporcionó una delimitación clara de aquello que debemos considerar como *derecho comercial internacional*. Al respecto el autor señaló que: "[...] la ley del comercio internacional cubre un excepcionalmente amplio espectro de la

- 2 H. J. BERMAN, "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)", 2 *Emory Journal of International Dispute Resolution*, 1988, 235.
- 3 CAMILO FRANCO LEGUIZAMO, "De la *lex mercatoria* a la *lex constructionis*", *Revista E-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 6, n.º 1, 2007, 2. La *lex mercatoria* es una denominación usada para identificar a un conjunto normativo, con carácter supranacional, con autonomía respecto de los ordenamientos estatales, y que no es otra cosa que la ley apropiada para la regulación de las relaciones económicas internacionales. Expresión latina con la que se evocan el *ius gentium* y las leyes del mar de Rodas en el contexto de la antigüedad, a la vez que la *law merchant* en Inglaterra, el *droit des foires* en Francia, el *ius mercatorum* en Italia y el *consolato del mare* en España, todos en el ámbito de la época medieval.
- 4 En ese contexto la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, las Reglas Uniformes sobre Crédito Documentario UCP y los convenios de La Haya y Varsovia sobre transporte marítimo y aéreo.
- 5 LOUKAS MISTELIS, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law reform. Some Fundamental Observations*, LASTRA (ed.), London, Kluwer, 2000, 153-173, 163-165.
- 6 CLIVE M. SCHMITTHOFF. "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation", en CLIVE SCHMITTHOFF (ed.), *The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade*, London, 1964, 3-38.

actividad económica. Esto incluye la venta internacional de bienes o mercaderías; la organización de mercados en el extranjero; las finanzas de las exportaciones; el seguro de exportaciones; el transporte de exportaciones; la resolución de disputas comerciales internacionales; los contratos de construcción y contratos a largo plazo; y la ley de aduanas⁷.

Este reconocimiento del *derecho comercial internacional* como disciplina normativa autónoma ha facilitado la labor integracionista o armonizadora de sus normas. Procesos estos que se han adelantado de diversas formas, unas más exitosas que las otras. Adicionalmente, el proceso armonizador se ha visto especialmente impulsado por el reconocimiento jurisprudencial, y en particular en el ámbito del arbitraje internacional, de los usos y prácticas comunes de los agentes del comercio internacional o lo que conocemos como *lex mercatoria*; *lex* que también ha sido objeto de codificación o recopilación por parte de diferentes agencias internacionales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), entre otras.

La armonización normativa se ha desarrollado por medio del reconocimiento de la existencia de unos principios comunes al derecho comercial internacional. Estos principios han sido objeto de compilación por parte de agencias internacionales como Unidroit⁸, aunque hay que señalar que esa labor de compilación de principios propios al derecho del comercio internacional no es nueva, ni es exclusiva. Antes de las codificaciones adelantadas por Unidroit, tratadistas provenientes de diferentes tradiciones jurídicas se habían dedicado a la identificación de unos principios universales de derecho. Entre ellos, LORD JUSTICE MUSTILL, quien hacía referencia al Principio del *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, *culpa in contrahendo*, *buena fe*, entre otros⁹. Igualmente, en el ámbito del derecho europeo encontramos el

7 SCHMITTHOFF. "Schmitthoff's Export Trade. The Law and Practice of International Trade", 9.^a ed., London, 1990, 15. En una manera más conceptual él añadió: "Las transacciones comerciales internacionales están relacionadas con la exportación de bienes o servicios de un país a otro [...] Estas transacciones son identificadas como transacciones de exportación. La realización de transacciones de exportación puede ser dividida en dos categorías: transacciones fundadas en el contrato para la venta internacional de bienes y aquellos contratos que tienen como su objeto el suministro de servicios en el extranjero, como la construcción de trabajos e instalaciones en otro país".

8 JORGE OVIEDO ALBAN. "Los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado", *Vniuersitas*, n.º 100, diciembre de 2000, 3. Según opinión de expertos, los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva.

9 MARTEN BOS e IAN BROWNLIE. *The new Lex Mercatoria: the first twenty-five years*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 149 a 174.

proyecto de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos¹⁰, y el proyecto OHADA en el ámbito del derecho privado de los países africanos¹¹.

Ahora bien, entre los diversos principios que han sido reconocidos por la doctrina internacional se destaca el principio de la buena fe¹², al que se ha otorgado el carácter de obligatorio e inmodificable. Como se ha señalado por diversos autores y se ha ratificado en múltiples sentencias judiciales y laudos arbitrales¹³, "en el mundo está triunfando la solución del derecho continental europeo que eleva la buena fe a principio general y de orden público, convirtiéndola en una obligación que se halla implícita en todos los negocios y contratos"¹⁴.

La buena fe es un principio general del derecho que opera como cláusula general (*Generalklausen*, como expresa la doctrina alemana). No hay duda de que la buena fe (objetiva) alude a la lealtad y corrección que deben observar las partes en el desenvolvimiento de las relaciones negociales¹⁵.

- 10 PETER SCHLECHTRIEM. "Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations", *10 Jurídica Internacional*, 2005, 27-34. *The so-called Principles of European Contract Law, published in three parts - in 1995 (I), 1999 (I and II), and 2003 (III) - by a private group of scholars that grew from the small circle assembled around the founder of this project, Copenhagen's Professor of Commercial Law Ole Lando (and, therefore, was long known as the Lando Commission), to a group quite impressive in both scholarship and numbers, also show similarities with the core solutions of the CISG, although, like the Unidroit Principles, they cover a wider area of the portion of law that Europeans tend to qualify as the law of obligations and tend to address more details, not always avoiding the risks of provisions that are too detailed. Nevertheless, the 'European Principles' have become a basis and framework for further attempts on the European level -- in particular, the work of the Study Group on a European Civil Code, founded and chaired by Professor Christian von Bar of Osnabruck, Germany, and now entrusted by the EC Commission to draft a Common Frame of Reference for a European Contract Law.*
- 11 La Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA) ha unificado las leyes comerciales regionales en un grado sin precedentes. Hasta hace poco, la mayoría de los estados africanos estaban agobiados por unos sistemas jurídicos obsoletos, algunos de los cuales se remontaban a 1807, a la época de NAPOLEÓN. Desde su fundación en 1993, la OHADA ha formulado, promovido y aplicado por medio de los tribunales un importante cuerpo de leyes mercantiles uniformes. Los principales objetivos de la OHADA son: 1. unificar la legislación mercantil en sus países miembros; 2. crear un Tribunal Supremo para todos estos países; 3. establecer un centro regional de perfeccionamiento para jueces y funcionarios judiciales, y 4. crear un sistema regional de arbitraje. Información obtenida del sitio [www.forumdecomercio.org/news/fullstory.php/aid/447/La_OHADA_tiene_cuatro_a%F1os:_Una_ley_mercantil_para_16_pa%EDses_africanos.html].
- 12 Art. 1.7 (*Good faith and fair dealing*) (1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.* (2) *The parties may not exclude or limit this duty.*
- 13 Ver: Federal Court of Australia, sentencia del 12.02.2003 (NG733 of 1997), en el caso GEC Marconi Systems Pty Ltd. v BHP Information Technology Pty Ltd. and Others. También: International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Laudo No ARB (AF)/98/1 del 20.03.2000, en el caso Joseph Charles Lemire v. Ukraine. Disponibles en [www.unilex.info].
- 14 FELIPE VALLEJO. "El concepto de la buena fe en los contratos", en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos, libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 483.
- 15 ALBERTO BUERES. "La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual",

Así, se remite a ella la disciplina del contrato: las partes deben comportarse de buena fe desde las negociaciones y hasta que se verifica el cumplimiento; la buena fe es uno de los criterios de interpretación del contrato; el contrato se debe ejecutar de buena fe. Es esta última previsión en donde emerge el papel de la buena fe como fuente de integración del contrato, con un significado de buena fe en sentido objetivo o de corrección, de tal forma que ella se presenta como *regla de conducta* a la que deben someterse las partes del contrato, como en general los sujetos de cualquier relación obligatoria¹⁶.

Este principio adquiere tintes comerciales al ser contenido en numerosas sentencias arbitrales en las cuales se reconocen deberes que surgen con motivo del deber de ceñirse a ese precepto. El deber de actuar de buena fe, es decir, de acuerdo con unos parámetros de comportamiento adecuados y esperables de un agente comercial, lo conmina a adelantar ciertas actividades que pretenden proteger no sólo los intereses de las partes en el contrato sino también los de otros agentes ajenos a la transacción comercial y, en definitiva, el orden jurídico y económico. Comportamiento que se debe predicar de todos los agentes del comercio sin discriminar su procedencia, o el régimen legal de donde provienen.

Así, el principio de buena fe se ha interpretado bajo diferentes denominaciones, entre las que se destacan el principio general del deber de información, el principio de negociar de buena fe, o el principio de ejecutar los contratos de buena fe. También se ha hablado de la obligación de cooperar¹⁷ y se ha hecho referencia al principio general del acreedor de disminuir el daño sufrido, el cual tiene su origen en la llamada *duty to mitigate* del *common law*, unido esto también a la noción de economía del contrato¹⁸. La buena fe entraña un deber de cooperación y de solidaridad que deben acatar las partes, para proteger no sólo sus propios intereses sino también los de aquellos que se benefician o perjudican con su actuar.

En lo que al deber de mitigar el daño se refiere, debemos señalar que este corresponde a la observancia de aquello que según nuestra terminología se define como una "carga" o "deber libre", en cuanto no coercible, pero de necesario cumplimiento, en el sentido de que su respeto es esencial para la realización

en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos, libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 174.

16 BIANCA C. MASSIMO. *Derecho Civil 3. El Contrato*, traducción de FERNANDO HINESTROSA y ÉDGAR CORTÉS, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 522.

17 Para una descripción más detallada de los principios en el ámbito internacional, ver CARMEN PARRA RODRÍGUEZ. *El nuevo derecho internacional de los contratos*, Barcelona, Bosh, 2002, 187 ss.

18 Ídem.

del interés del sujeto en cuestión¹⁹. Y es que ya ha sido reiterado en diversas oportunidades que el deber de mitigar el daño refleja un requerimiento de buena fe. Una persona normalmente tiende a hacer su mejor esfuerzo para evitar pérdidas que le serán imputadas, pero en el caso del deber de mitigar se requiere de la víctima la evasión de pérdidas imputables a otro, ya que en los casos en que el principio se aplica de manera adecuada, la mitigación del daño beneficiará al responsable sin lastimar los intereses de la víctima²⁰. Esa consideración acerca de los intereses ajenos, más aún, de los intereses del responsable, no puede considerarse como cosa distinta de una aplicación del principio de la buena fe²¹.

