

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

**LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN
COLOMBIA**

**JUAN DAVID BOTERO ZULUAGA
MAESTRÍA EN DERECHO
NIVEL DE PROFUNDIZACIÓN**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN – COLOMBIA
2015**

Juan David Botero Zuluaga

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín – Colombia – 2015

Mail: juda8014@yahoo.es

Tel: 2273997

Resumen

En Colombia no existe una norma que consagre expresamente el deber o la carga de mitigar el daño de forma expresa en materia de responsabilidad contractual, y si bien existen laudos arbitrales y una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que han aplicado esta carga, este artículo pretende, a partir del análisis de la carga en cuanto a su concepto, naturaleza, alcance y fundamentos, establecer si a través de la interpretación de diversas normas de la legislación Colombiana, como la buena fe, si la parte que ha sufrido un incumplimiento de contrato, tiene el deber o la carga de mitigar sus propios daños.

Palabras clave. Mitigación del daño, Carga, Deber, Razonabilidad, Buena Fe, Causalidad.

Abstract

In Colombia there is no rule which explicitly enshrines a duty or burden to mitigate the damage expressly in contract responsibility, and while there are awards and a judgment of the Supreme Court have applied this burden, this article aims, based on an analysis of the burden in terms of its concept, nature, scope and foundations, to establish whether through the interpretation of various provisions of Colombian legislation and good faith, if the party that has suffered a breach of contract, It has a duty or burden to mitigate its own damages.

Keywords. Mitigation of Damages, Onus, Duty, reasonableness, Good Faith, Causality.

Sumario. Introducción. I. La Carga de Mitigar el Daño en otras Legislaciones. II La Carga de Mitigar el Daño. III. Fundamentos para la Aplicación de la Carga de Mitigar el Daño. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El deber o, más puntualmente la carga de mitigar el daño ha cobrado en esta época gran relevancia en el derecho patrio, así como en otras legislaciones y en el derecho internacional privado, específicamente en materia de responsabilidad civil. A pesar de que esta carga ha tenido sus grandes desarrollos en los sistemas del *Common-law*, su generalización y aceptación se ha extendido a los sistemas romano-germánico, con los instrumentos de unificación del derecho privado, mediante tratados internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, los principios de Unidroit, en Europa con los Principios de Derecho Contractual Europeo, y en algunos casos por medio de la adopción en una norma de derecho interno, como, en el caso europeo, en Alemania, Suiza e Italia, y en relación con Latinoamérica, en Perú y Bolivia.

No obstante lo anterior, existen otros países en los que la carga de mitigar el daño no tiene una consagración expresa, como en España y Francia en Europa, y Chile, Argentina, Brasil y Colombia en Latinoamérica, por lo que los trabajos dogmáticos se han orientado a preguntarse si conforme con las normas de derecho interno existentes es posible la imposición del deber o la carga de mitigar los daños o, dicho de otro modo, si se le puede exigir a la parte que ha sufrido un perjuicio por el hecho de otro, o a quien ha sufrido el incumplimiento de contrato, que tome medidas razonables a su disposición para evitar o mitigar sus propios daños.

Se plantea, por lo tanto, si ante la inexistencia de una norma que consagre la carga de mitigar el daño, se hace necesario consagrar una norma que exija este deber o carga, o si por el contrario mediante la interpretación de algunas normas del ordenamiento jurídico se puede plantear su existencia o la posibilidad de exigir tal carga a la parte que sufre un incumplimiento de contrato. En este punto existen diversas respuestas, desde las que plantean su desacuerdo con implantar dicha carga en los órdenes internos sin una norma que expresamente la consagre, e incluso aunado a lo anterior, dudan de la conveniencia de consagrarla (Viney, 2002), pasando por otros autores que no dudan de su conveniencia pero

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

que consideran necesaria una norma expresa que imponga dicha carga (Le Pautremant, 2006; López Santa María, 2008), y finalmente otros autores que consideran que de las normas existentes en el orden interno se puede deducir la existencia de la carga de mitigar el daño en virtud de principios como el de la buena fe (Soler Presas, 1998; Díez-Picazo, 1999; Vidal Olivares, 2009), el de la causalidad (Troncoso, 2011; Pizarro Wilson; 2011; Gamboa Mahecha, 2014), o el de la autorresponsabilidad (San Martín Neira, 2012).

Conforme con lo expresado en los párrafos anteriores, este estudio parte de la inexistencia de una norma que consagre en nuestro orden interno el deber o la carga de mitigar el daño, para analizar cuál es el fundamento más adecuado para su aplicación en materia de responsabilidad civil contractual, y determinar si la buena fe u otros principios pueden ser un fundamento apropiado para sostener la existencia de esta carga y aplicarla a las relaciones jurídico-negociables regidas por el orden jurídico colombiano.

TÍTULO I

LA CARGA DE MITIGAR LOS DAÑOS EN OTRAS LEGISLACIONES

Capítulo I

1. Common-law (Inglaterra y Estados Unidos)

En los sistemas del *Common-law* se conoce la mitigación del daño como “Duty to mitigate” (en Inglaterra) o “Avoidable consequences” (en Estados Unidos), siendo en ambos casos jurisprudencial el desarrollo de esta carga. El caso más antiguo en estos sistemas es *Virtuev. Bird*, que se aplica como precedente en Estados Unidos, en el cual el demandante había sido contratado para transportar mercancías a Ipswich y debía entregarlas en un lugar que sería designado por el demandado. Sin embargo, cuando el demandante llegó a Ipswich, el demandado se retrasó seis horas para indicar el lugar en que debían ser entregadas las mercancías. Durante este tiempo, los caballos que el demandante había usado para el transporte los dejó bajo la lluvia después del largo trayecto que había recorrido, por lo que se enfriaron y murieron. A pesar de que el demandante solicitó una indemnización por los perjuicios ocasionados, incluyendo la pérdida de los caballos, el tribunal negó la indemnización por este rubro puesto que el demandante pudo haber tomado medidas para evitar su pérdida. (Farnsworth, 2004). Posteriormente, la mitigación del daño se aplicó nuevamente en 1830 en el caso *Stanford C. Lyall*, y así durante los siglos XIX y XX, mediante varias sentencias se estableció de forma general y definitiva la regla de la mitigación del daño, que consiste en que “la víctima no tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que habría podido evitar tomando medidas razonables al efecto” (López Santa María, 2008).

Adicionalmente a ello, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la Ley también ha regulado la regla de mitigación del daño. Así, en el primero de los países mencionados, en materia de venta de bienes muebles en *Sales of Goods Act* de 1979, los artículos 50 y 51 consagran el deber de mitigar los daños, tanto para el comprador como para el vendedor, y en Estados Unidos la mitigación del daño tiene consagración en *el Uniform Commercial*

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

Code en los artículos 2-708, 2-712, 2-713 y 2-715, que contienen reglas de mitigación que deben adoptar las partes de un contrato de compraventa cuando ocurra un incumplimiento de lo pactado, como bien lo expresa Maximiliano Rodríguez Fernández:

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 obliga a las partes a adoptar todas las medidas disponibles para mitigar la pérdida. (Rodríguez Fernández, 2008)

Por último, de acuerdo con Andrew Burrows (2004), conviene destacar que en el *Common-law*, dentro de los principios que limitan la compensación de las pérdidas se distingue *el incumplimiento del deber de mitigar el daño* de la *causa interviniente* (intervening causa) y de la *contributory negligence*. Lo primero es la omisión del demandante de minimizar los perjuicios o de intentar hacerlo mediante medidas que resultan no razonables, la causa interviniente no es más que el actuar de la víctima que rompe el nexo causal, mientras que la *contributory negligence* es el actuar del perjudicado la que contribuye a la causación del perjuicio, es decir, que la conducta de la víctima contribuye con la conducta del victimario para producir el resultado dañoso. Esta distinción es reseñada igualmente por la profesora Ana Soler Presas, para quien el deber de mitigar el daño adquiere relevancia es en el momento en que claramente y sin lugar a dudas se ha establecido que “el incumplimiento es la causa de (todo) el daño”, y la concurrencia de culpas o contribución negligente es un tema eminentemente causal y allí encuentra su solución (Soler Presas, 1998). Por su parte, Rodrigo Fuentes Guíñez destaca que la *contributory negligence* es lo que conocemos como la “culpa del perjudicado” (Fuentes Guíñez, 2005), la cual en nuestro medio equivale a la concurrencia de culpas establecida en el artículo 2357 del Código Civil.

1.2. Alemania

En Alemania, el inciso segundo del §254 del BGB (Código Civil Alemán) consagra expresamente el deber de mitigar el daño, al señalar:

1. Si cualquier tipo de culpa por parte de la persona dañada ha contribuido a causar daño, la obligación de indemnizar a la parte perjudicada y el alcance de la indemnización a realizar depende de las circunstancias; sobre todo de hasta qué punto el daño ha sido causado predominantemente por una u otra parte.

2. Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió solo en una omisión a la hora de llamar la atención del deudor acerca del peligro anormal que el deudor no conocía ni debería haber conocido o en una omisión a la hora de evitar o mitigar el daño. La disposición del § 279 se aplica *mutatis mutandis*. (San Martín Neira, 2012, págs. 219, 220).

En este país, como lo explica Lilian San Martín (2012), desde antes de la expedición del BGB de 1900 no han existido criterios para limitar la indemnización de perjuicios como el del daño directo o indirecto y el de la previsibilidad del daño, y la limitación reconocida es en general la culpa de la víctima, donde se incluía evitar el daño, situación que no varió con la expedición del Código Civil Alemán, y fue consagrada expresamente en el §254 citado anteriormente, el cuales una de las pocas o “quizás la única” norma que establece de forma general límites al resarcimiento del daño sufrido por la víctima. Esta norma, en el primer inciso, regula la concurrencia de culpas en la causación del daño, y en el segundo inciso establece dos hipótesis: la primera, cuando el perjudicado omite informar al deudor de una situación que este no conocía ni debía conocer, y de la cual pudiese devenir graves perjuicios para aquel; y la segunda, consistente en establecer el deber de mitigar el daño, que es una limitación del monto de la indemnización. En igual sentido se pronuncia Fuentes Guíñez, para quien este artículo es “Una de las pocas normas que permite reducir la indemnización en el Derecho alemán §254...” (Fuentes, Guíñez 2005). Esta limitación se encuentra en la parte general y por tanto es aplicable a cualquier tipo de daño ocasionado,

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

dado que en Alemania existe la obligación de resarcimiento del daño, sin distinción alguna en cuanto a su origen.

1.3. Francia

En Francia, el deber de mitigar el daño no tiene consagración expresa en el Código Civil, y tanto la ley como la jurisprudencia han sido refractarias a reconocer este deber puesto que el principio de reparación integral tiene un peso muy importante en dicho ordenamiento jurídico y se considera que el deber de mitigar lo afectaría gravemente (Le Pautremant, 2006; Larroumet, 2008).

Si bien, como lo reseña Rodrigo Fuentes Guíñez (2009), autores clásicos como Domat y Pothier fueron de la opinión de que la inactividad de la víctima era relevante en el momento de establecer el resarcimiento de los perjuicios, estas consideraciones no fueron recogidas en el Código Civil francés, y no han tenido eco en la jurisprudencia.

El profesor Christian Larroumet considera que la mitigación del daño es algo deseable y que se debería aplicar en el derecho civil francés, aunque, sin embargo, destaca que la Corte de casación francesa ha rechazado este deber en dos sentencias del 2003, desconociendo los avances que en diversos países ha habido sobre la materia. Este autor señala:

... El dogma de la reparación integral no es más que una petición de principio para rehusar consagrar una obligación cuya utilidad económica no hay que demostrar. Esta posición es otro tanto más de lamentar que esté en contracorriente de lo que está admitido en todos los textos recientes, bien nacionales, internacionales o transnacionales, lo cual no impide, de todas maneras, investigar el fundamento de la obligación de mitigación para determinar el régimen. (Larroumet, 2008).

