

## MITIGACIÓN DE DAÑOS EN MATERIA CONTRACTUAL\*

## MITIGATION OF DAMAGES IN CONTRACT LAW

Felipe Suescún de Roa <sup>a</sup>

Universidad de los Andes, Colombia

fsuescun@suescunlaw.com

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6464-0926>DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.mdmc>

Fecha de recepción: 12 Octubre 2016

Fecha de aprobación: 12 Junio 2017

Fecha de publicación: 30 Mayo 2018

**Resumen:**

La reparación integral es un principio consagrado en la legislación colombiana. Existen algunas instituciones jurídicas como el daño directo y la culpa de la víctima, que limitan la aplicación de este principio. Si bien la mitigación de daños está claramente relacionada con dichas instituciones, no es menos cierto que existen razones desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico que justifican su existencia como un principio independiente. Esta regla, que en Colombia obedece a un deber secundario de conducta emanado de la buena fe objetiva, implica que el acreedor afectado debe realizar esfuerzos razonables para mitigar la pérdida causada por el incumplimiento. Cuando el acreedor no realiza tales esfuerzos, el deudor puede pedir que se le reduzca el monto de la indemnización. La lógica que subyace a dicha regla es que por medio de ella se intenta disuadir al acreedor a que asuma una actitud pasiva que le permita ver aumentar las pérdidas, sin que se afecte el monto de la indemnización a la que tiene derecho. Para lograr tal propósito, por una parte, la mitigación no le permite al acreedor afectado recuperar los daños que pudo haber evitado, y, por otra, le otorga la posibilidad de recuperar cualquier gasto en que haya incurrido en aras de reducir la pérdida que sufrió.

**Palabras clave:** deber de mitigar, daños, contratos, vínculo de causalidad, daño directo e indirecto, culpa del acreedor, daño indemnizable, responsabilidad civil contractual, indemnización de perjuicios.

**Abstract:**

Full compensation is a general principle of law recognized under Colombian law. Such principle is limited by other legal institutions, namely, remoteness and contributory negligence. Mitigation of damages is certainly related with those legal institutions. However, it has moral, social and economic justifications, which supports its existence as an independent rule. Such rule, which in Colombia derives from objective good faith, means that an obligee must make reasonable efforts in order to mitigate the damage caused by the obligor's failure to perform. When an obligee fails to make these efforts, the obligor may demand that the damages be accordingly reduced. The underlying rationale is that the rules for awarding reparation discourage even those affected by a breach from passively suffering economic loss that could have been prevented through reasonable efforts, or from actively increasing such loss when prudence required them to refrain from action that could have a loss-increasing effect. In order to achieve this goal, mitigation refuses to grant recovery to a wronged party for any loss that could have been avoided; additionally, it allows such a party to recover for any expense he might have incurred in connection with efforts made to minimize the damage he sustained.

**Keywords:** duty to mitigate, damages, contract law, causality, compensation, contracts, liability, remoteness, contributory negligence.

**SUMARIO**

Introducción.- I. El Deber de Mitigar los Daños Propios.- *A. La mitigación de daños en Common Law.- B. La aplicación del principio en derecho internacional.- C. La adopción en derecho continental.- i. La no existencia del deber de mitigar los daños en Francia.- ii. El reconocimiento del principio en Colombia.-* II. ¿En qué Consiste el Principio de Mitigación de Daños?- *A. El deber de mitigar.- i. Actuaciones razonables para minimizar la pérdida.- ii. Acciones no razonables que aumentan la pérdida.-* III. Los Fundamentos de la Mitigación de Daños.- IV. La Irrevocabilidad de los Daños Mitigados.- V. Efectos Respecto de la Indemnización de

## Notas de autor

Perjuicios.- VI. La Tensión Existente entre el Cumplimiento de la Prestación Pactada y el Deber de Mitigar los Daños Propios.- VII. Las Ventajas de la Mitigación de Daños.- Conclusiones. - BIBLIOGRAFÍA

## Introducción

La importancia de la mitigación de daños en responsabilidad contractual radica, entre otros, en que con este principio se puede limitar la indemnización de perjuicios a la que tiene derecho el acreedor afectado como consecuencia del incumplimiento de una prestación dada por el deudor.