Este deber-obligación ha sido claramente desarrollado en el derecho anglosajón, mas no en los ordenamientos de origen romano-germánico. Sin embargo, no se puede afirmar que la obligación de mitigar sea completamente ajena a nuestro derecho. Como se ha mencionado, ese deber-obligación no es más que una representación del principio de la buena fe, principio que, como se señaló, es natural a todas y cada una de las operaciones mercantiles en el ámbito nacional²² e internacional, y como tal debe entenderse incorporado en nuestro régimen jurídico.

Muestra de ello es la aceptación que ese deber/obligación ha tenido en la elaboración de las diferentes normas de derecho comercial transnacional, en la cual participan activamente diferentes representantes de nuestros ordenamientos. Así, el deber de mitigar se ha incorporado en textos como la Convención de Viena de 1980, los Principios de Unidroit y los Principios Europeos de Derecho de los Contratos.

En las siguientes líneas nos referiremos entonces al deber de mitigar el daño. Primero, haremos un recuento general de su reconocimiento en los diferentes regímenes jurídicos para luego analizar el concepto y el alcance de ese deber en el derecho internacional de los contratos.

19 CATTANEO. "Il Concorso di colpa del danneggiato", 471 ss., citado por FERNANDO HINESTROSA en su *Tratado de las obligaciones*.

20 PHILIPP JOHN COOK. *The Common Law of Obligations*, London, Butterwoths, 1993, 408.

21 Ídem.

22 MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL. "El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Universidad Externado de Colombia, 2007. El artículo 871 del Código de Comercio colombiano señala que "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural". En el mismo sentido, el artículo 1603 del Código Civil colombiano. Adicionalmente, con la reforma constitucional de 1991, el principio de buena fe ha sido elevado a precepto constitucional, en cuanto tal el artículo 83 de la Carta dispone que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe", erigiéndose así en eje central del ejercicio de los derechos y de las obligaciones entre particulares y en directiva de la gestión institucional del Estado.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN NORMAS DE ORDEN NACIONAL Y TRANSNACIONAL

A. Introducción

"Aunque es lícito al vendedor el derramar el vino si hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador mediante testigos que se lleve el vino o sepa que se va a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo, es más digno de alabanza, puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenían el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo la necesidad de tomar otras en arriendo. Pero es más conveniente tomar las vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga con el mínimo detrimento por el comprador (ULPIANO, 28 Sab.)"²³.

Si bien el derecho romano no reconoció plenamente el deber de mitigar el daño, fue allí en donde se sentaron las bases de ese deber. Como se observa, el anterior pasaje del *Digesto* refleja un modelo de comportamiento digno de aquel que no recibe de su contraparte lo prometido. Como se desprende del texto, la reacción de la parte víctima del incumplimiento no se puede traducir en una actitud pasiva, laxa o de indiferencia absoluta frente al detrimento de sus propios intereses y los de su contraparte. La víctima del incumplimiento debe, en la medida de lo posible, buscar minimizar el detrimento patrimonial para sí mismo, ya que su inactividad o pasividad frente al incumplimiento puede generarle un cúmulo de pérdidas que no le serán resarcidas.

Ahora bien, el deber de mitigar el daño como disciplina normativa tiene su origen más cercano en el derecho anglosajón, donde ya desde el siglo XIX se le daba pleno reconocimiento en el ámbito jurisprudencial. Más recientemente ha obtenido algún desarrollo en el derecho continental europeo. Recientemente, es en el derecho comercial internacional en donde ha encontrado una mayor acogida, especialmente desde su incorporación en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y posteriormente en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales.

23 *Digesto* 22,1, 32. Tomado de EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. *Derecho Romano II. Obligaciones* – Fuentes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, 130.

B. Reconocimiento en el derecho anglosajón

En el derecho inglés, como lo señala JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA: "La jurisprudencia impone al contratante, víctima de una inejecución, la obligación de adoptar todas las medidas razonables tendientes a moderar o limitar los perjuicios derivados de dicha ejecución"²⁴. En ese sistema jurídico la formulación del deber de mitigar el daño se desarrolló en un primer término por la jurisprudencia y, como lo veremos más adelante, en la ley misma.

La jurisprudencia inglesa se ha encargado de desarrollar el deber de mitigar otorgándole tanto su reconocimiento como la determinación de su alcance. Ya para inicios del siglo XX las cortes inglesas empezaron a requerir del demandante o de los potenciales demandantes mitigar sus pérdidas en la medida en que ello fuera razonable de esperar. En 1912, en el caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*²⁵, se señaló que:

El monto del daño es una cuestión de hecho, al que la ley sólo le puede ayudar con el establecimiento de los principios generales que prestan asistencia en la resolución de casos particulares [...] Sujeto a esas observaciones existe una serie amplia de principios que ya se encuentran claramente establecidos. El primero es que, en cuanto de lo posible, aquél que ha sufrido el incumplimiento debe ser puesto, en la medida que los recursos (monetarios) lo permitan, en una situación similar en la que se encontraría en caso de que el contrato se hubiera cumplido. El principio fundamental entonces es la compensación por los perjuicios monetarios causados por el incumplimiento; pero este principio se complementa o califica por un segundo que impone en el incumplido o perjudicado el deber de tomar todas las medidas razonables para mitigar el daño resultante del incumplimiento [...].

Hoy podemos reportar un número considerable de casos que apoyan de manera consistente este deber. En la mayoría de ellos se acepta la premisa de que el afectado con el incumplimiento deberá adelantar todas las acciones necesarias para mitigar el daño sufrido, so pena de sufrir una reducción en el monto que recibirá como indemnización²⁶. Esa reducción del monto de la condena por perjuicios puede ser autorizada en aquellos casos en que la parte que sufre el

24 JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA. "Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y en el derecho comparado", en *Los contratos en derecho privado*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2007, 353.

25 [1912] A.C. 673, 688-689. En *Cheshire, Fifoot and Farnston's Law of Contract* (11.ª ed.), London, Butterworths, 1986, 598.

26 Al respecto los casos: *Darbishire v Warran* [1963] 3 All ER 310; *MR. Currie & Co v The Bombay Native Insurance Co* (1869) LR 3 PC 72; *British and Foreign Marine Insurance Co v Gaunt* [1921] All ER 447; *The Gold Sky* [1972] 2 Lloyd's Rep 187; *Emperor Gold-mining Co Ltd v Switzerland General Ins Co Ltd* [1964] 1 Lloyd's Rep 348; *Integrated Container Service Inc v British Traders Insurance Co Ltd* [1984] 1 Lloyd's Rep 154.

incumplimiento es responsable o tiene un deber de cuidado y no cumple con dicho deber. En el derecho anglosajón la doctrina del deber de mitigar tiene la consecuencia de reducir significativamente el número de ocasiones en que se obtiene indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Después del incumplimiento, el demandante no está autorizado a sentarse sin hacer nada para luego demandar por perjuicios. Así, se deberán tomar las medidas necesarias para reducir la pérdida, buscando, por ejemplo, una operación sustituta en el mercado disponible²⁷ que le permita suplir sus necesidades cuando ello fuere posible²⁸.

Las cortes estadounidenses han sido igualmente generosas en la formulación de ese deber. Traemos a colación los casos relacionados por JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA²⁹, quien hace referencia a *Rockingham County vs Luten Bridge Co.*, de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos de 1929 y a *Sauer vs Mc Clintic – Marshall Construction Co.*, de la Corte Suprema de Michigan de 1914. En ambos casos la Corte estableció que es un principio general del derecho que frente al incumplimiento de un contrato, la parte afectada debe realizar todos los esfuerzos dentro de sus posibilidades, a fin de disminuir sus daños³⁰.

Igualmente, dicha obligación fue analizada en el caso de *Robinson v. United States*³¹ donde la Corte señaló que “una parte no puede recuperar daños por pérdidas que ella mismo pudo haber evitado haciendo esfuerzos razonables”. Doctrina seguida en el caso *Indiana Michigan Power Company vs United States*³², en donde además se informó que “el deber de mitigar el daño es apropiado en aquellos casos en que una persona razonable, en las mismas circunstancias, hubiese tomado los pasos necesarios para evitar los perjuicios”. En el mismo sentido, en el caso *Brzoska v.*

27 Vale la pena señalar que la doctrina y jurisprudencia inglesas no han guardado esfuerzos para desarrollar la regla del “precio del mercado”, por considerar ellos que esa regla se encuentra íntimamente ligada con el principio general de mitigar los daños. Han señalado que si en aquellos casos en que el comprador se rehúsa a aceptar las mercancías existe un mercado en donde otro comprador está listo para disponer de las mercancías y a pagar el precio adecuado, el vendedor habrá cumplido con su obligación de mitigar si vende las mercancías a ese comprador. Igualmente han señalado que esa regla aplica, claro está, únicamente si existe un “mercado disponible” para los bienes materia de incumplimiento. En ese sentido, los pronunciamientos en los casos: *Charter vs Sullivan* (1957) 2 QB 117 y *W. L. Thompson Ltd vs Robinson Ltd* (1955).

28 JACK BEATSON. *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford Clarendon Press, 1997, 254.

29 Ídem.

30 Ver también: United States Court of Federal Claims October 29, 2001 No. 95-473 C Bank United of Texas FSB, Usat Holdings INC., Hyperion Holdings INC. Yperion Partners L. P. vs United States of America.

31 Otros casos relacionados con el tema son: *La Salle Talman Bank vs United States*, 317 F.3d 1363, 1374 (Fed. Cir. 2003); *Robinson*, 305 F.3d at 1332; *Cascade Pac. Int'l vs United States*, 773 F.2d 287, 294 (Fed. Cir. 1985).

32 United States Court of Appeals for the Federal Circuit 04-5122 *Indiana Michigan Power Co, Plaintiff-Appellant, v. United States, Defendant-Appellee*. September 9, 2005.

Olson³³ se señaló que “la parte tiene el deber general de mitigar los perjuicios si es posible hacerlo”³⁴.

Por otra parte, en Canadá las cortes generalmente imponen el deber de mitigar el daño para aquellos demandantes-afectados en casos relacionados con incumplimiento contractual³⁵. Allí se considera que el demandante no puede adoptar una posición pasiva y esperar a que se le acumulen las pérdidas cuando estas pudieron haber sido evitadas. Dicha obligación se ve claramente desarrollada en el caso *Janiak vs Ippolito*³⁶, donde se señaló que: “La regla general de mitigar el daño aplicable al incumplimiento contractual consiste en que la parte afectada deberá tomar todas las medidas razonables para mitigar la pérdida y en que no puede demandar el pago de pérdidas evitables [...] En el caso del contrato, los daños por incumplimiento son reducidos en el monto en que la pérdida debió haber sido evitada si el demandante hubiese tomado las medidas adecuadas”.