Igualmente, la profesora Geneviève Viney destaca que la mitigación del daño no se encuentra consagrada en Francia de manera general y solo para algunos casos en el tema de

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

seguros. Incluso, esta profesora no está segura de que la adopción de este deber sea aconsejable por no existir un marco legal que regule el tema específicamente. Al respecto, la profesora Viney expresa:

Así, la puesta en práctica de la obligación de minimizar los propios daños se presenta delicada, de suerte que uno es introducido a pensar que su generalización, supongamos que sea deseable, está lejos de ser evidente, no sería de todas maneras, considerable más que a condición de que fuera objeto de un ordenamiento legislativo suficientemente preciso. En su defecto, podría en efecto volver nuestro derecho de la reparación más incierto y más aleatorio aún de lo que está actualmente. (Viney, 2002)

De acuerdo con lo señalado, el principio de reparación integral tiene un arraigo muy fuerte en la jurisprudencia de las cortes francesas, sobre todo en la Corte de Casación, lo que ha generado que la mitigación del daño sea rechazada, pues la misma reduce los daños concedidos a la víctima, por lo que no habría reparación completa y a la víctima de un incumplimiento contractual no tiene por qué exigírsele que mitigue sus daños en favor del victimario, puesto que no existe una norma que consagre expresamente dicho deber. Por todas estas razones, los tribunales se han negado aplicar el deber de mitigar el daño, sin que ello sea un argumento suficiente para negar este deber según Solène Le Pautremat (2006).

1.4. Italia

En Italia, el inciso segundo del artículo 1227 del Código Civil regula la evitación del daño por parte del acreedor con ordinaria diligencia, por lo que hay doctrina que es partidaria de que en este inciso también se encuentre consagrado el deber de mitigar el daño. Entre esos partidarios se puede destacar al profesor Valcavi, para quien existe un “deber de cooperación del acreedor” derivado del inciso segundo de la norma citada, autor que al respecto expresa:

Por esta razón, resulta imposible concebir que el deber de cooperación previsto en el apartado 2 del art. 1227 pueda reducirse a un mero comportamiento pasivo y no activo, o

que no pueda manifestarse, asimismo, mediante el deber de sustitución. En concreto, la valoración acerca de la necesidad de dicha sustitución se realizará conforme al juicio pronóstico y análisis retrospectivo del juez. Cabe añadir que el art. 1227.2., atribuye al acreedor la responsabilidad de adoptar un comportamiento coherente no solamente para no agravar el daño, sino también para reducirlo. (Valcavi, 1984).

El fundamento de este deber parece estar en el principio de la buena fe ya como un deber de cooperación, de acuerdo con la cita anterior, o, como el mismo profesor Emilio Betti lo señala, es un deber de corrección y desde luego de la cooperación entre las partes que encuentra su consagración en el artículo 1227 del Código Civil. Al respecto, expresa:

... la buena fe entra en juego en la fase patológica del incumplimiento, en la que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas, y por lo tanto, la buena fe ya no puede jugar una función positiva, como compromiso de cumplir, pero sin embargo sigue existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguas del acreedor y el deudor; el acreedor aun cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse, en cierto modo, en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte. Hay aquí una exigencia de corrección que le impone, incluso en esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento. (Betti, 1955).

En Italia, pues, existe una norma que parece consagrar el deber de mitigar el daño cuyo fundamento sería el principio de la buena fe, aunque como lo señala la profesora Lilian San Martín, en la doctrina no hay “consenso” acerca de que el artículo 1227 del Código Civil consagre el deber de mitigar el daño (San Martín Neira, 2012, p. 232).

1.5. España

En España no existe una norma que consagre de forma general y expresa el deber de mitigar el daño, salvo el artículo 17 de la Ley de 1980 sobre seguros.

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

En este país, la doctrina está de acuerdo con la existencia del deber de mitigar los daños, el cual algunos autores como Ricardo de Ángel Yaguez y Santos Britz, tal y como reseña Jorge López Santa María (2008), lo fundamentan en la causalidad.

Por su parte, el profesor Luis Díez-Picazo señala que el fundamento del deber de mitigar el daño es la buena fe, y afirma: “Hay, ante todo un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando para ello las precauciones que la razonable diligencia exige” (Diez-Picazo, 1996). Igual criterio comparte Ana Soler Presas, para quien el fundamento del deber de mitigar el daño es la buena fe, dado que la causalidad no tiene nada que ver con este, puesto que el deber de mitigar el daño cobra relevancia cuando ya se ha determinado claramente que el daño ocasionado obedece a la conducta del deudor o victimario y está establecido el nexo de imputación, por lo que considera: “El fundamento de este deber autónomo de mitigar el daño causado con las medidas al alcance de quien lo sufre lo encontramos, pues en el principio general de la buena fe (art. 7.1 C. c.).” (Soler Presas, 1995).

1.6 Chile

En Chile, aunque no existe una norma que consagre el deber o la obligación de mitigar los daños, sí podemos decir que el tema ha sido abordado por varios autores y se ha tratado de manera amplia. Por ejemplo, Jorge López Santa María (2008) es del criterio de que en la legislación chilena no existe una norma que señale este deber de forma expresa, por lo que el mismo no se puede aplicar en materia contractual, salvo las excepciones legales, así sea deseable su aplicación. En contraste, Carmen Domínguez Hidalgo es partidaria de que este deber se aplique en la legislación chilena, así no exista una norma que lo consagre expresamente, bajo fundamentos tales como una ruptura del “nexo causal con los perjuicios agravados”, “el principio de buena fe contractual que obliga a no agravar el daño”, “el principio general de no dañar al otro”, “razones de equidad o justicia” y “razones de moral” (Domínguez Hidalgo, 2011). El profesor Ramón Domínguez Águila también es partidario de la aplicación del deber de mitigar el daño, encontrando el fundamento en la concurrencia de culpas consagrada en el artículo 2330 del Código Civil. Al respecto,

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

expresa: “Pero es indudablemente en el plano de la causalidad y dentro de ella en el papel de la culpa de la víctima que puede encontrarse más exactamente un fundamento técnico y general de la obligación de minimizar el daño”(Domínguez Águila, 2005).

Así mismo, existen otros autores partidarios de la aplicación del deber de mitigar el daño que encuentran su fundamento ya sea en la causalidad, consagrada en el artículo 1558 (Pizarro Wilson, 2013), en el principio de la buena fe con base en el artículo 1546 (Vidal Olivares, 2009) o en el principio de la autorresponsabilidad o la carga de diligencia consigo mismo (San Martín Neira, 2012).

Capítulo II

El deber mitigar el daño en las convenciones internacionales y en la *lex mercatoria*

1. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías fue incorporada a la legislación de Colombia mediante la Ley 518 de 1999. Esta Convención, de acuerdo con sus artículos 1, 2, 3 y 7, se aplica cuando el comprador y el vendedor no han excluido su aplicación y tienen sus establecimientos en Estados contratantes diferentes (artículo 1.1(a)) o cuando, a pesar de que ello no sucede, la ley aplicable según las reglas de derecho internacional privado es la de un Estado contratante, descartándose de entrada su aplicación a los contratos domésticos, que son el objeto de este estudio.

Pese a lo anterior, es pertinente reseñar que esta Convención establece una serie de cargas, tanto de comunicación como de conducta, que las partes deben observar, como bien lo reseña el profesor Álvaro Vidal Olivares: “En la Convención se distinguen dos tipos de cargas contractuales, las de comunicación y las de realización de una conducta material. Las primeras imponen al acreedor el deber, sea de denunciar el incumplimiento del deudor, sea de anunciar sobre las pretensiones, o remedios, de que hará uso. Las segundas, en cambio, exigen del acreedor la realización de una conducta material...” (Vidal Olivares,

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

2006). Entre las cargas de conducta se regula expresamente la carga de mitigar el daño en su artículo 77, que exige del acreedor adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias concretas del caso, con el fin de reducir los perjuicios derivados del incumplimiento contractual, y en caso de no hacerlo se reducirá la indemnización en el monto en que pudieron haberse reducido o evitado tomando las medidas razonables. Igualmente, los artículos 75 y 76 regulan la cuestión de las operaciones de reemplazo, tanto para el vendedor como para el comprador, que son una materialización del deber de mitigar el daño.

La aplicación de la carga de mitigar el daño no es automática y requiere de unas condiciones para su exigencia. Al respecto, el profesor Maximiliano Rodríguez Fernández señala las siguientes condiciones: “3.1. El conocimiento acerca del incumplimiento. 3.2. El criterio de razonabilidad. 3.3. Cuáles daños y en qué cantidad. 3.4. La carga de la prueba” (Rodríguez Fernández, 2007). El conocimiento acerca del incumplimiento implica que la parte que sufre la ruptura contractual debe conocer con certeza y seguridad del incumplimiento por parte de la contraparte. El criterio de razonabilidad, por su parte, se refiere a que las medidas deben ser evaluadas en la situación concreta, analizándose si un hombre razonable en las mismas circunstancias las hubiera tomado. En cuanto a los daños, estos se refieren a los que se hubiesen podido reducir o evitar con las medidas razonables si la parte que sufrió el incumplimiento las hubiese tomado. Por último, la carga de la prueba corresponde al deudor, quien deberá probar que el acreedor no tomó las medidas razonables, y cuáles eran las que estaban a disposición de este y que podrían evitar o reducir los perjuicios.

Cabe concluir que la carga de mitigar los daños en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías tiene una justificación económica, como lo señala el profesor Vidal Olivares, para quien: “Detrás de estas cargas hay una explicación jurídico-económica desde que su establecimiento tiene por objeto promover el razonable uso de los recursos y desincentivar cualquiera conducta del acreedor que pudiese

incrementar la entidad de las pérdidas derivadas del incumplimiento contractual, independientemente de que sea imputable al deudor” (Vidal Olivares, 2005).

2. Los Principios de Unidroit

El artículo 7.4.8 de los principios de Unidroit consagra expresamente la carga de mitigación del daño con el título “Atenuación del daño”, el cual se encuentra regulado en 2 numerales. El primero de ellos establece las medidas que debe tomar la parte perjudicada y el segundo la recuperación de los gastos incurridos.

Estos principios, de acuerdo con el preámbulo, pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional, de acuerdo con el artículo 1.7., y constituyen una buena herramienta para acompañar el derecho interno con las realidades jurídicas internacionales, es decir, actualizarlo, “modernizarlo” y encontrar un fundamento para aplicar la mitigación del daño, en Colombia. En este sentido se pronuncia el profesor Oviedo Albán:

Una tercera consideración que vale la pena resaltar es el relacionado con la posibilidad atribuida a los jueces para apoyarse en los Principios de Unidroit a fin de interpretar e integrar instrumentos internacionales y normas nacionales... Debe destacarse que esta posibilidad, de ser utilizada por los jueces y árbitros, podría dar lugar a importantes desarrollos en el Derecho colombiano, de manera que permitiría hacer una relectura de muchos preceptos de los Códigos Civil y de Comercio para, por esa vía, ponerlos a tono con las tendencias del Derecho contemporáneo. Adicionalmente, esta sentencia encuentra consonancia con otro precedente de la misma Corte, como lo es la sentencia de casación de 16 de diciembre de 2010, en la que se acudió al artículo 77 sobre mitigación de daños, de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, incorporada al Derecho colombiano mediante Ley 518 de 1999, en relación con la pretensión del demandante de obtener una indemnización de perjuicios por incumplimiento de la otra parte.” (Oviedo Albán, 2013).