No obstante la consagración legal del principio de reparación integral en materia de responsabilidad civil<sup>1</sup> (arts. 2341, 1613, 1614 y 1616 CC y art. 16 Ley 446 de 1998), la indemnización de perjuicios no puede ser ilimitada. Además del deber de mitigar los daños propios que recaen sobre el acreedor afectado, existen otras instituciones jurídicas que limitan la indemnización de perjuicios tales como el concepto de daño indirecto y de la culpa del acreedor, estrechamente relacionadas con el vínculo de causalidad. Mediante estas instituciones jurídicas, difícilmente se podría llegar a explicar la posibilidad de rebajar la indemnización en caso de que el acreedor omita las medidas razonables que resulten necesarias para disminuir las consecuencias gravosas del perjuicio. Menos aún se puede, a partir de ellas, justificar la facultad que les permita a los jueces y árbitros añadir a la indemnización de perjuicios los gastos incurridos como consecuencia de la adopción de medidas mitigadoras, facultad que, en cambio, les otorga el principio de mitigación de daños.

La relevancia de lo anterior, además de las diferencias y similitudes en su aplicación, tanto en derecho continental como en *common law* y en derecho internacional, hace que el estudio de la mitigación de daños en materia contractual sea un tema de significativa importancia y de particular interés para practicantes y académicos.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la mitigación del daño obedece a un deber secundario de conducta emanado de la buena fe objetiva, que esa corporación reconoció expresamente en 2010 como un principio general aplicable en responsabilidad civil.<sup>2</sup> Se trata de un tema que ha sido abordado por la jurisprudencia y la doctrina nacionales desde hace relativamente poco y no con mucho desarrollo. Por tanto, con el presente artículo, entre otros, se pretende exponer con precisión los criterios necesarios que permitirán a los operadores jurídicos comprender y aplicar tal principio a diferentes relaciones contractuales ya sea civiles, comerciales o de consumo.

Con el objeto de poner en contexto al lector respecto de la aplicación práctica del deber de mitigar el daño, un ejemplo de la vida cotidiana, tomado de Richard Posner, a propósito de esta materia, puede resultar muy ilustrativo para tales efectos: piénsese en una cena que se ofrece a varios invitados y uno de ellos no se presenta mucho tiempo después de la hora que había sido previamente fijada para su inicio; resulta mucho más conveniente inferir que esa persona no va a llegar y, en consecuencia, comenzar a servir la comida; quien ofrece la cena no puede quedarse esperando a que llegue el invitado incumplido, dejando de atender a los otros invitados, por el simple hecho de que haya una pequeña posibilidad de que este pueda aparecer aún más tarde. De esta manera, al servir sin esperar al invitado incumplido, se reducen los inconvenientes tanto para el dueño de casa como para los demás comensales.<sup>3</sup>

Otro ejemplo en materia de responsabilidad contractual y que denota la relevancia de la obligación que recae sobre el acreedor de reducir los daños propios, es el siguiente: un carpintero celebra un contrato de compraventa con un proveedor, mediante el cual este le debe realizar varias entregas de chapas para puertas y, a cambio, aquel debe hacer los correspondientes pagos por instalamentos. Después de haber hecho algunas entregas, el comprador deja de pagar y no recibe las entregas posteriores. Enseguida de haberle exigido sin éxito al comprador que recibiera los despachos restantes, el vendedor decide venderle las chapas a un tercero, al precio de mercado vigente en ese momento, que es inferior al que se había pactado con el comprador inicial. Bajo estos supuestos, dado que la medida adoptada por el vendedor es justificada y tiene como propósito

mitigar los daños propios, este puede reclamar la diferencia entre el valor pactado en el contrato y la suma que efectivamente recibe del tercero.

Por otra parte, es preciso señalar que aunque se harán algunas referencias a decisiones puntuales en materia de responsabilidad extracontractual, el presente artículo tiene como propósito estudiar detalladamente la mitigación de daños desde la perspectiva contractual.