Pero el deber de mitigar no ha sido sujeto de análisis por la jurisprudencia únicamente. La ley también se ha encargado de regular la materia. Así, la ley inglesa de ventas (*Sales of Goods Act*) de 1979 establece, aunque no de manera expresa, dicha obligación en sus artículos 50³⁷ y 51³⁸. El primero de ellos señala que: “En aquellos eventos en que existe un mercado u oportunidad de vender los bienes no aceptados por el comprador, el valor de los daños a que tendrá derecho el vendedor será aquél resultante de la diferencia entre el precio de venta estipulado en el

33 Corte Suprema del Estado de Delaware, 668 A.2d 1355, 1367 (1995). Doctrina reafirmada en el caso *James W. Duncan, Timothy S. Smick vs Theratx Inc*, 1.º de junio de 2001.

34 HOWARD N. KENYON, JR. “Fixed Cost and Contract Delay”, en *National Contract Management Journal*, vol. 27, issue 2, 1996. Ese deber-obligación incluso ha sido impuesto en el campo de la contratación estatal. En el caso *Hardeman-Monier-Hutcherson* se señaló que “el contratista tiene el deber de minimizar sus costos en la ejecución de una orden de variación a la obra en la misma manera en que él debe mitigar los daños después del incumplimiento contractual”. Adicionalmente, el contratista está obligado por el requerimiento de la razonabilidad de los costos. Si un costo pudo haber sido evitado sin causar dificultades para el constructor, entonces será considerado como un costo no justificado.

35 CHARLES GLUCKSTEIN. *The Duty to Mitigate: Does the Claimant Have a Duty to “Get better”?* disponible en [www.gluckstein.com/PDF_files/TheDutyToMitigate.pdf].

36 (1985), 16 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.).

37 Article 50. Damages for non-acceptance (1) Where the buyer wrongfully neglects or refuses to accept and pay for the goods, the seller may maintain an action against him for damages for non-acceptance. (2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting in the ordinary course of events, from the buyer's breach of contract. (3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted or (if no time was fixed for acceptance) at the time of the refusal to accept.

38 Article 51. Damages for non-delivery. (1) Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non-delivery. (2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach of contract. (3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver.

contrato y aquél del mercado al momento en que los bienes fueron rechazados". De manera tal que el vendedor, ante el incumplimiento en el recibo de los bienes por parte del comprador, no deberá esperar a que se le otorgue una compensación total por el valor de las mercancías, sino que deberá, en la medida de lo posible y ante la existencia de esa oportunidad, enajenar los bienes materia del contrato para así mitigar su pérdida.

En el mismo sentido, la norma del artículo 51 señala que "en aquellos eventos en que existe un mercado u oportunidad de comprar los bienes no entregados por el vendedor, el valor de los daños a que tendrá derecho el comprador será aquél resultante de la diferencia entre el precio de compra estipulado en el contrato y el precio del mercado al momento en que los bienes debieron haber sido entregados". Por lo que el comprador también se verá obligado a buscar un mercado en donde pueda comprar los bienes dejados de recibir, so pena de ser condenado a recibir como indemnización únicamente el valor de la diferencia a que hace referencia la norma³⁹.

En los Estados Unidos también es evidente el desarrollo que ese deber ha tenido a nivel normativo. En ese país el Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*) en las secciones 2-708⁴⁰, 2-712⁴¹, 2-713⁴², 2-715⁴³ señala las reglas que deben

- 39 En Irlanda también existe el deber de mitigar el daño, como sucede en Inglaterra. Al respecto la Ley de Ventas de 1873 impone los mismos parámetros de tasación del daño de la ley inglesa. *Sale of Goods Act 1893* y segunda parte del *Sale of Goods and Supply of Services Act 1980*, artículos 50 y 51.
- 40 2-708. *Seller's Damages for Non-acceptance or Repudiation.* (1) Subject to subsection (2) and to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2-723), the measure of damages for non-acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach. (2) If the measure of damages provided in subsection (1) is inadequate to put the seller in as good a position as performance would have done then the measure of damages is the profit (including reasonable overhead) which the seller would have made from full performance by the buyer, together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), due allowance for costs reasonably incurred and due credit for payments or proceeds of resale.
- 41 2-712. "Cover"; Buyer's Procurement of Substitute Goods. (1) After a breach within the preceding section the buyer may "cover" by making in good faith and without unreasonable delay any reasonable purchase of or contract to purchase goods in substitution for those due from the seller. (2) The buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages as hereinafter defined (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller's breach. (3) Failure of the buyer to effect cover within this section does not bar him from any other remedy.
- 42 2-713. Buyer's Damages for Non-delivery or Repudiation. (1) Subject to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2-723), the measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price together with any incidental and consequential damages provided in this Article (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller's breach. (2) Market price is to be determined as of the place for tender or, in cases of rejection after arrival or revocation of acceptance, as of the place of arrival.
- 43 2-715. Buyer's Incidental and Consequential Damages. (1) Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of

seguir las partes en el contrato de compraventa para mitigar los daños que se le puede ocasionar con el incumplimiento de lo prometido. Allí, básicamente se sigue la regla de que el afectado por el incumplimiento tendrá derecho a recibir como indemnización únicamente el valor de la diferencia entre el precio del mercado al momento del incumplimiento y el precio del contrato, postulado que lo obliga a adoptar todas las medidas disponibles para mitigar la pérdida.

Ese deber se reitera en el *Restatement Second on Contracts*, en donde se hace una formulación general de la regla de la mitigación de los daños en su párrafo 350⁴⁴, al establecer que "la víctima del incumplimiento del contrato no puede obtener indemnización a título de las pérdidas que ella habría podido evitar sin incurrir en gastos injustificados o sin que lo anterior signifique para ella alguna humillación"⁴⁵.

Finalmente, en Australia podemos encontrar también este deber. Allí, la ley de ventas de 1895 (*Sale of Goods Act 1895*), si bien no señala de manera directa el deber, sí establece el monto a que tendría derecho el comprador que no ha recibido la cosa prometida del vendedor. En caso de incumplimiento en la entrega por el vendedor, la indemnización a que tendrá derecho el comprador será la diferencia en el valor de las mercaderías entre el precio del contrato y el precio al que el comprador las puede adquirir en un mercado disponible al momento del incumplimiento. De manera tal que el comprador, al momento de tener conocimiento del incumplimiento en la entrega por el vendedor, deberá adelantar las acciones necesarias para obtener mercaderías de las mismas características, so pena de no recibir una indemnización plena por el valor total de ellas⁴⁶.

goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach. (2) Consequential damages resulting from the seller's breach include: (a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise, and (b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty.

44 *Restatement (Second) Section 350—Avoidability as Limitation on Damages (1) Except as stated in Subsection (2), damages are (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable not recoverable for loss that the injured party for loss that the injured party could have avoided have avoided without undue risk, burden, or humiliation without undue risk, burden, or humiliation. (2) The injured party is not precluded not precluded from recovery from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.*

45 Traducción de JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA en "Sobre la Obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y en el derecho comparado", en *Los contratos en derecho privado*, cit., 354.

46 *Sale of Goods Act 1895 - Section 50—Damages for non-delivery (1) Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non-delivery. (2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach of contract. (3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered, or, if no time was fixed, then at the time of the refusal to deliver.*

Igualmente, la *Residential Tenancies Act* de 1997 señala en su sección 38 que “la persona que tenga derecho, bajo los preceptos de esta ley, a una compensación, perderá ésta, o una parte de ella, si la pérdida o parte de la pérdida a ser compensada pudo haber sido razonablemente evitada”⁴⁷.

C. Derecho de origen romano-germánico

Si bien la obligación de mitigar el daño sufrido no está propiamente determinada en la gran mayoría de legislaciones que adoptan o tienen su origen en el derecho romano-germánico, se podría afirmar que dicha obligación sí se encuentra establecida en varios de esos regímenes como una derivación o consecuencia natural del principio de la buena fe, principio éste que es plenamente reconocido e incorporado en la gran mayoría de nuestras legislaciones.

En lo que hace referencia a sus efectos, se le ha dado un trato similar al que se le da a la negligencia o culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Ejemplo de ello es la legislación italiana, en donde encontramos la norma del artículo 1227 del Código Civil⁴⁸ que regula el tema de la reducción de la pérdida, que en algunos casos se ha extendido al deber de mitigar el daño sufrido⁴⁹. Es importante subrayar que la interpretación que se le ha dado al inciso segundo del artículo 1227 está estrechamente ligada con el artículo 1175 del mismo ordenamiento, que consagra la “cláusula general de buena fe”, en la medida en que la doctrina consagró la obligación del acreedor de reducir las posibilidades del daño como una obligación de buena fe⁵⁰.

DE CUPIS ha señalado, al hacer referencia a la norma en mención, que “aquel *plus* del daño que directamente deriva del hecho culposo del perjudicado, y que con relación a la esfera de la responsabilidad representa una consecuencia mediata e irregular, no puede llamarse daño en sentido jurídico”. Ello implica, en opinión del autor, no una reducción del daño resarcible, sino más bien una exclusión del daño resarcible, según los principios de que los daños mediatos (indirectos) e irregulares no entran en el ámbito de la causalidad jurídica y, por lo tanto, están totalmente excluidos del resarcimiento⁵¹.

47 Disponible en [www.legislation.act.gov.au].

48 El texto de la norma señala lo siguiente: “Art. 1227 *Concorso del fatto colposo del creditore* Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti)”.

49 Cass. 3 March 1983, n.º 1594, en *Giust. civ.*, 1984 I c. 3156.

50 PIETRO RESCIGNO (dir.). *Tratado di diritto privato, obbligazioni e contratti*, t. I, 2.ª ed., Torino, UTET, 1999. La cláusula general de buena fe se refiere no sólo al deudor, también al acreedor, quienes tienen la obligación de asumir, *ex lege*, una serie de cargas para la protección de sus esferas jurídicas, y de ejercer un control de legitimidad sobre las pretensiones del acreedor frente al incumplimiento del deudor.

51 ADRIANO DE CUPIS. *El daño. Teoría general de la responsabilidad*, traducción de la 2.ª edición

En Alemania, la conducta negligente de la parte afectada por el incumplimiento es motivo de una reducción de la suma otorgada como daños o, inclusive, de una pérdida total del derecho a reclamarlos. Al respecto, el artículo 254 - 1 del BGB⁵², al regular el tema de la negligencia señala que: "Si la falta de la víctima ha contribuido al origen del perjuicio, el deber de compensar, así como la extensión de la compensación, dependerán de las circunstancias, y en particular, de la extensión en que el perjuicio ha sido causado por una u otra parte". Por su parte, el numeral 2 de la misma norma señala que: "Ello también aplica si la culpa de la víctima se limita al hecho de que ésta ha omitido llamar la atención del deudor acerca del alto grado de riesgo sobre el cual el deudor no conocía o debía haber conocido, o ha omitido evitar el riesgo o reducirlo"⁵³. En el mismo sentido encontramos la Ley de Responsabilidad de 1978⁵⁴ y la Ley de Responsabilidad por Productos de 1978⁵⁵.