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

La función de interpretación y complementación que cumplen los principios Unidroit fue expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de febrero del 2012, magistrado ponente, William Namen Vargas. Allí la Corte, aunque en un *obiter dicta*, señaló la importancia de estos principios y su función interpretativa y de complementación al derecho nacional, al expresar:

Más recientemente, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales - *Principles of International Commercial Contracts*(PICC)- de UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1940 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D.O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), desde su primera versión, contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la "*excesiva onerosidad*" (*hardship*) y la adaptación. **Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos.**(Namén Vargas, 2012) (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Igualmente, en otro apartado de la citada sentencia, la Corte hizo referencia a la carga de mitigar, del cual se puede deducir que el fundamento de dicha carga en nuestra legislación es el principio de buena fe.

Los Principios Unidroit, de acuerdo con lo visto, son un fundamento importante de la aplicación de la carga de mitigar los daños en nuestra legislación por la vía del preámbulo, artículo 1.7, dado que de los mismos, tienen una función interpretativa y de

Juan David Botero Zuluaga
 La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

integración de las legislaciones nacionales, y así, mediante el principio de la buena fe que tanta relevancia tiene en nuestros días, se podrían aplicar a los contratos regidos por la legislación colombiana, para concluir que sí existe en nuestro derecho la carga de mitigar el daño, que es el tema del próximo título.

TÍTULO II

LA CARGA DE MITIGAR EL DAÑO

Capítulo I

a) Concepto

La carga de mitigar el daño consiste en que la parte que ha sufrido un incumplimiento de contrato tome todas las medidas que estén a su alcance y que sean razonables para evitar que los perjuicios ocasionados con el incumplimiento del contrato no se incrementen gracias a su propia inactividad o también a su actividad cuando no lo debe hacer (por ejemplo: seguir confeccionando un producto que el comprador había manifestado que no iba a recibir), es decir, que no se quede observando cómo sus perjuicios se incrementan gracias a su pasividad. Desde luego, tomadas las medidas para mitigar los daños, la parte que sufre el incumplimiento tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios que permanecen después de haber llevado a cabo tales acciones y además a que se le reembolsen los gastos en que ha incurrido para desplegar las conductas mitigadoras, que si son razonables, deben tener un costo menor que el de los daños evitados. Andrew Burrows define la carga de mitigar el daño de la siguiente forma:

El deber de mitigar es una restricción adicional a la indemnización por daños y perjuicios. Por un lado, el demandante no debería sentarse y no hacer nada para minimizar la pérdida que resulte de un agravio, sino más bien debería utilizar sus recursos para hacer lo que sea razonable para ponerse en una posición tan buena como si el contrato se hubiera realizado o el daño no hubiese ocurrido. (Burrows, 2004).

Un ejemplo de ausencia de mitigación del daño ocurre en un contrato en virtud del cual *A* le vende a *B* una carga de maíz. *B* no paga el precio oportunamente y *A* deja el maíz

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

sin buenas condiciones de almacenaje y protección contra elementos que lo puedan alterar, y por estas razones este se pudre, perdiéndose toda la carga de maíz.

En lo que respecta a las medidas, como se verá más adelante, estas deben ser razonables, puesto que se deben tomar para evitar que el daño se incremente, pero también hay que abstenerse de realizar conductas que incrementen las pérdidas. Ejemplo: una empresa *X* que le compra a la compañía *Y* un cargamento de harina y *Y* le incumple con la entrega del producto, por lo cual *X* para cubrir su demanda interna realiza una compra de reemplazo en el mercado a un valor exagerado, diez veces más caro que el precio original que le había otorgado *Y*; en este caso, las medidas mitigadoras resultan desproporcionadas y causan una pérdida mucho mayor. Por lo tanto, las medidas tomadas resultarán desproporcionadas cuando el hecho de tomarlas incrementan el perjuicio, lo que en la doctrina se conoce como el aspecto positivo y negativo del deber de mitigar el daño. En este sentido se expresan Jorge Oviedo Albán (Oviedo Albán, 2012) y María Isabel Troncoso (Troncoso, 2011). Dicho de otro modo, la carga de mitigar el daño comprende dos principios, el primero es la realización de una acción razonable para mitigar los perjuicios, mientras que el segundo es una inacción razonable, esto es, que cuando las medidas mitigadoras incrementan las pérdidas no se deben tomar.

b) Naturaleza Jurídica. Deber, obligación o carga

En cuanto a si la naturaleza de la mitigación del daño es un deber, una obligación o una carga, existen diversas posiciones en los trabajos dogmáticos que respecto a la mitigación del daño se han construido. Algunos autores consideran la mitigación del daño como un “deber limitado”, “deber libre” o en general un “deber de conducta”, y a ella se refieren como el deber de mitigar el daño. Entre estos encontramos al profesor Adam Kramer, para quien no es una obligación, puesto que no se puede exigir el cumplimiento de la misma, y por ello considera la mitigación como un “deber en sentido limitado”. Al respecto, el profesor Kramer expresa:

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

...la Ley implícitamente reconoce un deber, por lo menos en sentido limitado de que una omisión por el demandante en realizar una acción rompe la cadena de causalidad en donde la omisión es tratada como significativa para la responsabilidad del demandado, y es conveniente identificar el significado de la omisión diciendo que en tales casos había un deber de alguna clase para actuar. (Kramer, 2014).

Por su parte, el profesor Luis Díez-Picazo considera que este es un deber de conducta “derivado de la buena fe” (Diez - Picazo, 1996), mientras que profesores como Domínguez Águila entienden la mitigación del daño como un deber libre o un “deber de obrar diligentemente” (Domínguez Águila, 2005, p. 92). En igual sentido, Pizarro Wilson (2013) y Domínguez Hidalgo (2011, p.113). En Colombia, el profesor Carlos Ignacio Jaramillo sostiene que su naturaleza es la de un deber de conducta derivado de la buena fe, al afirmar que esta expresión “ciertamente es muy reveladora, por tanto, expresiva, mucho más, si se quiere, que el vocablo *carga*, sobre todo si se tiene en cuenta que, en gran medida, tales deberes tienen como manantial la buena fe generadora de insoslayables *deberes especiales de conducta...*” (Jaramillo Jaramillo, 2013).

Otros autores sostienen que la naturaleza jurídica de la mitigación del daño es la de una obligación para sí mismo, consigo mismo o unilateral (Le Pautremat, 2006, p. 216; López Santa María, 2008; Rodríguez Fernández, 2007, p. 15; Rodríguez Fernández, 2008, p. 128; Larroumet, 2008; Troncoso, 2011, p. 357), aunque cabe aclarar que la doctora Troncoso le da esta connotación por “practicidad”, estando consciente de que ni es un deber ni una obligación. Esta caracterización de la mitigación del daño es la que menos acogida tiene en la doctrina, toda vez que a la parte que sufre el incumplimiento no se le puede exigir que tome las medidas para evitar o reducir sus perjuicios.

Por último, la posición mayoritaria en la doctrina (Soler Presas, 1995, p. 960; Soler Presas, 1998, p.64; Fuentes Guíñez, 2005, p.226; Fuentes Guíñez, 2009, p.237; Vidal Olivares, 2009; San Martín Neira, 2012, p.74; Oviedo Albán, 2012, p.21; Gamboa Mahecha, 2014, p.8; Pérez Velásquez, 2015, p.21) es la que considera que la naturaleza

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

jurídica de la mitigación del daño es la de una carga (*onere*), toda vez que la misma no le es exigible a la parte que sufre el incumplimiento del contrato, pero su inobservancia genera una consecuencia negativa para este, que consiste en ver reducidos los perjuicios que con una conducta razonable pudieron ser evitados o disminuidos. El profesor Antonio Cabanillas Sánchez define las cargas y sus consecuencias en la siguiente forma:

Desde esta perspectiva, la carga es una conducta del acreedor que ha de observar en su propio interés para que pueda ejercitar una facultad. Ciertamente, el acreedor es libre para llevar a cabo la conducta en que consiste la carga, pero solo si la observa está en condiciones para ejercitar la facultad. Con otras palabras, la inobservancia de la carga determina la imposibilidad del acreedor para ejercitar el poder de actuación en que consiste la facultad.(Cabanillas Sanchez, 1988).

De lo anteriormente expuesto se concluye que la mitigación del daño es una carga y no un deber o una obligación, puesto que estos dos últimos son exigibles al sujeto de la relación obligatoria al tutelar un interés ajeno, teniendo la posibilidad de ser reconducidos de manera forzosa en caso de omitirse, mientras que la carga mira el interés propio.

c) Ámbito de aplicación

La carga de mitigar los daños tiene aplicación tanto en materia de responsabilidad civil contractual como extracontractual; es decir, no importa que el origen del daño provenga de un incumplimiento de un contrato o de la violación del deber de no causar daños a otro para que la misma cobre relevancia y se aplique. Sin embargo, este estudio se centra en la carga de mitigar el daño en materia de responsabilidad civil contractual, y para ello se dividirá en los siguientes cuatro puntos: 1. Los remedios de que dispone la parte que sufre un incumplimiento de contrato; 2. El momento en el que se deben tomar las medidas de mitigación; 3. Los casos en que no es exigible la carga de mitigación de daños; y 4. La carga de la prueba.

1. Los remedios de que dispone la parte que sufre un incumplimiento de contrato.

El incumplimiento de un contrato otorga a la víctima varios remedios. En el ordenamiento jurídico de Colombia se pueden señalar como remedios del acreedor, entre otros, el de cumplimiento forzado o cumplimiento en forma específica, el cual consiste en que el contratante incumplido debe llevar a cabo, así sea de manera forzada, las obligaciones contractuales *in natura*; el cumplimiento en equivalencia, que consiste en un pago en dinero y por tanto es de carácter indemnizatorio; la resolución del contrato; la rebaja del precio en el caso de vicios redhibitorios; el de la garantía, tales como la sustitución del bien o su reparación.

Las preguntas que surgen son: (i) ¿la mitigación del daño se aplica a todos los remedios o no?, y (ii) ¿es aconsejable que solo se aplique a unos remedios y a otros no?

En los sistemas del *Common-law* y específicamente en los Estados Unidos, como bien lo señala la profesora Ana Soler Presas, el deber de mitigar el daño se aplica a todos los remedios, dado que allí “puede afirmarse sin matices, que la obligación de indemnizar los daños es el contenido único de la promesa contractualmente asumida, de tal manera que el deudor cumple realizando aquello a lo que se comprometió o, alternativamente, compensando al acreedor por las pérdidas que no hacerlo le hubiera ocasionado” (Soler Presas, 1998). Es decir, y debido a que el remedio de cumplimiento específico es excepcional, operando solo cuando la prestación es única (como cuando el bien enajenado no tiene un sustituto), el deudor puede cumplir tanto ejecutando las obligaciones a las que se comprometió como indemnizando los perjuicios ocasionados por una conducta contraria (Pizarro Wilson, 2013).

En contraste, en los sistemas de derecho civil o de tradición romano-germana, como el nuestro, la parte que sufre el incumplimiento cuenta con una variedad de remedios a su disposición, como anteriormente se señaló, que están a su completa disposición y su libre elección, sin que exista primacía sobre ellos o esté obligado a tomar unos por sobre otros;

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

es decir, que es un sistema de remedios de libre elección que se encuentra sujeto en cuanto a su ejercicio por los límites que establezca el ordenamiento jurídico. Por esta razón es que algunos autores consideran que en un sistema como el descrito la carga de mitigación del daño no se puede aplicar. Entre tales autores vale la pena destacar a la profesora Viney, quien se opone a que en Francia se aplique la figura de la mitigación del daño sin una norma que la consagre expresamente, argumentando que en el derecho francés existen normas que sancionan la negligencia del acreedor con la reducción de la indemnización, “los cuales no equivalen a la carga de mitigar el daño, pero son efectivos” (Viney, 2002). Para la autora en comento, la aplicación de la carga de mitigar el daño significaría un desequilibrio en el sistema de remedios establecidos por el ordenamiento jurídico francés y conllevaría a trastocar la forma como tradicionalmente se entiende el “compromiso contractual” en dicho país, afectando el sistema de remedios basado en la libre elección del acreedor. (Viney, 2002).