Para tal efecto, se analizará la mitigación de daños desde la órbita del *common law*, su aplicación en derecho internacional, así como su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de tradición civil. Se hará énfasis en el caso francés, en donde no es clara su aplicación en materia contractual, a diferencia de Colombia, donde la Corte Suprema de Justicia la ha reconocido como un principio general aplicable en responsabilidad civil contractual y extracontractual. Adicionalmente, se explicará en detalle en qué consiste el deber de mitigación, su fundamento y ventajas, entre otros, para lo cual se acudirá a la jurisprudencia y doctrinas nacional y foránea, en aras de determinar con precisión los alcances de este importante principio. No sobra puntualizar que en el presente artículo se tomarán en consideración criterios del derecho comparado que coinciden totalmente con los que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la responsabilidad civil en general y del derecho de daños, en particular.

## I. EL DEBER DE MITIGAR LOS DAÑOS PROPIOS

Ante el incumplimiento del deudor, el deber de mitigar<sup>4</sup> los daños le impone al acreedor lesionado el deber de actuar con diligencia y acuciosidad con el fin de evitar o reducir, tanto como razonablemente le sea posible, los deméritos que haya sufrido.<sup>5</sup>

Por tanto:

Resulta, sin duda necesario –desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico–, establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la causación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se desprendan del incumplimiento del deudor le serán íntegramente reparadas.<sup>6</sup>

### A. La mitigación de daños en *common law*

Para los anglosajones la obligación de mitigar los daños propios es una regla claramente establecida que aplica tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, la cual consiste, en términos generales, en que ante el incumplimiento del deudor, el acreedor afectado debe hacer lo que razonablemente esté a su alcance para evitar o minimizar las pérdidas ocasionadas por dicho incumplimiento.<sup>7</sup>

De acuerdo con lo anterior, de la mitigación de daños en la mencionada tradición jurídica usualmente se desprenden tres reglas. En primer lugar, el acreedor afectado como consecuencia del incumplimiento no puede ser indemnizado por los perjuicios que razonablemente haya podido evitar. En segundo lugar, los costos razonables en que haya incurrido el acreedor deberán ser cancelados por el deudor para evitar o aminorar la pérdida resultante del incumplimiento. Finalmente, sin importar si el acreedor, en las circunstancias particulares del caso debía mitigar o no los daños, cualquier acción que él emprenda, posterior al incumplimiento, que en efecto evite o minimice el daño, disminuirá el monto de la indemnización que tendrá que pagar el deudor.<sup>8</sup>

Las razones que justifican dicha regla consisten en prevenir las pérdidas y en preservar el bienestar económico y la prosperidad de la comunidad, así como en evitar las injusticias en general. Para lograr tales propósitos es necesario que las reglas en materia de responsabilidad civil efectivamente disuadan al acreedor afectado de actuar pasivamente cuando se ocasionen pérdidas como consecuencia del incumplimiento,

previniendo o evitando que se incrementen. Lo anterior, lleva de suyo, que no se permita al acreedor afectado ser compensado por pérdidas que pudo haber evitado y, adicionalmente, que este último pueda recuperar cualquier costo asociado con los esfuerzos realizados para minimizar la pérdida.<sup>9</sup>

Tales razones tienen sus raíces en políticas públicas que buscan la maximización de los negocios en general, así como en las que buscan mantener la actividad económica “andando y con los menores problemas posibles”.

<sup>10</sup> Aunque sus justificaciones desde el punto de vista de política pública son claras, algunos autores señalan que la mitigación de daños no es un precepto autónomo, separado e independiente, sino que se ha de entender como parte de otras instituciones como son el vínculo de causalidad, la culpa del acreedor y los daños directos e indirectos.<sup>11</sup>

En este punto la pregunta que surge es si la mitigación de daños es una institución jurídica independiente de las demás y, en consecuencia, si como tal se puede entender como una obligación o un principio autónomo. La existencia del deber del acreedor afectado de mitigar los daños, como una institución jurídica independiente, ha sido soportada por algunos autores, quienes incluso le han llegado a dar un trasfondo filosófico.<sup>12</sup> También hay quienes han negado por completo su existencia.<sup>13</sup> Finalmente, la posición mayoritaria parece ser la intermedia, la que acepta la existencia del deber de mitigar los daños, pero le da a dicho deber una naturaleza particular, toda vez que no reconoce una consecuencia directa por su incumplimiento y, sin embargo, no le permite al acreedor afectado ser compensado por los daños que hubiere podido evitar de haber cumplido con su deber.