Al respecto, se ha señalado que el texto del artículo 254 del BGB, así como su posición en el régimen general de las obligaciones, demuestra que dicha norma aplica tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, aunque

italiana de ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, Bosch, 1970, 253 y 254.

- 52 El texto de la norma señala lo siguiente: "Art 254 Mitverschulden (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung."
- 53 En un caso en el que se hizo referencia al deber de mitigar el daño sufrido y referido al contexto de las lesiones personales la Corte señaló que el deber de mitigar el daño requería que el afectado se sometiera a una operación en el evento en que ésta: a. mejorara su condición física, y; b. era de esperarse que la operación fuera ordenada en situaciones de ese tipo. "Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate)", *NJW*, 1994, 1592, 15 March, 1994, disponible en German and French Legal Materials at University College London / The University of Texas at Austin: [www.ucl.ac.uk/laws/global_law]. En otro caso en donde se hizo referencia al artículo 254 antes mencionado, el tribunal debió verificar si la negligencia del demandante contribuyó a la pérdida o perjuicio causado, para reducir, quizás a cero, los daños que debían ser pagados por el demandado. *BGH NJW* 1969, 789 I. Civil Senate (I ZR 18/67) = *VersR* 1969, 406 29 January 1969, disponible en German and French Legal Materials at University College London / The University of Texas at Austin: [www.ucl.ac.uk/laws/global_law].
- 54 *German Liability Act 1978, (Haftpflichtgesetz) of 4 January 1978 (BGBl. I, 145), as amended: [...]* 4. Contributory fault If a fault of the injured party contributed to the occurrence of the damage § 254 BGB applies, where an object is damaged, the fault of the person who exercises the factual control over it is equivalent to the fault of the injured party.
- 55 Ley de responsabilidad por productos defectuosos de 1989 *BGBl I 1989, 2198: [...]* 6. Reduction of liability (1) If the injured party is partly to be blamed for having caused the damage, § 254 BGB applies, if an object has been damaged, any blame attached to the person exercising physical control over it is treated as that of the injured party. (2) If the damage has been caused at the same time by a defect of the product and by the act of a third party, the liability of the producer is not reduced. § 5 second sentence applies.

parece que mayoritariamente a los casos de responsabilidad extracontractual, y en particular a los casos relacionados con accidentes de tránsito⁵⁶.

En Francia, si bien ese deber no se encuentra contemplado de manera directa en la ley, y en donde además existe renuencia a la imposición de cargas a la parte afectada con el incumplimiento⁵⁷, se ha señalado por algunos que el principio de ejecución de buena fe de los contratos contenido en los artículos 1134⁵⁸ y 1135⁵⁹ del código civil incorpora, entre otras, la obligación hoy asignada al acreedor de moderar el daño que sufre. Concretamente, el deber de "adoptar todas las medidas razonables para limitar el daño que sufre"⁶⁰.

En Colombia, se ha señalado con acierto que estas pautas de conducta también deben ser observadas plenamente por nuestro derecho. Lo anterior, por tratarse de una clara y saludable aplicación del principio de la buena fe, plasmado expresamente en nuestro derecho positivo, y condición insustituible para la convivencia social. Se entiende que la obligación de actuar con diligencia para reducir los propios daños está implícitamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales⁶¹. Así por ejemplo, el deber de mitigar el daño, si bien no aquel causado por el incumplimiento de la contraparte, se encuentra claramente incorporado en materia de seguros, en donde el afectado por la ocurrencia de un siniestro deberá adelantar todas las medidas disponibles y necesarias para reducir los efectos negativos del siniestro⁶². Ya en el campo de la responsabilidad

56 BASIL S. MARKESINIS, HANNES UNBERATH, ANGUS JOHNSTON. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart, 2006, 476.

57 *Nothing ventured, everything gained!* is an apt summary of the position recently adopted by the French Cour de Cassation towards the subject of mitigation of loss. In two seminal judgments of 19 June 2003, the French supreme court explicitly rejected the introduction of a general principle of mitigation in the French law of tort, thereby departing from the solutions reached in England and other neighbouring legal systems. SOLÈNE LE PAUTREMAT. "Mitigation of Damage: A French Perspective", en *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 2006, 55, 205-218.

58 Artículo 1134: "Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan celebrado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe".

59 Artículo 1135: "Los acuerdos obligarán no sólo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza".

60 ISABELLE DURANT y NICOLE VERHEYDE. "Les Dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel", en *Les Sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris, L-G-D-J, 2001, 324 y 325.

61 Laudo Arbitral Geofundaciones S. A. vs. Consorcio Constructores Asociados de Colombia Conascol S. A. - Impregilo S. P. A. Sucursal Colombia. 22 de abril de 1998. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitros: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS Y JORGE SUESCÚN MELO.

62 El artículo 1074 del Código de Comercio (Obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro) señala que: "Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones". Norma que se complementa con aquella del artículo 1078 (Reducción de la indemnización

contractual y en particular, de la responsabilidad por el incumplimiento de las prestaciones, se pronunció el laudo arbitral proferido para resolver las diferencias entre Conviandes y el Invías del 7 de mayo de 2001⁶³, en el cual se señaló que "como aplicación concreta del principio de ejecución de buena fe de los contratos, el derecho europeo continental señala que la parte lesionada, es decir, el acreedor a quien se le ha incumplido una obligación estipulada, debe actuar con diligencia y acuciosidad para reducir, tanto como le sea posible, el perjuicio que ha sufrido. No sobra señalar que esta interpretación está basada sobre un texto normativo esencialmente igual al plasmado en el artículo 1603 de nuestro Código Civil⁶⁴ y 871 del Código de Comercio⁶⁵".

En aquel caso el tribunal entendió, por lo demás, que la obligación de actuar con diligencia para reducir los propios daños está implícitamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. No otra cosa ponen en evidencia algunas sentencias de la Corte Suprema, en las cuales se limita el resarcimiento del lucro cesante al período normal de *desmovilización*, esto es, al lapso que usualmente se emplearía en la reparación o sustitución del bien dañado. Esto obliga al acreedor a reaccionar con prontitud, pues sabe que el tiempo que exceda ese período razonable corre por su cuenta. Por eso la doctrina ha señalado que "cualquier demora imputable a decisión o culpa de la víctima hace que el lucro cesante de ese tiempo no tenga por qué ser pagado por el demandado", de manera que dicho lucro por "la inmovilización del bien dañado sólo abarca lo que normalmente, en el medio local, tarda una reparación o reemplazo de las mismas características".

D. El deber de mitigar el daño en el ámbito del derecho comercial transnacional

A nivel del derecho comercial transnacional y gracias a la labor del arbitramento, ese deber se ha convertido en un principio general al punto de ser considerado por algunos como *lex mercatoria*⁶⁶. Así, la obligación de minimizar

por incumplimiento), según la cual: "Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento. La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho".

63 Cuyos aspectos más relevantes son reproducidos en el Laudo Arbitral de Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles S. A., Conciviles S. A. vs. Urrá S. A. ESP del 16 de mayo de 2001.

64 "Art. 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."

65 "Art. 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

66 M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*, *Arb. Int'l*, 1988, 86 – 119.

el daño hoy se considera como uno de los principios generales más firmemente establecidos⁶⁷.

Ese principio es aplicado desde hace muchos años en un número creciente de sentencias⁶⁸. Ya en el año 1974 un laudo proferido por un tribunal de arbitramento constituido bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París, al decidir sobre el incumplimiento del comprador en el recibo de las mercaderías, y ante la pasividad del vendedor ante dicho incumplimiento, señaló que "ante tal actuación el vendedor teniendo en cuenta su organización e importancia a nivel internacional, debería haber encontrado otros compradores [...]". En ese caso particular consideró el tribunal que era aceptable la disminución o reducción de los daños y perjuicios causados⁶⁹. En otro caso, decidido en el año de 1982, consideró el tribunal que "pertenecía a la parte dañada tomar todas las medidas necesarias para no aumentar más los daños que se le habían producido"⁷⁰.

A nivel legislativo, el deber de mitigar el daño fue incorporado en un primer término en el artículo 88 de la *Ley Uniforme sobre Contratos de Compraventa Internacional de 1964 (Convención de la Haya)*⁷¹, y luego en la *Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*. Esta última impone de manera individual una serie de obligaciones tanto al comprador⁷² como al vendedor⁷³. Adicionalmente, se imponen algunas obligaciones que se pueden considerar comunes a

Disponible en Internet, en la página de la Central Transnational Law Database (TLDB).

- 67 Los comentarios en ese sentido son unánimes: entre otros, Y. Derains, «L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale», *RDAI*, 1987, 375, y B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives*, Clunet, 1979, 475; para un análisis del estatuto de la obligación en derecho comparado, ver B. HANOTIAU, "Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international", *ibíd.*, 393.
- 68 Ver particularmente los laudos CCI n.ºs 2103 y 2142, 1974, 892 y 902; n.º 2193, 1974, 929; n.º 2216, *id.*, 917; n.º 2291, *id.*, 1976, 989; n.º 2404, *id.*, 1976, 995; n.º 2478, *id.*, 1975, 925; n.º 2508, n.º 2520, 1976, 992; n.º 3334, *id.*, 1982, 978; laudo ad hoc, 21.12.1988, 1990, 26; laudo CCI n.º 4761, 1987, 1012; laudo n.º 6076, *Yearbook*, 1990, 83; n.º 5721, 1990, 1020; n.º 5885, *Yearbook*, 1991, 96. En [www.tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=112800].
- 69 Ver Laudo CCI n.º 2142 de 1974; laudo de Arbitration Centre of the Costa Rican Chamber of Commerce del 29.07.2002; laudo CCI 10346 de diciembre de 2000; laudo CCI 9594 de marzo de 1999; laudo CCI 7110 de abril de 1998; y laudo CCI 8817 de diciembre de 1997.
- 70 Ver Laudo CCI n.º 1581 de 1982. Citado por CARMEN PARRA RODRÍGUEZ. *El nuevo derecho internacional de los contratos*, *cit.*, 192.
- 71 Norma que señalaba que "The party who relies on a breach of the contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages".
- 72 "Artículo 53. El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención."
- 73 "Artículo 30. El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención."

ambas partes. Allí nos referimos, entre otras, a la obligación de conservación de las mercaderías (que se encuentra en los artículos 85⁷⁴ y 86⁷⁵) y al deber de mitigar el daño sufrido. Respecto de este último la norma del artículo 77 señala lo siguiente:

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

De manera general el artículo 77 de la Convención establece la obligación para la parte que invoca el incumplimiento o que es víctima del incumplimiento de su contraparte, en la medida de lo posible, de tratar de reducir los efectos negativos que genera dicho incumplimiento. Lo anterior, en la medida en que las acciones que se puedan adelantar por aquella sean razonablemente posibles y cuyo efecto inmediato sea efectivamente la reducción del daño causado.