Existen otros autores que consideran que la mitigación del daño se puede aplicar incluso a todos los remedios sin distinción, entre ellos el de cumplimiento forzado de la obligación. Así, María Isabel Troncoso se muestra partidaria de esta conclusión porque considera que debe tener “un alcance general” a cualquier tipo de remedio elegido por la parte que sufrió el incumplimiento (Troncoso, 2011). Así mismo, existen voces que consideran que la aplicación de la carga de mitigar el daño no socava el sistema de remedios y que es perfectamente compatible con los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica siempre y cuando la carga se aplique a remedios orientados al resarcimiento, es decir, que la carga será aplicable cuando el remedio ejercitado por el acreedor sea de carácter indemnizatorio y no cuando busca el cumplimiento específico, lo cual deja a salvo el sistema de libre elección del que ya se habló. La profesora Soler Presas defiende el anterior criterio al sostener:

La determinación del ámbito de aplicación que debe reconocérsele al deber de mitigar precisa que previamente decidamos si, en un ordenamiento jurídico que posibilita con carácter general el ejercicio de la pretensión de cumplimiento, debe limitarse su juego,

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

como firmemente creemos que debe ser, a los casos en los que el acreedor opta por reclamar el resarcimiento. (Soler Presas, 1998).

De igual criterio es el profesor Vidal Olivares, para quien el sistema de libre elección del acreedor frente a los remedios no se ve afectado por la carga de mitigar el daño, puesto que esta tendrá influencia únicamente sobre la indemnización que solicite el acreedor. Por tanto, si el acreedor no demanda la indemnización de daños, la carga no tendrá aplicación (Vidal Olivares, 2009), criterio que es compartido por el profesor Carlos Pizarro Wilson, quien considera que existen “razones de tipo económico”, como el uso razonable de los recursos, que aconsejan la aplicación de la carga de mitigar el daño y permiten generar eficiencia en materia de incumplimientos contractuales (Pizarro Wilson, 2013). Así mismo, conviene citar el pensamiento de Solène Le Pautremat, para quien las dificultades expuestas no son insalvables puesto que “la obligación de mitigar solamente afecta la medición de daños y perjuicios y la parte inocente sigue teniendo derecho a elegir su curso preferido de acción y reparación” (Le Pautremat, 2006).

De todo lo dicho se puede afirmar que, en concepto del autor del presente texto, la carga de mitigar el daño es compatible con el sistema de remedios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y la libre elección respecto a su ejercicio por la parte que sufre el incumplimiento, por cuanto la carga de la que venimos hablando se debe aplicar a todos los remedios que involucren la indemnización de perjuicios, puesto que lo que reduce su inobservancia es el monto de la indemnización, con lo que se deja a salvo la acción de cumplimiento forzoso y su ejercicio en la medida en que no se aplica la carga a este evento, salvo que se acompañe de la indemnización de perjuicios.

2. Momento en el que la parte que ha sufrido el incumplimiento del contrato debe tomar medidas de mitigación.

La carga de mitigar el daño surge en el momento en que una parte tiene pleno conocimiento o conciencia del incumplimiento del contrato por parte de su contraparte,

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

como el caso en que esta le anuncia a aquella que no podrá cumplir con la prestación o cuando de forma anticipada es evidente que el deudor incurrirá en incumplimiento, como sucede cuando el comprador ha entrado en cesación de pagos y el vendedor es advertido de ello. El conocimiento del incumplimiento es un requisito lógico, puesto que si se ignora, la víctima todavía espera el cumplimiento contractual y, por lo tanto, no puede tomar medidas de mitigación. En este sentido, Adam Kramer expresa: “La obligación de mitigar solamente se le puede aplicar a actos u omisiones después del incumplimiento” (Kramer, 2014).

3. ¿En qué casos podría no aplicarse la carga de mitigar el daño?

3.1. Incumplimiento proveniente de dolo del deudor.

Se ha señalado que cuando el incumplimiento proviene de dolo, la víctima no tiene por qué mitigar sus daños. De esta opinión es la doctora María Isabel Troncoso, quien sostiene que por razones de equidad y justicia, cuando el daño es causado dolosamente, la víctima queda relevada de tomar medidas para reducir sus daños, y expresa:

Cuando el daño es causado con dolo, de acuerdo con los principios de equidad y justicia, la víctima no estará llamada a tomar las medidas necesarias con el objeto de moderar su daño, lo que no significa que no pueda hacerlo en caso de ser su voluntad. Esto significa que en caso de dolo del responsable, la obligación de moderación por parte de la víctima se convierte en una potestad abandonando su carácter imperativo. (Troncoso 2011, pp. 355-356).

Pese a lo anterior, considero que aún en caso de dolo, la parte que sufre el incumplimiento no puede permanecer como un espectador viendo cómo sus perjuicios se incrementan. De este criterio es la profesora San Martín Neira, quien expresa:

En conclusión, el dolo del agente no hace decaer la carga de evitar o mitigar el daño, el perjudicado debe igualmente observarla. En apoyo de nuestros dichos tenemos el argumento histórico. En efecto, según vimos, en el derecho romano clásico el hecho de que

el deudor hubiera actuado con dolo no incidía en la carga de evitar el daño que pesaba sobre el perjudicado. (San Martín Neira, 2012).

3.2. Cuando el resultado sea el mismo tomando las acciones mitigatorias o no.

La carga de mitigar el daño no será aplicable cuando sea que se tomen las medidas de mitigación o se deje de hacerlo, el resultado es igual, esto es, los perjuicios siguen intactos, ni se incrementan ni se reducen, por lo que la parte que sufre el incumplimiento tiene derecho a que se le indemnicen totalmente sus pérdidas (Kramer, 2014).

3.3. Cuando existe intervención causal de la parte que sufre el incumplimiento.

Cuando la parte que sufre el incumplimiento ha participado en su producción, ya sea por su culpa exclusiva, caso en el cual habrá exoneración total del deudor, o cuando contribuye parcialmente en el incumplimiento, dando lugar a la reducción de los perjuicios de acuerdo con su participación, por lo que en estos casos no habrá aplicación de la carga de mitigar el daño, sino que es un problema de índole causal.

4. La carga de la prueba.

El tema de la carga de la prueba conlleva la siguiente pregunta: ¿A quién le corresponde probar que no se tomaron medidas mitigatorias o que las tomadas no fueron suficientes o razonables?

La respuesta unánime (Burrows, 2004, p. 74; Rodríguez Fernández, 2007, p. 22; Rodríguez Fernández, 2008, p. 32; Troncoso, 2011, p. 24; San Martín Neira, 2012, p. 413; Kramer, 2014, pp. 350 y 351), es que quien incumple debe probar que la otra parte no observó la carga de mitigar los daños o, alternativamente, lo hizo pero sin que las medidas tomadas fueran suficientes o resultaran razonables. Un deudor que alega, por ejemplo, que el comprador realizó una operación sustituta demasiado onerosa y por tanto irrazonable, deberá demostrar que para la época de la operación existían en el mercado sustitutos más económicos, dado que la conducta del perjudicado en este aspecto se juzga de manera más benévola y no se puede perder de vista que es el deudor quien ha puesto a la otra parte. En

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

este sentido, Dan Dobbs expresa que “El demandante tiene la obligación, generalmente de demostrar los daños en primer lugar, pero el demandado generalmente tiene la obligación de demostrar que el demandante en realidad no minimizó o que debería haber minimizado” (Dobbs, 1993).

Por lo anterior, no comparto el argumento expuesto en el laudo arbitral dictado por un Tribunal de Arbitramento en Colombia en el caso Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles S.A., Conciviles S.A. vs. Urrá S.A. ESP, de mayo 16 del 2001, (igualmente este criterio se estableció en el laudo del 7 de mayo del 2001, Coviandes vs. Invías), el cual radicó la carga de la prueba en cabeza de la parte que sufrió el incumplimiento al expresar:

De acuerdo con el segundo criterio, 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. (Hernández Mora, Monroy Torres, & Martínez Martínez, 2001)

Por último, cabe preguntarse: ¿Puede el juez declarar de oficio la falta de mitigación y reducir los perjuicios? En mi criterio, el juez sí podría decretar de oficio la excepción de falta de mitigación o la irrazonabilidad de las medidas de mitigación con la consecuente merma de la indemnización de perjuicios que acarrea la misma, siempre y cuando resulte probada por el deudor incumplido dentro del proceso por los medios legales de prueba, lo cual tiene un fundamento legal en los artículos 306 del Código de Procedimiento Civil y 282 del Código General del Proceso.

d) Contenido.

La carga de mitigar el daño exige a la parte que ha sufrido el incumplimiento de contrato y que pretende su indemnización tomar todas las medidas disponibles, conducentes y razonables para evitar la producción de los perjuicios que aún no se han verificado, o para

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

minimizar las pérdidas provenientes del incumplimiento. La indemnización no comprenderá los perjuicios efectivamente evitados o minimizados o los que hubieran podido ser evitados con las medidas disponibles. Sin embargo, conviene aclarar que la regla que se aplica en el *Common-law*, según la cual el deudor tiene derecho a un crédito por cualquier ganancia obtenida por el demandante derivada de las medidas mitigatorias tomadas, como por ejemplo, si el perjudicado tomó medidas exitosas y obtuvo ganancias por \$100, estas ganancias beneficiarían al deudor y se compensarían con los perjuicios sufridos por el demandante (Dobbs, 1993, p.273; Kramer, 2014, p.360)¹, no se debe extender a nuestro medio, pues resulta incompatible con la legislación. Al respecto, la profesora Ana Soler considera que esta es la “regla de cierre” del deber de mitigar el daño “y que no es sino la figura, inaceptable en nuestro ordenamiento, del *compensatio lucri damno*” (Soler Presas, 1998, p. 71), regla que llevaría a una tremenda injusticia y que generaría un enriquecimiento sin causa para el deudor.

Por su parte, Dan Dobbs señala cuatro normas sobre las consecuencias evitables para precisar el alcance y contenido de la carga de mitigar los daños, que es bueno tener en cuenta para entender su operatividad, las cuales son: (i) La parte que incumple el contrato tiene derecho a que se consideren las medidas de mitigación exitosas y a que no se incluyan los perjuicios que fueron reducidos o minimizados dentro de la indemnización; (ii) La víctima del incumplimiento debe efectuar un esfuerzo razonable y diligente para evitar o disminuir sus perjuicios y si no lo hace, deberá negarse la recuperación de sus daños, salvo cuando con dicho esfuerzo igualmente se hubiesen generado el daño; (iii) Como consecuencia de la norma (i), la víctima del incumplimiento tiene derecho a recuperar los gastos en que incurrió para mitigar sus pérdidas, aún si las medidas adoptadas no fueron exitosas o las expensas fueron cuantiosas; (iv) En caso de que la indemnización se reduzca por no haberse tomado las medidas razonables, este valor será la suma neta que el demandando no habría tenido que sufragar si tales medidas hubiesen sido adoptadas, con la deducción de los costos y gastos hipotéticos en que tendría que incurrir el demandante para

¹ Así se estableció según Kramer, en el caso *British Westinghouse* y en *Dimond v. Lovell* (2002).

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

adoptar tales medidas, así por ejemplo, si a *X* se le causan unos daños por \$10, pero si hubiese tomado medidas mitigatorias estos se hubiesen reducido en \$5, en ese monto se reducirá la indemnización; sin embargo, a este hay que restarle los gastos hipotéticos en que tendría que incurrirse para adoptarlas, que para el caso, supongamos, serían \$2, por tanto la indemnización se le reducirá en un monto de \$3. (Dobbs, 1993).