La consecuencia del incumplimiento de la norma en mención es la posibilidad para la parte que ha incumplido el contrato de compraventa de solicitar una reducción en la cuantía de los daños y perjuicios que su contraparte pudo y debió razonablemente haber mitigado. Esa norma se complementa con aquella del artículo 76 que incorpora en la Convención la regla de la compra o venta de reemplazo⁷⁶. La compra de reemplazo es un concepto reconocido en varios orde-

74 "Artículo 85. Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado."

75 "Artículo 86. 1. El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado. 2. Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse, sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente."

76 "Artículo 76 1) Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante,

namientos jurídicos⁷⁷, según el cual, se establece un método abstracto del cómputo de los daños: se podrá solicitar a título de indemnización de daños y perjuicios la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente⁷⁸.

Por su parte, Unidroit decidió incorporar este deber en el texto de los *Principios* (artículo 7.4.8)⁷⁹. Deber que también es incorporado en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en su artículo 9:505 (PECL, por sus iniciales en inglés)⁸⁰ y en el artículo 7/26 (*Mitigation of harm*) de la Ley Uniforme sobre Contratos (*Uniform Act on Contract Law*) promovida por la Organización para la Armonización del Derecho Privado de África (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* [OHADA])⁸¹.

III. CONCEPTO Y ALCANCE DEL DEBER

La doctrina en general ha encontrado diversas formas para denominar el deber de mitigar el daño impuesto a las partes en el contrato internacional⁸². Algunos señalan que este es una declaración en contra del desperdicio⁸³, un deber de miti-

si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución. 2) A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías."

77 Por ejemplo, la sección 2-712 del Uniform Commercial Code la incluye en el concepto de daños (*damages*): "The buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages".

78 MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-75.html].

79 "Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño) (1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño."

80 "Article 9:505 - Reduction of loss (previously part of 4.504) (1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss."

81 *Uniform Act on Contract Law Article 7/26 (Mitigation of harm) (1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.*

82 ELISABETH OPIE. *Commentary on the manner in which the Unidroit Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG, 2005*. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu].

83 MCMAHON, J.P., *Guide for Managers and Counsel: Drafting CISG Contracts and Documents and Compliance Tips for Traders*. Disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/contracts.html#a77].

gar⁸⁴, un deber de cooperar⁸⁵ y una obligación para consigo mismo⁸⁶. También se observa que el cumplimiento de la obligación de mitigar el daño se origina como una derivación del deber de ejecutar los contratos de buena fe⁸⁷, un deber de cooperación⁸⁸ o de solidaridad para consigo mismo y para con su contraparte. Tal y como se señaló en el laudo arbitral de Geofundaciones S. A. vs. Conascol S. A.: “Es sin duda necesario —desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico— establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la causación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se desprendan del incumplimiento del deudor le serán íntegramente reparadas”⁸⁹.

En términos generales debemos señalar que el deber de mitigar el daño incorpora la obligación en cabeza de la parte víctima del incumplimiento o que sufre sus consecuencias, de adoptar las medidas necesarias y razonables según las circunstancias, tendientes a mitigar la pérdida que resulte de ese incumplimiento. La gestión razonable de los efectos del incumplimiento se opone entonces a la pasividad del acreedor afectado, quien no actúa para evitar, o reducir, las pérdidas que se siguen del incumplimiento, pudiendo razonablemente hacerlo. Es esa pasividad el fundamento último de las consecuencias desfavorables a su interés⁹⁰.

Siguiendo a HARVEY MACGREGOR⁹¹, el análisis del deber de mitigar el daño se deberá dividir en tres reglas fundamentales, las cuales se derivan del deber mismo. La primera, y más importante de ellas, señala que el demandante deberá adoptar todas las medidas razonables para mitigar la pérdida que él mismo sufre como consecuencia del incumplimiento del demandado y que no podrá recuperar esa

84 J. S. SUTTON, “Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, *Ohio State Law Journal*, 50, 1989, 737-752.

85 J. VILUS, “Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer”, en P. SARCEVIC, P y P. VOLKEN (eds.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana, 1986, 250. Disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html].

86 D. SAIDOV, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, December 2001. Disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#iv].

87 Artículo 7.º CISG hace referencia a la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

88 SARCEVIC y VOLKEN, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, cit., 239-264.

89 Laudo Arbitral Geofundaciones S. A. vs. Consorcio Constructores Asociados de Colombia Conascol S. A. - Impregilo S. P. A. Sucursal Colombia. Abril 22 de 1998. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitros: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS Y JORGE SUESCÚN MELO.

90 De los preceptos del apartado anterior se induce un principio general en que se apoya la Convención, que ordena al acreedor, en la medida de lo razonable, evitar el agravamiento de las consecuencias del incumplimiento, minimizando así las pérdidas que deberá definitivamente soportar el patrimonio del deudor. ÁLVARO VIDAL OLIVARES. “La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XVIII, n.º 2, diciembre de 2005, 55-81.

91 En *MacGregor on Damages*, Sweet & Maxwell Ltd, London, 1988, 280.

pérdida que pudo haber reducido y no lo hizo. En breve, el demandante no podrá recuperar aquello evitable. Así, el deber de mitigar el daño compele al demandante (víctima del incumplimiento) no sólo a adelantar las medidas conducentes a mitigar la pérdida, sino también a no exigir de la parte incumplidora el resarcimiento de los daños y perjuicios que él mismo pudo haber evitado. Así, se señala que “en cuanto a la presencia de un daño evitable por el acreedor, es natural afirmar que éste no podrá pretender el resarcimiento de un estrago que, en últimas, es imputable a él, o sea que él mismo se causó o agravó”⁹². Así, por ejemplo, en el caso *Simon v. Pawsons & Leafs*⁹³ la Corte de Apelaciones de Inglaterra se rehusó a otorgar una compensación por el daño causado a una confeccionista por la no entrega de los materiales contratados. En ese caso la Corte adujo que el demandante había tenido amplia oportunidad de contratar el suministro de material luego de conocer del incumplimiento del proveedor, pero que al no hacerlo había permitido que los daños se incrementaran. Esa actitud frente al incumplimiento, en concepto de la Corte, no es aceptable y tiene como consecuencia la pérdida del derecho a ser indemnizado por el daño que este pudo haber evitado.

La segunda, que señala que en aquellos casos en que el demandante adopta las medidas necesarias para mitigar el daño, podrá recuperar el valor o recursos empleados para mitigar esa pérdida. Y la tercera, que nos señala que en aquellos casos en que el demandante ha adoptado las medidas razonables para mitigar el daño, el demandado podrá beneficiarse de esas acciones y será responsable únicamente por la pérdida generada efectivamente.

El deber de mitigar, sin embargo, está sujeto a varias condiciones que determinan su existencia, así como su alcance. Como es evidente, para que surja la obligación de mitigar el daño, deberá existir el conocimiento acerca del incumplimiento de las obligaciones por la contraparte. Igualmente, será necesario que las medidas disponibles para el obligado a mitigar el daño sean razonables, atendidas las circunstancias, y que evidentemente no sobrepasen el monto mismo del daño mitigado o que se pretende mitigar. Adicionalmente, encontramos que ese deber también implica el reconocimiento, en cabeza de la víctima del incumplimiento, de los beneficios a que se ha hecho acreedor como consecuencia del incumplimiento. A continuación analizaremos tales condiciones.

IV. EL CONOCIMIENTO ACERCA DEL INCUMPLIMIENTO

Lo primero que debemos señalar es que el deber de mitigar el daño puede surgir o nacer para una de las partes en dos momentos diferentes. Primero, surge a partir del conocimiento del incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, es

92 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 788.

93 Citado en *MacGregor on Damages*, cit., 280.

decir, cuando ya se ha materializado el incumplimiento. De igual manera, surge ese deber en aquellos supuestos de hecho en donde una de las partes se enfrenta al conocimiento de la falta de capacidad o disposición de su contraparte para cumplir con aquello a lo que se obligó.

Respecto de lo primero, es evidente que dicho deber/obligación no puede nacer antes del momento mismo del conocimiento acerca de un incumplimiento que genera, o pueda llegar a generar, un daño⁹⁴. De acuerdo con lo anterior, el vendedor de unas mercancías que ha ordenado su desplazamiento al puerto de embarque convenido y dentro del plazo contractual acordado, deberá procurar su debido manejo y mantenimiento con el propósito de evitar su deterioro y así cumplir con lo pactado. De igual manera, ese mismo vendedor deberá, ante el conocimiento de la no llegada del buque (que no permite el cumplimiento del comprador en lo que hace al recibo de las mercancías), disponer de las mercancías negociadas, ya sea procurando su venta a un tercero interesado o adoptando las medidas necesarias para mantener las mismas en óptimas condiciones. La simple lógica nos enseña que sería contrario a las buenas costumbres permitir que la mercancía en cuestión se deteriorara al punto de perder todo valor comercial.

Ahora bien, el deber de mitigar el daño también se aplica en aquellos casos en que se hace evidente para una de las partes la falta de capacidad o disposición de su contraparte para cumplir sus obligaciones, situación que lo lleva a declarar la terminación anticipada del contrato (*anticipatory breach*). Al respecto, la Convención de Viena de 1980 en su artículo 72⁹⁵ señala que: "Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto". En el mismo sentido, los Principios de Unidroit en su artículo 7.3.3 (incumplimiento anticipado) señalan que: "Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato"⁹⁶. De manera tal que en aquellos casos en que el incumplimiento es

94 No obstante, es pertinente aclarar que la falta de conocimiento del incumplimiento por la parte afectada no lo exime de manera alguna de realizar algunos actos que, de una u otra manera evitan un perjuicio para sí o para su contraparte. En especial nos referimos al deber de conservación de las mercaderías, en materia de compraventa, o al deber de conservación o protección de la obra o construcción, hasta el momento mismo de la entrega. La parte que está en poder de las mercancías tiene siempre la obligación de conservación de las mismas, independientemente de que se tenga o no conocimiento del incumplimiento de la contraparte.

95 "Artículo 72. 1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en Incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto. 2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. 3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones."

96 En el mismo sentido, los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, en su artículo

inminente, la parte que está expuesta a sus efectos negativos deberá, en la medida de lo posible, adoptar las medidas que minimicen los daños que pudieran causarse en su contra⁹⁷. Inclusive se ha señalado que, aunque no es imperativo el declarar la resolución del contrato, en aquellos casos en que es evidente que la otra parte no cumplirá sus obligaciones tal y como se ha estipulado en el contrato, la resolución del contrato podrá ser en sí misma una manera de mitigar los daños que se puedan causar con el incumplimiento⁹⁸.

Como es natural, los artículos 72 de la Convención de Viena y 7.3.4 de los Principios de Unidroit⁹⁹ obligan a que en los supuestos de resolución anticipada de contrato por presunción de incumplimiento, se le comunique a la parte en estado de sospecha de incumplimiento, con antelación razonable, sobre la intención de declarar resuelto el contrato. Lo anterior, para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá con sus obligaciones. Esta medida es lógica si consideramos que en dichas situaciones no se ha presentado un incumplimiento del contrato y como tal, la parte cuestionada tendrá siempre la oportunidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a que se ha sometido en virtud del contrato.