Visto lo anterior, es pertinente precisar el criterio de razonabilidad que constituye el patrón de comportamiento de la parte que sufre el incumplimiento frente a las medidas mitigadoras y a la par es su límite, además de señalar algunas medidas mitigatorias exigibles.

El criterio de lo razonable o razonabilidad.

Este criterio es señalado por un gran número de autores (Soler Presas, 1998; Vidal Olivares, 2005; Vidal Olivares, 2006; Fuentes Guíñez, 2005; Rodríguez Fernández, 2007; Rodríguez Fernández, 2008; San Martín Neira, 2011; Oviedo Albán, 2012; San Martín Neira, 2012; Jaramillo Jaramillo, 2013; (Pérez Velázquez, 2015), quienes indican que esto significa que las medidas que debe tomar la parte que sufre el incumplimiento deben ser razonables. Igualmente, a este criterio se ha recurrido como fundamento de la aplicación de la carga de mitigar el daño por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2013).

Se puede definir el concepto de medidas razonables² como aquellas que atendiendo las circunstancias de cada caso en concreto de la parte que ha sufrido el incumplimiento y las específicas del contrato incumplido resultan aceptables, admisibles, aptas y adecuadas para evitar o mitigar los daños evaluando la conducta de la víctima en forma flexible, ya que esta se encuentra en esa situación por el incumplimiento del deudor. En este sentido, expresan los profesores Beale, Bishop y Furmston: "...Está claro que el asunto de lo que es

²Lo razonable o la razonabilidad no es ajena en el sistema jurídico colombiano. Así, los artículos 838, 1333, 1993, 2067, 2151, 2386, 2193, 2208 del Código Civil hacen mención de conductas o plazos razonables. Igualmente, varios artículos del Código de Comercio mencionan lo razonable en los artículos; 538, 558, 982, 992, 1010, 1074, 1266, 1317, 1546, 1582, 1594, 1609, 1610, 1617, 1633 entre otro más, concepto de lo razonable que al ser indeterminado, se deja al arbitrio del juez para que este le dé sentido en el caso concreto.

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

razonable para una persona hacer en la mitigación de sus daños no puede ser asunto de ley, sino que debe ser uno de hecho en las circunstancias de cada caso particular” (Beale, Bishop, & Furmston, 2008), tampoco importa que las medidas tomadas para mitigar resulten exitosas, como bien lo reseñan Jhon D. Calamari y Joseph M. Perillo: “La doctrina de las consecuencias evitables solamente requiere esfuerzos razonables para mitigar los daños y perjuicios. Así, los esfuerzos no necesitan ser exitosos. ...Uno no necesita cometer una falta, como incumplir otros contratos con el fin de mitigar los daños ni necesita poner en peligro su buen crédito” (Calamari & Perillo, 1998). En definitiva, el comportamiento razonable que se espera de la parte que sufre un incumplimiento de contrato consiste, como bien lo señala la profesora San Martín Neira (San Martín Neira, 2011), en que tome todas las medidas que estén a su alcance de acuerdo con el tipo de contrato y su objeto, y atendiendo las circunstancias, la experiencia y la buena fe, y que resulten adecuadas o que, en general, puedan resultar efectivas para mitigar los daños atendiendo “las circunstancias económicas”, esto es, que no desborden su capacidad ni tampoco resulten excesivamente onerosas.

Por último, cabe señalar que en la doctrina (Soler Presas, 1998; Burrows, 2004; Fuentes Guíñez, 2005; Le Pautremant, 2006; Beale, Bishop & Furmston, 2008; Oviedo Albán, 2012; San Martín Neira, 2012; Pizarro Wilson, 2013; Kramer, 2014; White & Summers, 2014) se han elaborado algunas reglas o parámetros de conducta que establecen de manera concreta desde el criterio de la razonabilidad o de lo razonable, las medidas o comportamientos que se le pueden exigir a la parte que ha sufrido un incumplimiento contractual, que se pueden sintetizar así: (i) La parte que ha sufrido el incumplimiento no está obligada a colocar en riesgo su vida, su reputación comercial o sus relaciones comerciales o públicas; (ii) Esta parte tampoco está obligada a desplegar conductas imposibles, heroicas o que estén fuera de su alcance económico; (iii) Si el daño se puede evitar o mitigar con la reparación de las mercancías, la parte que ha sufrido el incumplimiento deberá hacerlo dentro un tiempo razonable; (iv) La víctima de un incumplimiento no deberá ejecutar conductas que atenten contra su dignidad humana o que sean humillantes. Sin embargo, en este aspecto se ha dicho (Soler Presas, 1998) que en

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

desarrollo de la carga de mitigar el daño la víctima deberá aceptar propuestas de la contra parte que ha incumplido, aunque parezcan “abusivas”, como un precio mayor de las mercancías, una modificación a los acuerdos alcanzados con el contrato o la concesión de un plazo adicional para la entrega, si ello resulta razonable y resulta apto para mitigar los daños; (v) La parte que sufre el incumplimiento no está obligada a tomar medidas que consistan o conlleven controversias judiciales complejas o complicadas o que causen daños a terceros; (vi) Si la parte que ha sufrido el incumplimiento tiene a su disposición la posibilidad de llevar a cabo una operación de reemplazo, deberá hacerlo; (vii) La parte que sufrió el incumplimiento no está obligada a realizar un “riesgo o carga indebida” (White & Summers, 2014), como sería, por ejemplo, que un comprador adquiriera para su compañía unos computadores y estos salieran defectuosos, y se le exigiera que tomara medidas como repararlos bajo su cuenta a sabiendas de que ello no solucionaría el problema y por el contrario colocaría en riesgo la información almacenada en los equipos; (viii) Si existen dos formas o métodos de mitigar los daños, y la parte que ha sufrido el incumplimiento escoge uno de ellos y con posterioridad se establece que el otro método era más provechoso para mitigar los daños, no es aceptable que deudor alegue, en retrospectiva, que la parte que sufrió el incumplimiento actuó de forma irrazonable (Beale, Bishop & Furmston, 2008); (x) El perjudicado no está obligado a someterse a cirugías complejas que pongan su vida en riesgo; y (xi) La parte que sufre un incumplimiento no tiene que arriesgar grandes sumas de dinero o celebrar “nuevos contratos especulativos” para mitigar sus daños (Steckman, Conner, & Bellaire, 2008).

TÍTULO III

FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CARGA MITIGAR EL DAÑO

Como fundamentos jurídicos para la aplicación de la carga de mitigar el daño se han expuesto por parte de la doctrina los siguientes: el fundamento económico, la concurrencia de culpas, la agencia oficiosa, la causalidad y el principio de buena fe. A continuación se analizarán.

Capítulo I

Fundamento económico.

En los sistemas del *Common-law*, la fundamentación de la carga de mitigar el daño se encuentra en la eficiencia económica. Dada la necesidad de proteger los recursos que son limitados, resulta ineficiente que la parte que sufre un incumplimiento contractual pudiendo evitar o minimizar sus daños con medidas razonables a su disposición no lo haga, generando “pérdidas innecesarias” (Beale, Bishop&Furmston, 2008). De tal suerte que si la parte que sufre el incumplimiento puede evitar, por ejemplo, una pérdida de \$1.000 tomando medidas que tienen un costo de \$100, es más eficiente desde el punto de vista económico que se incurra en estos costos a que por la inactividad de la parte que sufre el incumplimiento se generen tales pérdidas y se le trasladen al deudor, que si bien ha incumplido el contrato, no tendría por qué soportarlas (Dobbs, 1993, p.274). Goetz y Scott son algunos de los autores que han desarrollado desde el punto de vista del fundamento económico la mitigación del daño, mostrando que las partes estarían de acuerdo de forma anticipada para contractualmente distribuir entre sí las medidas de mitigación, asignándola a quien esté en mejor capacidad de asumirlo desde las contingencias contractuales y de acuerdo con la información intercambiada (Goetz & Scott, 1989).

Desde el punto de vista económico, el contrato es el vehículo por medio del cual existe el intercambio económico y en el que las relaciones jurídicas comerciales se desarrollan para generar y distribuir riqueza de forma eficiente, de tal suerte que la ruptura de este vínculo no debe implicar que la eficiencia deje de tener importancia.

Sobre el fundamento económico se han pronunciado los profesores Domínguez Águila (2005, p. 89) y la profesora Ana Soler (1998, p. 64), en el sentido de que no es aceptable que quien sufra el incumplimiento contractual no lleve a cabo medidas mitigadoras, dado que la mitigación del daño desincentiva las conductas omisivas para que los escasos recursos no sean dilapidados y se usen en forma eficiente.

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

Con todo y lo anterior, considero, como lo ha señalado Larroumet (2008), argumento que vale para Colombia, que el análisis económico señala o indica la conveniencia y la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico la carga de mitigar el daño como una solución correcta y adecuada al comportamiento omisivo y descuidado de quien sufre un incumplimiento de contrato para gestionar sus propios perjuicios, más no es el fundamento para aplicar dicha carga en nuestro medio.

Capítulo II

La concurrencia de culpas o culpa de la víctima.

En la doctrina existen algunos autores que encuentran el fundamento de la carga de mitigación del daño, tanto en materia contractual como extracontractual, en la causalidad, específicamente en la culpa de la víctima (Domínguez Águila, 2005, p.90; Domínguez Hidalgo, 2011, p. 132), considerando que la omisión de la víctima en tomar medidas para mitigar el daño constituye culpa, y de esa manera se debe reducir la indemnización conforme al artículo 2330 del Código Civil Chileno, que equivale al 2357 de nuestro Código Civil.

En nuestro medio este argumento se tuvo en cuenta en la sentencia del 16 de diciembre del 2010 de la honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, para reducir la indemnización de perjuicios alegada por una empresa de transporte que al llegar a un puerto colombiano se quedó esperando a que le recibieran las mercaderías durante cerca de cuatro (4) meses, pudiendo haber vendido las mismas para pagarse el flete o parte de él y poder seguir con su actividad transportadora, como lo autoriza el Código de Comercio. Aunque esta afirmación fue un *obiter dicta* y no una *ratio decidendi*, la Corte consideró que no mitigar daños reduce la indemnización de perjuicios, encontrando su fundamento tanto en el artículo 2357 como en el principio de la buena fe. Al respecto, la Corte manifestó:

Siendo ello así, ningún desafuero se aprecia en la interpretación que el Tribunal hizo del artículo 1033 del Código de Comercio, pues ciertamente el ejercicio “negligente” –en el sentido de *tardío*– que ese juzgador atribuyó a la actora respecto de los derechos

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

consagrados en ese precepto, bien podía dar lugar a inferir que la propia demandante había contribuido en la producción o agravación del daño cuya reparación ella persiguió en este asunto y, de esta manera, a aplicar el artículo 2357 del Código Civil, reduciendo la indemnización que se impuso a la demandada Distribuidora Petrofert Limitada, o a estimar, desde otra óptica, relacionada con la anterior pero diversa de ella, que la aquí demandante no se encontraba legitimada para reclamar la totalidad del perjuicio que padeció si estuvo en la posibilidad de adoptar medidas razonables para aminorar o reducir las consecuencias dañosas del hecho ilícito que le endilgó a las demandadas. (Solarte Rodríguez, Sentencia de Casación Civil, 2010)

Sin embargo, y con todo lo dicho, considero que este argumento no puede ser el fundamento de la carga de mitigar los daños, puesto que si bien tanto esta como la culpa de la víctima son dos figuras afines en sus resultados pues conllevan a la reducción de la indemnización, son distintas tanto conceptualmente como en el momento de su apreciación. La concurrencia de culpas, como bien es sabido, se presenta al momento de la producción del daño, esto es, en el momento en que este se genera. Como bien lo dice su nombre, la víctima participa en la causación del daño, y desde luego el fallador podrá reducir la indemnización (artículo 2357 del C.C.). Por el contrario, el deber de mitigar el daño se refiere a un momento posterior al daño, es decir, cuando ya es claro que existe un daño y que este es producto del incumplimiento del deudor, siendo allí donde cobra relevancia la mencionada carga para la parte que ha sufrido el incumplimiento de contrato, quien debe tomar medidas para mitigar o evitar que los daños causados se incrementen, por lo que la omisión o su desatención a veces puede reducir los perjuicios en el monto en que se pudieron evitar o minimizar, o excluir el resarcimiento de aquellos que pudieron evitarse en todo su monto, sin que para ello proceda evaluar cuál fue la participación de la parte que sufrió el incumplimiento del contrato. Este criterio lo comparten el profesor López Santa María (2008) y la profesora Ana Soler (1998), quien afirma:

La diferencia entre ambas figuras es, en nuestra opinión, fácilmente apreciable si consideramos detenidamente lo que afirmamos al comenzar el estudio de este particular criterio de delimitación de la extensión del resarcimiento, y es que, como tal, el deber de

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

mitigar entra en juego una vez que se ha resuelto la cuestión de la imputación objetiva del daño al incumplimiento, esto es cuando ya no hay duda alguna de que el incumplimiento es la causa de (todo) el daño, sin que pueda atribuirse su ulterior propagación a un nuevo curso causal introducido por el acreedor. Así caracterizado, claramente se deduce que su invocación no resolverá el problema de la intervención del perjudicado en la producción del daño desde el momento en que su aplicación presupone la imputación íntegra del mismo al deudor incumplidor. (Soler Presas, 1998).

Por último, cabe destacar que en Inglaterra y Estados Unidos se ha diferenciado la carga de mitigar el daño de la denominada “culpa concurrente”, “negligencia concurrente”, “negligencia coadyuvante”, en el sentido de que las normas sobre negligencia concurrente reducen los perjuicios de acuerdo con la culpa o “falla” del perjudicado, mientras que las normas de las “consecuencias evitables” o de mitigación del daño reducen los perjuicios por la falta de “racionalidad” o razonabilidad, es decir, por la falta de tomar medidas razonables. Si bien en las dos hay una “falla”, la solución que se sigue es muy diferente. (Dobbs, 1993, p. 277)³.

Capítulo III

La agencia oficiosa.

Este fundamento ha sido expuesto por el profesor López Santa María, para quien en Chile la aplicación de la mitigación del daño debe contar con una norma que expresamente lo consagre, y en todo caso si se tuviese que encontrar un fundamento para su aplicación en dicho ordenamiento, este sería de índole cuasicontractual, específicamente la agencia oficiosa establecida en el artículo 2286 del Código Civil Chileno, por lo que expresa que: “En el supuesto forzado, de proclamar en Chile la obligación de mitigar los daños, a pesar de lo antes expuesto, su fuente no sería contractual sino cuasicontractual”(Lopez Santa María, 2007).

³ Ésta diferenciación se puede ver también en a (Burrows, 2004, p. 131; Beale, Bishop & Furmston, 2008, p.656; Kramer, 2014).

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

De acuerdo con este autor, el agente oficioso sería el perjudicado o la parte que sufrió el incumplimiento y quien deberá tomar medidas razonables de acuerdo con el patrón del buen padre de familia para limitar sus perjuicios, y el interesado sería el deudor, quien deberá reembolsar los costos de las medidas tomadas por el agente.

Si bien es un argumento novedoso, la figura del cuasicontrato explicaría, cuando mucho, el reembolso de los costos razonables en que incurra la parte que sufre el incumplimiento del contrato para mitigar sus daños, pero sin entenderse como de un problema derivado de un incumplimiento contractual, es decir, puramente de responsabilidad civil, se puede pasar al escenario cuasicontractual que supone obligaciones nacidas sin convención o contrato alguno, por lo que la agencia oficiosa en nuestro medio, en opinión del autor de este texto, no puede servir de fundamento para la aplicación de la mitigación del daño.

Capítulo III

La causalidad.

La causalidad es otro argumento que se expone en la doctrina para fundamentar el deber de mitigar el daño (Posner, 1999, p. 176; Larroumet, 2008, p. 8; Troncoso, 2011, p. 383; Pizarro Wilson, 2013; Gamboa Mahecha, 2014, p. 13; Kramer, 2014), dado que cuando la parte que sufre un incumplimiento de contrato hace caso omiso del deber mitigar los daños se interrumpe el nexo causal puesto que los perjuicios que pudieron ser evitados o mitigados mediante medidas razonables no son consecuencia directa e inmediata de la conducta del deudor o victimario, sino del actuar como espectador pasivo del perjudicado (Díez-Picazo, 1996, p.698). El nexo causal establece quién debe responder y por cuánto o en qué monto responde, es decir, mide la extensión del resarcimiento (Fuentes Guíñez, 2005, p. 225), por lo que en el concepto “consecuencias inmediatas y directas” es donde se ha ubicado la carga de mitigar los daños, puesto que su omisión interrumpe el nexo causal (San Martín Neira, 2012, p. 294). Incluso hay quienes le agregan la palabra “necesaria” (Larroumet, 2008). Por su parte, el profesor Posner, ve la mitigación como un tema de

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

causalidad, aunque sostiene que este no es un “concepto importante en el derecho anglosajón”, por lo que expresa que: “Si el tenedor de una promesa no mitiga, uno podría decir que el promitente no causó toda la pérdida, y por consiguiente no debe ser completamente responsable;...” (Posner, 1999). En sentido similar, para Kramer “el dejar de actuar por parte de un demandante rompe la cadena de causalidad” (Kramer, 2014, p. 348).

En Chile, el profesor Pizarro Wilson considera que el mejor fundamento para aplicar el deber de mitigar el daño es la causalidad, de acuerdo con el artículo 1558 del Código Civil Chileno, que equivale al artículo 1616 de nuestro Código Civil, puesto que el deudor solo es responsable de los daños que son “consecuencia directa e inmediata de su incumplimiento. Por ello, este autor afirma que “entenderlo [este deber] de otra forma significaría que el deudor debe soportar más daños que los causados, lo cual está por fuera de la responsabilidad contractual” (Pizarro Wilson, 2013). Igualmente, el profesor Vidal Olivares encuentra un doble fundamento de la carga de mitigar el daño: tanto en el principio de la buena fe como en el de causalidad (Vidal Olivares, 2009, p. 818).

En Colombia, en la misma línea argumentativa, la doctora María Isabel Troncoso ve el fundamento de la mitigación del daño en la causalidad, ya que el autor del daño solo está obligado a indemnizar los perjuicios que sean consecuencia directa inmediata y “necesaria” de su actuar. Así, la teoría de la causalidad es lógica desde el punto de vista jurídico y le proporciona “objetividad” a la obligación de mitigar el daño (Troncoso, 2011, p.383). Igualmente, Gamboa Mahecha considera que una de las características del daño es que sea directo, de conformidad con el artículo 1616 del Código Civil, y por tanto cuando la víctima no mitiga sus daños, el agravamiento de los mismos no cumple con este requisito (Gamboa Mahecha, 2014).

En contraste con lo anterior, existe en la doctrina una posición contraria frente al tema de la causalidad como fundamento de la carga de mitigar el daño (Fuentes Guíñez, 2005, pp.224-225; Soler Presas, 1998, p.63), puesto que si bien la causalidad fija quién

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

debe responder y por cuántos daños se debe responder, no se relaciona con el deber de mitigar el daño, ya que este es un criterio de limitación posterior que solo cobra relevancia cuando ya no hay duda sobre la causalidad en cuanto a quién debe responder y a su imputación jurídica. En otras palabras, la mitigación del daño se ocupa de establecer si el deudor debe responder por unos daños que siéndole completamente imputables, hubieran podido ser evitados o reducidos mediante medidas razonables por parte de quien sufrió el incumplimiento. En igual sentido se pronuncia Dobbs, al referirse al alcance sobre las normas de consecuencias evitables, señala que estas son “instrumentos fundamentales de medición de daños y perjuicios. Frecuentemente son instrumentos por medio de los cuales se ajusta la recuperación para que refleje la compensación” (Dobbs, 1993, p. 270). Y en Colombia, Ricardo Vélez Ochoa, refiriéndose a la causalidad, expresa: “Más que servir de fundamento al deber o la carga que se estudia, lo que explica es la inexistencia de responsabilidad civil en relación con aquellos perjuicios que encuentran origen en la propia conducta de la víctima” (Velez Ochoa, 2013), es decir, que la causalidad nada tiene que ver con la carga de la que se viene hablando y ni puede ser su fundamento.

Cabe concluir, a pesar de las anteriores críticas, en concepto del autor, la carga de mitigar el daño sí tiene relación con la causalidad y que en esta se puede encontrar un fundamento para su aplicación en Colombia, si bien no en la primera fase del nexo de causalidad en lo que tiene que ver con quién tiene que responder, es decir, en relación a establecer si hay o no responsabilidad civil, sino en lo atinente (*quantum respondeatur*) al establecimiento del monto del resarcimiento, (Fuentes Guiñez, 2009), y ello porque los perjuicios que pudieron ser evitados o reducidos con medidas razonables no son consecuencia directa e inmediata de la conducta del deudor, como lo establece el artículo el artículo 1616 del Código Civil Colombiano, fundamento que fue expuesto en el laudo arbitral del 7 de mayo del 2001 (Suescún Melo, Laudo Arbitral, 2001), al expresar: “Por otra parte, es claro que en un caso semejante se introduce un factor que rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor.”

Capítulo IV

La autorresponsabilidad o la diligencia consigo mismo como principio general.

La doctora Lilian C. San Martín, quien realizó un estudio histórico-comparado de la carga de evitar o mitigar los daños, fundamenta la aplicación de la misma en el principio de autorresponsabilidad o la carga de diligencia consigo mismo, que según ella, tiene origen en el derecho romano y que continúa presente en el sistema latinoamericano. Este principio, también conocido como “culpa propia”, se configura “cada vez que un sujeto, sin violar ningún deber jurídico, y sin ejecutar ningún acto ilícito adopta una conducta anómala contraria al modelo de conducta normal u ordinaria previsto, resultando aquella “lesiva solamente para los intereses del sujeto agente” (San Martín Neira, 2012). Este principio entendido de esta forma, conlleva a que el perjudicado sufra los efectos de su comportamiento y no pueda trasladarlos a ningún tercero, lo cual se compadece con los efectos de las cargas. Así, la negligencia del perjudicado no es responsabilidad del tercero que le causa un daño, sino la suya propia, por lo que para la autora en comento, la carga de evitar mitigar el daño encuentra su razón o fundamento en la diligencia con la que debe actuar cada persona en la atención de sus propios intereses, de sus negocios y porqué no, en la gestión de los daños que le cause un tercero.

Este fundamento, en mi criterio, se acerca más al principio de la buena fe, como lo reconoce la doctora San Martín Neira, puesto que es perfectamente compatible con él, y en este sentido opino que si el perjudicado o la parte que sufre el incumplimiento pretende trasladar al deudor los perjuicios no evitados o mitigados por la falta de medidas razonables, estaría alegando su propia culpa, lo cual va en contra del citado principio.

Capítulo V

El principio de la buena fe – la buena fe objetiva.

La buena fe se ha entendido en dos acepciones (Kemelmajer de Carlucci, 1998, p.239). De un lado, se encuentra la llamada “buena fe subjetiva” o “buena fe creencia” y por otro lado se encuentra la “buena fe objetiva”, que hace referencia al estándar de conducta

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

con la que se deben comportar las personas en sus relaciones jurídicas, esto es, de forma leal, honrada, diligente, recta, la cual debe estar presente en la celebración, ejecución y cumplimiento del contrato (esta división se puede ver en: Betti, 1955, p.74; Kemelmajer de Carlucci, 1998; Solarte Rodríguez, 2004, p. 287; Jaramillo, 2013).