Sin embargo, ese deber de información no surge cuando hablamos de las medidas que se pretenden adoptar para mitigar el daño. Es decir, la parte que se dispone a adoptar medidas tendientes a mitigar el daño no está en la obligación de informar a su contraparte sobre dichas medidas, ni mucho menos está obligada a buscar su aprobación. El cumplimiento de ese deber, tal y como está incorporado en la Convención de Viena de 1980, en los Principios de Unidroit o, inclusive, en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, no impone de manera alguna la obligación en cabeza de la persona obligada a mitigar el daño, de informar a la parte que incumple el contrato sobre las medidas que adelantará con el propósito de mitigar ese daño. Esas medidas son potestad del afectado y como tal, deberán

9:304 [Anticipatory Non-Performance] señalan que: "Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract".

97 Vale la pena anotar que el representante del Reino Unido no estuvo de acuerdo con que el principio de mitigar el daño se aplicara al incumplimiento anticipado: Legislative History, 1980, Vienna Diplomatic Conference, 'Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementation, Reservations and Other Final Clauses' prepared by the Secretary-General, Document A/CONF.97/9 ('Legislative History'), original in English, 21 February 1980; disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/Fdraft.html]. y

98 Prof. Dr. Jur. Sc. OEC. FRITZ ENDERLEIN y Prof. Dr. Jur. Sc. OEC. DIETRICH MASKOW en *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana, 1992, 256.

99 Artículo 7.3.4 (*Garantía adecuada de cumplimiento*) Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

ser cumplidas por éste independientemente de la posición o concepto que tenga el incumplido respecto de ellas¹⁰⁰.

No obstante, sí es necesario que se le comunique a la parte que incumple alguna de sus obligaciones, sobre el estado y la naturaleza de su incumplimiento. En especial, en aquellas situaciones en que dicho incumplimiento se origina en la falta de conformidad de las mercaderías entregadas, como sucede en aquellos casos que tratan sobre compraventa internacional. Debemos recordar que de acuerdo con lo establecido por el artículo 38 de la Convención de Viena de 1980, "el comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias". A lo cual el artículo 39 agrega que "el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto". De manera tal que el comprador, ante la falta de conformidad con las mercancías, deberá notificar de tal situación al vendedor para que éste adelante las medidas necesarias para subsanar la falta de conformidad si fuere posible.

Al respecto, una corte alemana señaló que no era procedente compensar a un comprador que decidió realizar a su costa la traducción de unos manuales que debían haber sido entregados en el idioma del comprador, pero que erróneamente se entregaron en un idioma diferente. Lo anterior, sin haber notificado previamente al vendedor de tal situación de conformidad con lo señalado por el artículo 39 de la Convención de Viena. En ese caso particular, el comprador señaló que la traducción de los manuales se había realizado con el propósito de mitigar el daño que se le hubiese podido causar por la falta de conformidad con las mercaderías. A lo anterior, la Corte señaló que si el comprador hubiese dado aviso oportuno de tal situación al vendedor, éste hubiese tenido la oportunidad de entregar los manuales en el idioma requerido¹⁰¹, con lo cual la medida adoptada no podía de manera alguna constituir una forma de mitigar el daño a la luz del artículo 77.

Esa obligación de información se constituye en sí misma en una medida razonable para mitigar el daño. Lo anterior, si se considera que su incumplimiento puede resultar en un efecto negativo mayor para el comprador, quien, ante su negligencia, perderá el derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios por los defectos que encuentre en las mercaderías.

100 Ello no significa que las medidas que se van adoptar por la víctima del incumplimiento no deban cumplir con un límite o no se deban ceñir a unos parámetros previamente establecidos por las normas que han regulado la materia. Como veremos más adelante, las medidas adoptadas por el obligado a mitigar el daño deberán ser razonables atendidas las circunstancias del caso.

101 Caso CLOUT n.º 343 Alemania *Landgericht* [Corte de Distrito] Darmstadt 9 May 2000, disponible en la web en el sitio [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html].

V. LA NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS RAZONABLES¹⁰²

Como lo señala G. H. TREITEL, el deber de mitigar el daño involucra, como una de sus características fundamentales, la pérdida del derecho del demandante a reclamar la indemnización de la pérdida que él debió haber evitado o reducido adoptando medidas razonables. Ello a su vez incorpora el deber de no ponerse en una situación más perjudicial, actuando de una manera irracional que lo conduzca a aumentar los daños¹⁰³. Así, en un primer término, y como ya lo hemos mencionado, el demandante o perjudicado debe tomar las medidas necesarias para reducir su pérdida: y en segundo término, deberá abstenerse de adoptar medidas que resultaren en un aumento de ese perjuicio. De manera tal que el deber de mitigar tiene dos formas.

Primero, el afectado deberá tomar las medidas razonables para mitigar su pérdida y ponerse, en la medida de lo posible, en una situación equivalente a aquella en la cual no se hubiese presentado el incumplimiento. Por ejemplo, un empleado despedido de manera irregular deberá hacer lo posible para obtener un trabajo similar, y en aquellos casos en que el vendedor falla en la entrega de las mercancías, el comprador deberá acudir al mercado pertinente para adquirir unas sustitutas. Segundo, el afectado no deberá actuar de manera irracional al punto de incrementar su pérdida¹⁰⁴. Así, al determinar las reglas de mitigación, las cortes se encuentran con el conflicto de no reprimir a las partes de un remedio legal y a su vez, de no promover un uso innecesario de recursos.

De acuerdo con lo anterior, cuando una de las partes en el contrato tiene el derecho a reclamar perjuicios, está siempre obligada a tomar las medidas razonables y tendientes a mitigar la pérdida¹⁰⁵. Sin embargo, no está obligada a "ir y buscar lo imposible" o buscar un mercado en un país o lugar distante o extraño¹⁰⁶. Tampoco podrá acusársele o culpársele de que exista un método de mitigar el daño más favorable para la parte que incumplió el contrato cuando él ha actuado de manera razonable¹⁰⁷. La parte afectada con el incumplimiento será requerida para usar la buena fe y la debida diligencia en la adopción de las medidas más inteligentes. Sin

102 JELENA VILUS en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, Bd. 2, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 1440-1441. *The term 'reasonable person' is an institute of the common law system and after it has been introduced for the first time into the Hague Uniform Law on International Sales (ULIS), it had provoked stormy reaction on the part of the lawyers of the civil law system. Professor A. Tunc in his Commentary of Article 9 of the ULIS considers that assessing the conduct of 'a reasonable person' (reasonable man) according to 'the situation proper to the other party' covers both the character and the factual situation that person is in.*

103 G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 9.^a ed., 1995, 881.

104 JACK BEATSON. *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 254.

105 En el caso "The Solholt" (1993) 1 Lloyd's Rep. 605. Citado por LEO D'ARCY y otros en *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, Thomson, 2000, 87.

106 *Lester Leather and Skin Co vs Homer and Overseas Brokers Ltd* (1948) 64 T.L.R. 569. También en *Pilkington vs Wood* (1953).

107 LEO D'ARCY. *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, cit., 87.

embargo, no podrá ser requerida para adoptar la decisión más sabia o inteligente que la retrospectiva misma pudo haber dictado¹⁰⁸.

Es evidente que la parte que ha sufrido las consecuencias del incumplimiento no puede ser requerida para que adelante costosas medidas desde el punto de vista de tiempo y recursos¹⁰⁹. Es por ello por lo que las medidas que deberá adoptar la parte incumplida estarán limitadas por la extensión del daño o perjuicio causado, considerándose así que esas medidas no podrán significarle al incumplido más que lo que representa el daño o perjuicio mismo.

Así, la obligación de mitigar el daño está sujeta a que los esfuerzos que se adelanten para mitigar el posible daño sean razonables. Pero nos surge una pregunta: ¿Qué significa *razonable*? Pues bien, la opinión más aceptada indica que una medida tendiente a mitigar un daño es razonable si en buena fe puede esperarse, en las circunstancias que rodean la transacción, la ejecución de dicha conducta o medida¹¹⁰. Lo anterior se determinará según las acciones que una persona razonable ejecutaría en las mismas circunstancias¹¹¹.

Al respecto, la Corte Suprema de Austria ha considerado que: "Una medida posible para reducir los perjuicios es razonable si pudo haber sido esperada como una conducta de buena fe de una persona razonable en la posición del afectado en

108 Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Limited (1932), A. C. 452, 506

109 *Where the sufferer from a breach of contract finds himself in consequence of that breach placed in a position of embarrassment the measures which he may be driven to adopt in order to extricate himself ought not to be weighed in nice scales at the instance of the parts whose breach of contract has occasioned the difficulty. It is often easy after an emergency has passed to criticize the steps which have been taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency. The law is satisfied if the parts placed in a difficult situation by reason of the breach of a duty owed to him as acted reasonably in the adoption of remedial measures and he will not be held disentitled to recover the cost of such measures merely because the parts in breach can suggest that other measures less burdensome to him might have been taken.* Ellerman Lines Ltd v. the President Harding, 187 F. Supp. 948 (S.D.N.Y. 1960). Yearbook Commercial Arbitration, 19, p. 171.

110 *The term 'reasonable person' is an institute of the common law system and after it has been introduced for the first time into the Hague Uniform Law on International Sales (ULIS), it had provoked stormy reaction on the part of the lawyers of the civil law system. Professor A. Tunc in his Commentary of Article 9 of the ULIS considers that assessing the conduct of 'a reasonable person' (reasonable man) according to 'the situation proper to the other party' covers both the character and the factual situation that person is in. Independently of numerous remarks addressed to the UNCITRAL regarding the provision on 'reasonable person' from the ULIS, that standard has remained also in the UN Convention on International Sale. Undoubtedly, in this respect the most significant is Article 8 by which criteria are determined for the interpretation of the contract. According to that article, 'statements made by, and other conduct of, a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what the intent was'. Further text in the same article goes on for the case of an impossibility to apply that rule while stating that 'statements made by, and other conduct of, a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances'. "In contrast to that criterion which is taken over from the common law system, the civil law system usually speaks of 'a bonus pater familias' or 'good businessman'. JELENA VILUS. Homenaje a Jorge Barrera, cit., 1440-1441. Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#view].*

111 Texto del Comentario a la norma del artículo 73 del proyecto de 1978 (antecedente al artículo 77 de la norma final), presentación disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html].

las mismas circunstancias". El deber de mitigar, entonces, debe ser interpretado tomando en consideración los intereses de ambas partes, las prácticas comerciales y el principio de la buena fe¹¹². Así, la parte que confía o que invoca el incumplimiento deberá tomar las medidas que un comerciante promedio tomaría. Al respecto, el artículo 1:302 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos establece que el criterio de razonabilidad debe ser juzgado como "lo que las personas que actúan de buena fe y en la misma situación de las partes considerarían razonable. En particular, al analizar qué es razonable, la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los comerciantes o profesionales involucrados, deberán tenerse en cuenta"¹¹³.