Aclarado lo anterior para efectos del presente fundamento, nos referiremos a la buena fe objetiva como aquel principio general que modela el comportamiento de todas las personas en sus relaciones jurídicas, más precisamente las contractuales, y que exige un comportamiento leal, correcto, honesto, en el desarrollo de las mismas. En este sentido, el profesor Arturo Solarte expresa que: “la buena fe objetiva, esto es el modelo de conducta que se considera como referente para la comunidad, por ser sinónimo de corrección, probidad, honestidad, lealtad, etc., es fuente objetiva de integración contractual, toda vez que a los contratantes le serán exigibles ciertos deberes de conducta...” (Solarte Rodríguez, 2004).

Así, la buena fe como estándar o modelo de conducta tiene un carácter normativo, como bien lo señala la doctora Neme Villarreal, en el sentido de que dicho principio tiene la “capacidad de crear permanentemente reglas que las partes deben cumplir durante el iter contractual” (Neme Villarreal, 2006), y de ello también deviene la función integradora por la cual se imponen a las partes, deberes, cargas y limitaciones que se integran al contrato aunque no hayan sido pactadas o previstas en él. Como bien lo expresa el profesor Antonio Cabanillas, la buena fe es “fundamento” y “fuente de deberes accesorios, cargas y limitaciones” que hacen parte del contrato, de la relación jurídica negocial, “dotándola de un contenido complejo”(Cabanillas Sanchez, 1988, p. 58), es decir, no solo de deberes de conducta, sino que también las cargas tienen origen en este principio.

En efecto y conforme con lo anteriormente expuesto, gran parte de la doctrina identifica como fundamento de la carga de mitigar el daño el principio de la buena fe (Betti, 1955, p.117; Díez-Picazo, 1996, p.685; Díez-Picazo, 1999, p.322; Soler Presas, 1995, p.964; Soler Presas, 1998, p.65; Suescún Melo, 2003; Domínguez Águila, 2005, p.89;

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

Rodríguez Fernández, 2007; Rodríguez Fernández, 2008; Vidal Olivares, 2009, p.817; Fuentes Guíñez, 2009, p.236; Domínguez Hidalgo, 2011, p. 133; Jaramillo Jaramillo, 2013, p.166; Vélez Ochoa, 2013, p.30; Pérez Velásquez, 2015, p. 22). Así, se considera que la mitigación del daño “encuentra su fundamento en el principio de la buena fe, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 7 del C.C. Es evidentemente contrario a la buena fe aprovechar un accidente culposo para agravar la situación del causante del daño” (Díez-Picazo, 1999), o que la “fuente de este deber de conducta, consistente en la adopción de medidas concretas, se hallaría en el principio de la buena fe objetiva del artículo 1546 C.C.” (Vidal Olivares, 2009), es decir, que la buena fe impone la carga de mitigar el daño, conducta que consiste en que la parte que ha sufrido un incumplimiento de contrato tome las medidas razonables para evitar o mitigar los daños, y de no hacerlo verá reducidos sus perjuicios en el monto en que pudieron ser evitados, el cual exige “un comportamiento económico ordenado, subyacente en lo que llamamos ‘buena fe contractual’, demanda del acreedor del resarcimiento un esfuerzo de contención del daño, negándole el resarcimiento de las pérdidas (generalmente lucros cesantes) que pudiera haber evitado”(Soler Presas, 2009).

En contraste, existen otros autores (Viney, 2002, p. 6; Le pautremant, 2006, p.216; López Santa María, 2007, p.332; Larroumet, 2008, p.7; Troncoso 2011; p. 381; San Martín Neira, 2012, p. 316; Pizarro Wilson, 2013; Gamboa Mahecha, 2014, p.13) que consideran que la buena fe no puede ser el fundamento de la carga de mitigar los daños. Entre las críticas a este fundamento se pueden destacar las siguientes: (i) El carácter unilateral de la mitigación del daño impide que el fundamento sea el principio de buena fe, que impone deberes a las dos partes; además, ello le daría un carácter moral a la carga de mitigación que esta no tiene (Viney 2002; Le Pautremant, 2006. Esta última en cuanto al carácter unilateral de mitigación del daño); (ii) Fundamentar la mitigación del daño en el deber de colaboración entre las partes es ir “más allá” del principio de la buena fe, lo cual es “ir demasiado lejos” (López Santa María, 2008; Troncoso, 2011); (iii) El principio de la buena fe tiene poca importancia en los sistemas del *Common-law*(Larroumet, 2008); y (iv) El deber de cooperación para las partes genera deberes que son “coercibles”, dado que su

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

inobservancia genera responsabilidad para el infractor, por lo que de este no se puede “derivar” la mitigación del daño toda vez que su naturaleza es la de una carga (San Martín Neira, 2011; Gamboa Mahecha, 2014).

Vistas estas críticas y sus fuertes argumentos, conviene evaluarlas cada una para establecer si son acertadas y si el principio de la buena fe, a pesar de ellas, continúa como fundamento de la carga objeto de estudio.

i) La unilateralidad de la carga frente a la bilateralidad del principio de buena fe y la moralización que sobre este tema pueda generar el citado principio. Si bien la carga de mitigar el daño incumbe solo a quien sufre el incumplimiento del contrato, de allí su efecto “unilateral”, la parte que lo ha sufrido debe comportarse de buena fe, puesto que este principio domina todo el iter contractual, y por tanto el perjudicado debe seguir comportándose de forma correcta, diligente y honesta, incluso ante un incumplimiento (Betti, 1955, p.117). Por lo tanto, la corrección y diligencia le exige que tome conductas razonables para evitar y mitigar el daño, y que evite ser un mero espectador viendo cómo se incrementan sus perjuicios. Además, como se ya expresó, el principio de la buena fe como estándar de conducta que integra las relaciones jurídicas contractuales no solo impone deberes, sino también cargas que imponen conductas al perjudicado y que su inobservancia, si bien no genera responsabilidad civil, le acarrea consecuencias negativas en el ejercicio posterior de los derechos (Cabanillas Sánchez, 1988, p.54).

En cuanto a la moralización de la responsabilidad, es dudoso que el fundamento de la buena fe tenga el efecto de moralizar la carga de mitigar el daño, pues si ello fuera así, habría que aceptar que todos los deberes de conducta derivados de dicho principio tienen un efecto moralizador, máxime cuando ellos, como se acepta en la doctrina, son fuente de responsabilidad civil.

ii) Argumentar que la carga de mitigar el daño es “ir más allá” del principio de la buena fe. Quizás este argumento *a priori* sea muy convincente, pues fundar la carga de

mitigar el daño en la buena fe puede forzar la esencia de este principio, pero lo mismo podría decirse frente a los deberes de conducta derivados de la buena fe, como los de colaboración, información y protección, que cuentan con una amplia aceptación doctrinaria.

iii) En cuanto a que el sistema del *Common-law* ignora el principio de buena fe, ello es cierto parcialmente. En Inglaterra es claro que el principio de la buena fe tiene muy poca relevancia y es ajeno a dicho sistema. Aun más, se dice que es incompatible con el mismo, como bien lo explica el doctor Felipe Vallejo. Sin embargo, como este mismo autor lo señala, en Estados Unidos, el principio de buena fe no ha sido ignorado, y por el contrario tiene consagración expresa en el Código de Comercio Uniforme, en la sección 1-201 numeral 19, en la sección 1-203, y en la sección 2-103 numeral 1 literal b (Vallejo García, 2003). Igualmente, los §§205 §209 del *Restatement (Second) of Contracts* impone a las partes el deber de actuar de buena fe, por lo que no es cierto que los sistemas del *Common-law* ignoren el principio de la buena fe, por lo menos en lo que se refiere a Estados Unidos. Sin perjuicio de lo anterior, tal relevancia del deber de buena fe se observa aún más en los sistemas del *civi-law*, o de tradición romano-germánica como el nuestro, en el que el principio de la buena fe ha alcanzado grandes desarrollos y del cual se han derivado reglas que establecen comportamientos para las partes del contrato, dado el valor de este principio en nuestro ordenamiento jurídico, como lo resaltó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2 de agosto del 2001, al expresar que:

En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno– en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. (Sentencia de Casación Civil, 2001)

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

iv) El deber de cooperación para las partes genera deberes que son “coercibles”, porque su inobservancia genera responsabilidad para el infractor, por lo que de él, no se puede “derivar” la mitigación del daño toda vez que su naturaleza es una carga. La crítica se funda en que el deber de cooperación de las partes derivada del principio de la buena fe es coercible y en que su incumplimiento genera responsabilidad civil, mientras que la naturaleza de la mitigación del daño es una carga, que es incoercible, que genera consecuencias negativas para quien la debe observar en cuanto a un ejercicio de una facultad posterior, es decir, que quien sufre un incumplimiento contractual perjudica con su actuar su propio interés (Cabanillas Sánchez, 1988, p.48), naturaleza que suscribimos en este trabajo, por lo que esta crítica es bien fundada.

Sin embargo, y pese a lo fundada de la crítica, considero que la carga de mitigar el daño puede fundamentarse en el principio de buena fe, y ello encuentra apoyo en las consideraciones de Cabanillas Sánchez, para quien, como se advirtió anteriormente, el principio de la buena fe es fuente no solo de “deberes accesorios” o secundarios, sino también de cargas, así que no se está afirmando que la carga de mitigar el daño se funda en el deber de colaboración o de cooperación de las partes, sino que al ser el principio de buena fe un estándar o modelo de conducta impone a la parte que sufre un incumplimiento de contrato la carga de tomar medidas razonables para evitar o mitigar los efectos dañinos del incumplimiento. En efecto, el autor citado distingue entre cargas de origen heterónimo, que son las que se “derivan de la ley y de la buena fe comercial”, y las cargas autónomas, que “proceden directamente del acuerdo de las partes” (Cabanillas Sánchez 1988, pp. 62 y 71), y en este sentido señala como casos de cargas impuestas por la ley y la buena fe, la carga de facilitación para liberar al deudor, la de colaboración para que el deudor ejecute la prestación, la de examen de la prestación y denuncia de defectos de la cosa, la de excusión de los bienes del deudor en la fianza, la de información y las cargas en el derecho cambiario. Así mismo, se ha mencionado el seguro como ejemplo típico de contrato del cual se generan cargas y deberes que permiten el surgimiento de la obligación en cabeza de la aseguradora, señalándose que “ambas partes tienen interés en que el siniestro no se produzca, y que si acaece tenga la menor extensión posible, existiendo por lo tanto una

verdadera comunidad de intereses que determina necesariamente que el comportamiento responda a la buena fe” (Kemelmajer de Carlucci, 1998). Así por ejemplo, el artículo 1074 del Código de Comercio consagra la carga de evitar la extensión y propagación del daño, y que aunque tiene consagración expresa de acuerdo con lo expuesto, encuentra un fundamento en la buena fe. En igual sentido, el maestro Fernando Hinestrosa considera como cargas de la autonomía de la voluntad, “la carga de legalidad, carga de lealtad y corrección, carga de claridad, carga de sagacidad y advertencia”, y refiriéndose a la carga de lealtad y corrección considera que “hay un reenvío a una ‘cláusula general’: la buena fe (que en ella se vierten corrección y lealtad)” (Hinestrosa, 2014), lo que nos permite concluir que del principio de la buena fe se derivan también cargas para las partes y no solo deberes, en virtud del actuar de buena fe que las partes deben observar desde la suscripción del contrato hasta su culminación, incluso en caso de incumplimiento del vínculo negocial.

Además de lo anterior, en nuestro medio existen varios laudos arbitrales que se refieren al tema (Uribe Acosta, Cristina, & Suescun Melo, 1998), (Suescún Melo, 2001, Hernández Mora, Monroy Torres & Martínez Martínez, 2001), así como el caso del laudo arbitral del 1 de septiembre del 2011, citado por el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2013, p, 232), que han aplicado la carga de mitigar los daños, apelando al principio de la buena fe contenido en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, como fundamento de la misma, en los cuales se ha mantenido la siguiente línea de argumentación con base en dicho principio:

De una parte, 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(61). No sobra señalar que esta interpretación está basada sobre un texto normativo esencialmente igual al plasmado en el artículo 1603 de nuestro Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Aunado a lo anterior, no solo existen fallos en materia arbitral en los que la carga de mitigar el daño se ha fundado en el principio de la buena fe, sino que existe la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre del 2010 hizo referencia como *obiter dictum* a la carga de mitigar el daño fundado en el principio de buena fe y la concurrencia de culpas, y en tal sentido expresó: “El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.)...” (Solarte Rodríguez, Sentencia de Casación Civil, 2010).

Concluamos entonces que la buena fe como principio general de raigambre constitucional (artículo 83 C.P. de C.), el cual se ha tornado en un principio de importancia capital en el derecho de los contratos y las relaciones jurídicas negociales, constituye un estándar o modelo de conducta del cual se derivan no solo deberes sino cargas que integran el contrato en todas sus fases, incluso en caso de incumplimiento, es un fundamento prístino de la carga de mitigar el daño, de la cual se ha expresado que es “una clara y saludable aplicación de la buena fe”(Suescún Melo, 2003).

CONCLUSIONES

La carga de mitigar el daño encuentra en nuestro ordenamiento jurídico un fundamento claro en el principio de la buena fe contemplado en el artículo 83 de la Constitución Política y en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Así mismo, en el principio de autorresponsabilidad que no es incompatible con la buena fe, y por el contrario tienen una estrecha relación, y en la causalidad derivada del artículo 1616 del Código Civil, dado que los perjuicios que pudieron ser evitados o minimizados no son consecuencia directa e inmediata del actuar del deudor.

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

Los principios Unidroit cumplen la función de interpretar y completar el derecho interno de cada país, no siendo Colombia la excepción, por lo que por esta vía y en asocio con el principio de la buena fe, la carga de mitigar el daño debe aplicarse a los contratos regidos por la legislación interna, lo que además genera que nuestro ordenamiento jurídico se coloque a tono con la legislación internacional en donde dicha carga tiene vital importancia en la medición de los perjuicios.

El criterio de la razonabilidad es fundamental para delimitar el alcance de la carga de mitigar el daño a fin de entender cuáles son y en qué consisten las medidas exigibles a la parte que ha sufrido un incumplimiento de contrato, sin perder de vista que las medidas se deben evaluar en cada caso concreto de acuerdo con las circunstancias que rodearon la celebración y ejecución del contrato.

La carga de mitigar el daño es aplicable a todos los remedios contemplados por la legislación colombiana frente al incumplimiento, salvo a la pretensión de cumplimiento o ejecución forzada, a menos que esta vaya acompañada de la indemnización de perjuicios, en cuyo caso a esta sí se aplicaría.

En mi concepto, la carga de mitigar el daño es plenamente aplicable en Colombia. Y desde el punto de vista económico, no solo es aconsejable sino conveniente y saludable la introducción de la carga de mitigar el daño a nuestro ordenamiento jurídico, ya que el comportamiento de pasivo y expectante de la parte que ha sufrido el incumplimiento de un contrato es una conducta antieconómica que conlleva al derroche de recursos que son escasos.

Quedan aún temas por explorar respecto de la carga de mitigar el daño, como el análisis en concreto de las medidas de mitigación, tales como las de reparación de las mercancías imperfectas o la compra de piezas para la reparación, operaciones de crédito para solventar el incumplimiento, y en especial las operaciones de reemplazo y el análisis de su compatibilidad con la resolución del contrato.

REFERENCIAS

- Beale, H., Bishop, W. D., & Furmston, M. P. (2008). *Contract Cases & Materials*. New York: Oxford University Press.
- Betti, E. (1955). *Teoria generale delle obbligazioni*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Burrows, A. (2004). *Remedies for Torts and Breach of Contract* (Tercera ed.). Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Cabanillas Sanchez, A. (1988). *Las Cargas del Acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*. Madrid: Montecorvo.
- Calamari, J. D., & Perillo, J. M. (1998). *The Law of Contracts*. ST. Paul, Minnesota: West Group.
- Diez - Picazo, L. (1996). *Fundamentos derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias* (Vol. II). Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid, España: Civitas Ediciones S. L.
- Dobbs, D. B. (1993). *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*. Saint Paul, Minesota: Thomson Company.
- Domínguez Águila, R. (2005). Notas Sobre el Deber de Minimizar el Daño. *Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fueyo Laneri*(5), 90.
- Domínguez Hidalgo, C. (2011). Deber de Indemnizar los Daños de La Víctima o del Acreedor. En H. a. Tamayo, *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho* (Vol. I, pág. 113). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Farnsworth, A. (2004). *Contracts*. Aspen: Aspen Publishers.
- Fuentes Guíñez, R. (2005). El deber de evitar o mitigar el daño. *Revista de derecho Universidad de Concepción*, 223-248.
- Fuentes Guíñez, R. A. (2009).
www.scholar.google.es/scholar?star=10&q=la+extension+del+daño+contractual+en+el+derecho+español+y+chileno&hl=es&as_sdt=05. Obtenido de www.gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76245/1/DDP/_Fuentes_Guñez_R_laextensiondeldañocontractual.pdf:
www.gredos.usal.es/jspui/bistream/10366/76245/1/DDP/_Fuentes_Guñez_R_laextensiondekdañocontractual.pdf
- Gamboa Mahecha, E. (Enero - Junio de 2014). La Carga de Mitigar los Daños en el Régimen Colombiano de la Responsabilidad Civil Extracontractual. *Revista de Derecho Privado*(51), 2-23.
- Goetz, C. J., & Scott, R. E. (1989). El Principio de Mitigación: Hacia una Teoría General de la Obligación Contractual. En V. p. Goldberg, *Readings in the Economic of Contract Law* (págs. 61-68). New York, Estados Unidos de América: Cambridge University Press.
- Hinestrosa, F. (enero-junio de 2014). Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada". *Revista de Derecho Privado*(26), 5-39.
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (2013). *Los Deberes de Evitar y Mitigar el Daño, Funciones de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI y Trascendencia de la Prevención*. Bogota: Temis.

Juan David Botero Zuluaga

La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

- Kemelmajer de Carlucci, A. (1998). La buena Fe en la Ejecución de los Contratos. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*(18), 211-279.
- Kramer, A. (2014). *The Law of Contract Damages*. Oregon: Hart Publishing.
- Larroumet, C. (2008). Obligación de Moderar los daños y arbitraje desde el punto de vista del derecho francés. *Gazette du palais*(250), 5.
- Laudo Arbitral, Acta 23 (Tribunal de Arbitramento Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá 22 de abril de 1998).
- Laudo Arbitral, Acta 16 (Tribunal de Arbitramento Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 16 de mayo de 2001).
- Laudo Arbitral (Tribunal de Arbitramento Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá 7 de mayo de 2001).
- Le Pautremat, S. (Enero de 2006). Mitigation of Damages. A French Perspective. *The International and Comparative Law Quarterly*, 55(1), 201-217.
- Lopez Santa María, J. (2007). Informe en Derecho sobre la Obligación del Acreedor de una Indemnización, de Mitigar o Atenuar los Daños. Contrato de Transporte Marítimo. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 203-234.
- López Santa María, J. (2008). Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho Chileno y Comparado. En F. M. Barrios, *Los Contratos en el Derecho Privado* (págs. 325-337). Bogotá: Legis-Universidad del Rosario.
- Neme Villareal, M. L. (2006). El Principio de la Buena Fe en Materia Contractual en el Sistema Jurídico Colombiano. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*(11), 79-125.
- Oviedo Albán, J. (2012). Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010. *Revista IUSTA*(36), 49-59.
- Oviedo Albán, J. (2013). Los Principios de Unidroit Como Reglas Aplicables al Contrato Internacional, A Propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana del 21 de Febrero de 2012. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*(3), 7-22.
- Pérez Velázquez, J. P. (2015). La Carga de Mitigar el Daño Derivado del Incumplimiento de Contrato. *InDret*, 1-63.
- Pizarro Wilson, C. (13 de Diciembre de 2013). Contra el Fatalismo del Perjuicio. A Propósito del Deber de Mitigar el Daño. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaiso*, XLI, 69 - 82.
- Posner, E. A. (1999). www.encyclo.findlaw.com. Recuperado el 11 de 04 de 2015, de www.encyclo.findlaw.com: www.encyclo.findlaw.com/4620book.pdf
- Rodríguez Fernández, M. (2007). El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema. *e-Mercatoria*, 6(2), 13.
- Rodríguez Fernandez, M. (2008). Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. *Revista de derecho privado*(15), 124.
- San Martín Neira, L. C. (2011). El criterio de lo "razonable". Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. *Derecho y Justicia*(1), 59.

Juan David Botero Zuluaga
La mitigación del daño en la Responsabilidad Contractual en Colombia

San Martín Neira, L. C. (2012). *La Carga del Perjudicado de Evitar o Mitigar el Daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia de Casación Civil, 6141 (Corte Suprema de Justicia 02 de Agosto de 2001).

Sentencia de Casación Civil, 11001-3103-008-1989-00042-01 (Corte Suprema de Justicia 16 de Diciembre de 2010).

Sentencia de Casación Civil, 11001-3103-040-2006-00537-01 (Corte Suprema de Justicia 22 de Febrero de 2012).

Solarte Rodríguez, A. (2004). La Buena Fe y los Deberes Secundarios de Conducta. *Revista Vniversitas Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana*(108), 281-315.

Soler Presas, A. (1995). El Deber de Mitigar el Daño (A proposito de STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994). *Anuario de derecho civil*, XLVIII(2), 951-970.

Soler Presas, A. (1998). *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Pamplona: Aranzadi.

Soler Presas, A. (Mayo de 2009). Indeminización por Resolución del Contrato en los PECL/DCFR. *Revista para el Análisis del Derecho InDret*(2), 1-32.

Steckman, L. A., Conner, R. E., & Bellaire, C. (8 de diciembre de 2008). Mitigation of Damages in Securties Commercial and Arbitration. *Journal of Securties Law, Regulation & Compliance*, 2(2), 103-114.

Suescún Melo, J. (2003). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Bogotá: Legis.

Troncoso, M. I. (29 de Noviembre de 2011). La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. *Revista de Derecho Privado*(21), 353-391.

Valcavi, G. (1984). Sobre la evitabilidad del daño grave ex art.1227.2º del CC italiano y sustición de la prestación incumplida. *Foro Italiano*, 1-13.

Vallejo García, F. (Diciembre de 2003). El Concepto de la Buena Fe en Los Contratos. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*(324), 19-37.

Velez Ochoa, R. (2013). *Larga de Evitar el Perjudicado la Extención y Propagación del Siniestro*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Vidal Olivares, A. (2005). La Gestión Razonable de los Efectos del Incumplimiento en la Compraventa Internacional. *Revista de derecho Valdivia*, 18(2), 58 - 81.

Vidal Olivares, A. (2006). El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 33(3), 439.

Vidal Olivares, A. (2009). La Carga de Mitigar las Pérdidas del Acreedor y su Incidencia en el Sistema de Remedios. *Revista Critica de Derecho Privado*(6), 795-827.

Viney, G. (20 de Noviembre de 2002). Rapport de Synthèse. *Petites affiches*, 232, 66.

White, J. J., & Summers, R. S. (2014). *Unifrom Comercial Code*. St, Paul, Minnesota: Thomson Reuters.