El criterio de razonabilidad deberá ser puesto a prueba en cada caso particular. Lo anterior, ya que cada contrato está sujeto a unas características particulares, generando así la necesidad de evaluar para cada caso las acciones que el afectado con el incumplimiento puede adelantar. Al evaluar el caso, se deberá considerar la experiencia del obligado a mitigar en su posición de comerciante, su ingenuidad o los recursos financieros con que cuenta para adoptar las medidas necesarias. Igualmente, se deberán considerar los usos comerciales vigentes en el mercado en el que se ejecutó el contrato.

El argumento principal será entonces, ¿hasta dónde o qué acciones deberá adelantar el afectado para satisfacer el estándar de razonabilidad?¹¹⁴ Como es evidente, esas acciones o medidas no podrán exceder la capacidad de la parte afectada por el incumplimiento. Tampoco significa que la parte que sufre el incumplimiento deba adoptar las medidas más económicas para la parte que incumple, ni mucho menos ejecutar acciones o medidas innecesarias. El acreedor no está obligado a realizar, por ejemplo, pagos o a adquirir las cosas que eran objeto de la prestación del contrato, o a asumir riesgos a los cuales no se veía expuesto antes del incumplimiento, o someterse a exigencias injustas por parte del deudor, que lleguen incluso a afectar la esfera jurídica de un tercero¹¹⁵.

Esas acciones o medidas pueden frecuentemente incluir la celebración de una venta o compra de reemplazo¹¹⁶. También podrán incluir la posibilidad de que la parte afectada por el incumplimiento subsane por sí misma los defectos de las

112 ELISABETH OPIE. "Commentary on the manner in which the Unidroit Principles may be used to interpret or supplement article 77 of the CISG", enero de 2005.

113 CHENGWEI, LIU. *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, Unidroit Principles & PECL*, septiembre de 2003, disponible en [www.cisg.law.pace.edu].

114 BRUNO ZELLER, *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*, abril de 2005, disponible en [www.cisg.law.pace.edu].

115 PIETRO RESCIGNO (dir.). *Tratado di diritto privato, obbligazioni e contratti*, cit.

116 No obstante, se debe señalar que la venta de reemplazo debe realizarse en un tiempo prudente, para así evitar la pérdida o deterioro de las mercaderías. Al respecto ver: China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] 8 de septiembre de 1997 Caso BOPP film.

mercancías entregadas o construcción encomendada¹¹⁷. Igualmente, y dentro de las conductas que de buena fe ejecuta el afectado por el incumplimiento, podemos encontrar inclusive el retorno de las mercaderías a su lugar de origen para luego efectuar la venta de reemplazo en dicho lugar. En un caso decidido por la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de la República Popular de la China, el tribunal arbitral señaló que la diferencia del precio de la venta de reemplazo con el precio del contrato, los costos de bodega y el flete cancelado por el vendedor para transportar las mercancías hasta el lugar de entrega pactado y luego retornarlas nuevamente hasta su lugar de origen, eran daños directos causados por el incumplimiento del comprador en el recibo de las mercaderías. Igualmente se consideró que el transportar las mercancías de vuelta al lugar de origen era una medida razonable y conforme con la práctica internacional¹¹⁸.

Ahora bien, como ya lo hemos mencionado, las medidas adoptadas por el afectado con el incumplimiento tampoco pueden generar gastos innecesarios o riesgosos para ambas partes. En ese sentido, las Cortes han escogido una postura objetiva para señalar que aquellas medidas que podrían generar unos gastos innecesarios o altos riesgos no son procedentes. Al respecto la Corte Suprema de Austria señaló que “el comprador no deberá asumir gastos irracionales: si el costo de la cura no se compensa con el beneficio de la misma por parte del comprador, entonces ésta no será recuperable”¹¹⁹.

Esa misma conclusión fue adoptada por una corte suiza, la cual a su vez añadió que el deber de mitigar no obliga a la parte afectada por el incumplimiento a tomar medidas para mitigar la pérdida cuando de ellas resulten costos innecesarios¹²⁰. La Corte señaló que: “La contrademanda del vendedor podrá reducirse si éste ha

117 KNAPP, en BIANCA-BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milán, Giuffrè, 1987, 559-567.

118 CLOUT caso n.º 301 [ICC Court of International Arbitration case No. 7585 of 1992, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html] (need to mitigate because of size and specifications of machinery) (see full text of the decision). CLOUT case No. 130 [Germany *Oberlandesgericht* [Appellate Court] Düsseldorf 14 January 1994, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html]; CLOUT case No. 93 [Austria *Arbitration Award* [Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien] case No. SCH-4366 of 15 June 1994, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html] (resale by seller not only justified but may have been obligatory under art. 77); [Iran-U.S. Claims Tribunal *Watkins-Johnson Co. v. Islamic Republic of Iran*, 28 July 1989, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/890728i2.html] (seller's right to sell undelivered equipment in mitigation of its damages is consistent with recognized international law of commercial contracts).

119 Austria, 14 de enero de 2002 *Oberster Gerichtshof* [Corte Suprema de Justicia].

120 *This conclusion can be supported by the view taken by an Australian court. In particular, the court has stated that “the obligation to mitigate did not require seller to put at risk its commercial reputation by taking technical points to avoid its obligation under its agreement to charter a vessel when the owner accepted its intimation that it would charter the vessel and become liable under terms eventually to be formalised in the unlikely event that they had not been formalised prior to seller's termination of the contract”.* Downs Investments Pty Ltd v Perwaja Steel SDN BHD [2000] QSC 421 (17 November 2000) [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html].

adoptado medidas para mitigar las pérdidas. Esas medidas incluyen la reventa o reutilización de la maquinaria vendida. Adicionalmente, esas medidas incluyen evitar incurrir en cualquier gasto innecesario o costoso¹²¹.

Ahora bien, la obligación de mitigar el daño tampoco implica que el afectado con el incumplimiento deba aceptar nuevos términos o condiciones impuestos por la parte que incumple el contrato cuando estos van en detrimento de la víctima del incumplimiento. En un caso decidido en los Países Bajos, se señaló que no era procedente aceptar la teoría según la cual una medida para mitigar los daños causados por el incumplimiento del vendedor en la entrega de las mercaderías era la compra al mismo vendedor de un material de las mismas calidades por un valor mayor al inicialmente pactado¹²². En el caso en mención, el vendedor, ante el aumento en el valor de las mercaderías en los mercados internacionales (acero) decidió informar al comprador que no cumpliría su obligación de entrega a menos que este aceptara un pago adicional del 5% en el valor del contrato, condición que no fue aceptada por el comprador. Una vez incumplida la obligación de entrega el comprador demandó el pago de los perjuicios causados con el incumplimiento. A lo anterior el vendedor replicó que el comprador había fallado a su deber de mitigar el daño al no haber aceptado la compra (al mismo vendedor) de las mercaderías a un precio mayor.

En lo referente a la abstención de adoptar medidas que resultaren en un aumento del perjuicio, es evidente que si el incumplido actúa de una manera irracional al intentar mitigar el daño, no podrá recuperar la pérdida adicional que ha sufrido por su actuar, por ejemplo, gastando una suma que resulta ser superior a lo que hubiese costado el perjuicio en sí mismo¹²³.

VI. EL RECONOCIMIENTO DE LOS BENEFICIOS A QUE SE HA HECHO ACREEDOR LA VÍCTIMA DEL INCUMPLIMIENTO COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO

Aunque parezca extraño, el incumplimiento del contrato también puede comportar un beneficio para la víctima del incumplimiento. Es decir, el demandante o perjudicado puede, en determinados casos, hacerse acreedor a beneficios como

121 Suiza, 3 de diciembre de 2002, *Handelsgericht* [Commercial Court] St. Gallen, Presentación del caso, incluida su traducción al inglés disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html].

122 Países Bajos, 1.º de marzo de 2006, Corte del Distrito de Arnhem. Caso *Skoda Kovarny v. B. van Dijk Jr. Staalhandelmaatschappij B.V.* Traducción disponible en inglés en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/060301n1.html].

123 "Compañía Financiera Soleada S. A. vs Harmoor Tanker Corpn Inc, The Borag" (1981), en *Cheshire, Fifoot and Furmston's "Law of Contract*, 11.ª ed., London, Butterworths, 1986, 598. También en P. J. COOKE y D. W. OUGHTON, *The Common Law of Obligations*, 2.ª ed., Butterworths, 1993, 253 y 254.

consecuencia del incumplimiento de su contraparte. Al respecto, se ha considerado que la pérdida se entiende reducida cuando existe un beneficio para la víctima del incumplimiento, como en aquellos casos en que la víctima es relevada de su obligación en el contrato y ello le genera una mejor oportunidad de negocio. Así, BEATSON señala que “cuando una persona ha mitigado la pérdida y obtiene de esa actividad una ventaja comparativa, la ventaja será reducida de los daños y perjuicios que se originaron directamente del incumplimiento”¹²⁴.

Tal sería el caso del vendedor de una mercancía X que se obliga a la entrega de esta en una fecha determinada por un valor que para la fecha del contrato parecería constituir una buena oportunidad, pero que para la fecha de la entrega no representa el valor real que el mercado está pagando por la misma mercancía, y cuyo comprador no acude a su recibo, lo que lo libera de la entrega y le da la oportunidad de venderla por un mejor precio.

Al respecto, la jurisprudencia inglesa ha reconocido tal situación, limitando el daño o perjuicio causado a través de la contabilización de los beneficios que se le han generado a la víctima del incumplimiento en aquellos casos en que tengan estos relación directa con el incumplimiento de la contraparte. Así, para que se reduzca el valor de la indemnización por la generación de un beneficio, ese beneficio deberá presentarse como consecuencia directa del incumplimiento. En el ya mencionado caso *British Westinghouse Ltd v. Underground Railway Co.* se señaló que en aquellos eventos en que el beneficio se ha generado independientemente de la relación entre las partes e independientemente de las labores de mitigación del daño que ha adelantado la víctima, ésta tendrá derecho a la indemnización completa de los perjuicios que se le han generado.

VII. ¿CUÁLES DAÑOS Y EN QUÉ CANTIDAD?

Los daños a que se hace referencia deberán ser, claro está, aquellos que la parte afectada tiene derecho a reclamar bajo los preceptos que se establecen en las legislaciones nacionales, así como en las convenciones y tratados internacionales. De acuerdo con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional¹²⁵, los Principios Unidroit¹²⁶ o, inclusive, los Principios Europeos

124 J. BEATSON. *Anson's Law Of Contract*, Oxford University Press, 2002, 616.

125 Artículo 74: “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.

126 Artículo 7.4.2 (*Reparación integral*): “(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida

de Derecho de los Contratos¹²⁷, el afectado con el incumplimiento tendrá, en términos generales, el derecho a que se le indemnizen el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener.

Así, la víctima del incumplimiento deberá tomar las medidas necesarias para mitigar los daños que le serían indemnizados según la ley o el ordenamiento aplicable al contrato. Es decir, deberá en la medida de lo posible, y razonablemente, mitigar la pérdida sufrida y la reducción en la ganancia como consecuencia del incumplimiento. Igualmente, deberá mitigar el mayor valor que deberá asumir por la compra o venta de reemplazo que se efectuará para suplir la necesidad de mercancías o de recursos.

De tal manera que la parte que se encuentra en estado de incumplimiento podrá reclamar una reducción en los daños y perjuicios en un monto equivalente a aquel en que, en cumplimiento del deber de mitigar, el afectado hubiere podido reducir o mitigar y no lo hizo efectivamente¹²⁸. Por ejemplo, una decisión encontró que un comprador afectado por el incumplimiento podría ser indemnizado únicamente por el 50% de la diferencia entre el precio de contrato y el valor de la reventa realizada por él mismo a sus clientes¹²⁹. En otro caso, el tribunal arbitral dividió la pérdida entre el comprador afectado y el vendedor en estado de incumplimiento, quien había solicitado el pago de lo entregado (parcialmente) ya que el comprador no había procedido a mitigar los daños¹³⁰.

sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional".

- 127 PECL Article 9:502 [General Measure of Damages] *The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.*
- 128 *The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/77 [8 June 2004].* Disponible en [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-77.html].
- 129 *"The tribunal applied article 77 CISG, since the buyer had taken no action to mitigate the loss arising out of the breach of contract. With regard to the first consignment of goods, the tribunal determined that the price reduction should be fixed at 50 per cent of the difference between the price of the disputed goods under the contract and the price agreed between the buyer and the end consumers. With regard to the second consignment of goods, the tribunal determined that the buyer had not proven the damage caused to its reputation by the goods in question. The tribunal noted that seller's breach of contract could not have resulted in serious harm to the reputation of the goods or difficulties in selling the second consignment".* Caso CLOUT n.º 474 *Russia Arbitration Award* caso n.º 54/1999 of 24 January 2000, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html].
- 130 Caso CLOUT n.º 265 [Hungary, *Budapest Arbitration Award* case No. Vb 99142 of 25 May 1999, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/990525h1.html]]. *An Austrian buyer, defendant, and a Hungarian seller, claimant, signed a contract for the purchase and sale of sour cherries. A part of the goods had already been delivered when the price of cherries rose significantly. The seller was willing to bear the consequences of the increase in price for the goods that had already been delivered, but terminated the contract in respect of the non-delivered goods. The seller claimed that the buyer had given its oral consent to the termination. The buyer denied having given such consent and did not pay for the delivered*

VIII. LA CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba la soporta quien acusa. Así, en el caso del deber de mitigar, como es evidente, la parte que incumple el contrato deberá probar que la víctima del incumplimiento no adoptó las medidas necesarias y disponibles para mitigar el daño¹³¹. La carga de la prueba en el caso del deber de mitigar el daño se ubica entonces en cabeza del demandado por el incumplimiento del contrato. Si él falla en demostrar que la víctima del incumplimiento debió haber actuado de una manera razonable adoptando medidas tendientes a mitigar la pérdida, entonces no habrá lugar a disminuir el valor de la indemnización¹³².

Así, un número considerable de decisiones soportan la teoría de que la carga de la prueba está en cabeza de la parte que se encuentra en estado de incumplimiento del contrato, quien debe probar no sólo que su contraparte no cumplió el deber de mitigar, sino también el monto del daño que, pudiendo, no se evitó¹³³. En ese sentido, la Corte Suprema de Suiza¹³⁴ señaló que no se realizaría ningún tipo de ajustes a la compensación otorgada a la víctima del incumplimiento del contrato, si la parte en estado de incumplimiento fallaba al indicar los pasos que la víctima debió o pudo haber seguido para mitigar el daño¹³⁵.

goods. The buyer claimed that non-delivery of the goods outstanding under the contract had caused the buyer more damage than the value of the goods it had received. The seller claimed payment of the purchase price and the buyer counterclaimed for the damage that it had sustained due to non-delivery. As each party had its place of business in a Contracting State, the tribunal stated that the Convention was applicable (article 1(1)(a) CISG). The tribunal held that the claim was partially founded, so the buyer had to pay for the goods already delivered (article 62 CISG). As the seller was unable to prove the buyer's consent to the termination of the contract, the tribunal found that the seller was responsible for the damages of the buyer and the buyer was entitled to make a covering purchase (article 47 CISG [sic?] article 75 CISG?). The buyer was entitled to terminate the contract concerning the non-delivered part of the goods (article 73(2) CISG). On the other hand, the buyer did not fulfill its duty to mitigate its loss (article 77 CISG). The tribunal held that both the claim and counterclaim were only partially founded and therefore divided the damage between the parties.

131 En laudo de junio de 1999, en el caso CCI n.º 9187 el tribunal señaló: "Defendant has to prove that Claimant failed to comply with its obligation to mitigate its loss pursuant to Art. 77 CISG... However, Defendant by just generally arguing that it does not deem appropriate the procedure of reselling the (blended) coke, without offering any evidence whatsoever in order to support this argument, fails to sufficiently substantiate, let alone prove, its allegation. Consequently, since Defendant did not show any facts which would support that Claimant's loss could have been - partially - avoided (e.g. by reference to a less expensive way of disposing of the coke) the Arbitral Tribunal concludes that Claimant's way of disposing of the delivered coke which could not have been sold otherwise was accurate. Absent of any proof to the contrary, the Arbitral Tribunal, therefore, finds that Claimant did not violate its obligation to mitigate its damage".

132 *MacGregor on Damages. Sweet & Maxwell Ltd, London, 1988, 172.*

133 CLOUT case No. 318 [Germany Oberlandesgericht [Appellate Court] Celle 2 September 1998, available online at [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html], CLOUT case No. 176 [Austria Oberster Gerichtshof [Supreme Court] 6 February 1996, available online at [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html] (breaching party had to establish how other party had breached its duty, the possible alternatives and the loss that would have been presented, issue raised on appeal without specific reference to facts that might be relevant).

134 *FCF S.A. v. Adriaafil Commerciale S.r.l.* (Suiza, Bundesgericht [Corte Suprema]) 15 de septiembre de 2000, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s1.html].

135 *MacGregor on Damages, Sweet & Maxwell Ltd, cit.*, se enumeran un número considerable de

Sin embargo, ese no parece ser un problema resuelto. En una decisión de la Corte de Apelaciones de Alemania se le solicitó a la víctima del incumplimiento que le indicara a la Corte las ofertas de operaciones sustitutas o de reemplazo que había solicitado. Lo anterior, antes del momento mismo de imponerle a la parte en estado de incumplimiento la carga de probar cuáles habían sido los daños que se pudieron haber mitigado pero que no se mitigaron¹³⁶. En ese caso, la Corte encontró que el comprador había fallado en su obligación de mitigar los daños de acuerdo con lo expuesto en el artículo 77 de la Convención de Viena, ya que había hecho esfuerzos por obtener una compra de reemplazo únicamente en su región, sin siquiera consultar proveedores de otras partes del país o inclusive de fuera de Alemania.

Similar posición se adoptó en un laudo proferido por un tribunal de arbitramento en Colombia, en donde se señaló que "quien demanda la indemnización tiene la carga de la prueba para demostrar las actuaciones diligentes que llevó a cabo, enderezadas a reducir los daños, así como su oportunidad y resultados, o en su defecto, deberá probar por qué no pudo adoptar medidas efectivas de mitigación, o por qué las tomadas resultaron fallidas"¹³⁷. Por otra parte, será la parte afectada, según esta última tesis, la que deberá demostrar que las medidas adoptadas fueron suficientes o razonables, o que su inactividad se fundamenta en la imposibilidad de adoptar medidas que cumplieran con el test de razonabilidad al que ya hicimos referencia.

IX. CONCLUSIÓN

Como se observa, el principio de buena fe se ha interpretado bajo diferentes denominaciones, entre las que se destacan el principio general del deber de información, el principio de negociar de buena fe, o el principio de ejecutar los contratos de buena fe. También se ha hablado de la obligación de cooperar y se ha hecho referencia al principio general del acreedor de disminuir el daño sufrido.

casos que soportan esa misma posición en el derecho inglés.

136 Caso CLOUT n.º 318, Alemania, *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones] 2 de septiembre de 1998, disponible en [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html]. El caso resolvió una disputa relacionada con un contrato de compraventa de aspiradoras en donde el vendedor holandés entregó dichos bienes a un comprador alemán. Después de haber recibido y revendido las aspiradoras, el comprador alemán objetó la calidad de las mismas y declaró el incumplimiento del contrato, rehusándose a realizar el pago. El vendedor demandó al comprador por el pago del precio, mientras el comprador solicitó una compensación del precio con los daños y perjuicios causados por la pérdida del mayor beneficio dejado de obtener por la venta de bienes defectuosos. La corte de apelaciones encontró que el vendedor estaba autorizado a obtener el pago del precio, según lo señalado en el artículo 53 de la Convención, ya que el comprador no había sido capaz de retornar las aspiradoras defectuosas.

137 Laudo Arbitral de Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles S. A., Conciviles S. A. vs. Urrá S. A. ESP del 16 de mayo de 2001.

La buena fe entraña entonces un deber de cooperación y de solidaridad que deben acatar las partes, para proteger no sólo sus propios intereses, sino también los de aquellos que se benefician o perjudican con su actuar.

En lo que se refiere al deber de mitigar el daño, podemos afirmar que este es una declaración en contra del desperdicio, un deber de cooperación o solidaridad y una obligación para sí mismo que surge a partir del conocimiento del incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, y que conmina a la víctima del incumplimiento a tomar las medidas razonables para mitigar su pérdida y ponerse, en la medida de lo posible, en una situación equivalente a aquella en la cual estaría si no se hubiese presentado el incumplimiento. Deber que también significa la pérdida del derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios causados con el incumplimiento que se hubiesen podido mitigar y no se mitigaron.

Tenemos, pues, otra aproximación a los deberes, cargas u obligaciones que incorpora en nuestros ordenamientos el principio de la buena fe. Principio que se erige como rector de las relaciones civiles y comerciales y que conmina a los particulares a seguir una conducta recta y honesta, no sólo en pro de los intereses ajenos, sino también de sus propios intereses. Así, el deber de mitigar el daño, como consecuencia clara del principio de la buena fe, impone a las partes la obligación de proteger sus propios intereses, adoptando las medidas razonables con que cuentan, deber cuya inobservancia representa a su vez la pérdida del derecho al reclamo.