En otras palabras, el deber de mitigar los daños es una obligación de naturaleza *sui generis*, en el entendido de que su incumplimiento no da lugar a una acción sino que simplemente imposibilita al acreedor a que sea indemnizado por el monto de los daños que pudo haber impedido.<sup>14</sup> En otras palabras, no hay una sanción como tal por el no cumplimiento del deber de mitigar los daños propios; el resultado de su incumplimiento será la consecuente reducción del monto de la indemnización.

## B. La aplicación del principio en derecho internacional

En las últimas décadas la regla de mitigación de daños se ha incluido en documentos internacionales creados con el propósito de unificar la regulación del comercio internacional. Entre tales documentos se encuentran algunos de obligatorio cumplimiento, así como otros que hacen parte del llamado *soft law*.<sup>15</sup>

El artículo 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, incorporada al ordenamiento colombiano a través de la Ley 518 de 1999, dispone lo siguiente:

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

El artículo transcrito claramente establece la obligación del acreedor afectado de tomar medidas razonables para mitigar las pérdidas una vez se haya presentado el incumplimiento.<sup>16</sup>

Los principios Unidroit para la contratación internacional también consagran este deber en los siguientes términos:

Artículo 7.4.8: Atenuación del daño: (1) La parte que incumple no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.<sup>17</sup>

En la actualidad existe una clara tendencia a reconocer la regla de mitigar los daños no solo en instrumentos internacionales, sino también en la práctica en arbitraje internacional.<sup>18</sup> No sobra puntualizar que la

mitigación de daños se aplica frecuentemente en arbitrajes comerciales internacionales<sup>19</sup> y en arbitrajes de inversión<sup>20</sup> y en tribunales permanentes, como es el caso del tribunal que resuelve las disputas entre Irán y los Estados Unidos.<sup>21</sup>

Diversos doctrinantes han señalado que la obligación de mitigar los daños propios hace parte de los usos reflejados en la práctica comercial, que guían a los comerciantes en sus negocios y a los árbitros en sus decisiones.<sup>22</sup> Por tanto, se dice que el deber de mitigar los daños propios forma parte de los principios del derecho comunes a las naciones civilizadas, a la *lex mercatoria*<sup>23</sup> o al derecho trasnacional.<sup>24</sup>

### C. La adopción en derecho continental

Con excepción de Francia, en otras importantes jurisdicciones de Europa continental, tales como Alemania, Suiza, España, Bélgica e Italia,<sup>25</sup> la mitigación de daños se ha adoptado como un principio.

Incluso, ha sido consagrado expresamente en la ley. En Alemania, por ejemplo, el Código Civil dispone que la culpa cometida por el acreedor afectado que haya contribuido a la causación del daño que se demanda, afecta la compensación a que tiene derecho este último. Lo anterior aplica incluso si la culpa del acreedor consistió en una simple omisión por no haberle llamado la atención al deudor respecto del peligro de que pudieran causarse perjuicios inusualmente altos, que el deudor no conocía o no debió haber conocido o por no haber evitado o mitigado los daños propios.<sup>26</sup>

De lo anterior se infiere que el Código Civil alemán analiza la mitigación de daños desde el punto de vista del vínculo de causalidad y que, no obstante lo anterior, no duda en calificar como culpa del acreedor el hecho de no haber evitado o mitigado los daños propios.<sup>27</sup>

Desde otra perspectiva, el Código Civil Suizo de las Obligaciones permite a los jueces reducir el monto de la indemnización otorgada al acreedor afectado que, por su propia culpa, no impidió el incremento de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento del deudor.<sup>28</sup>

En España la doctrina ha señalado a este respecto que:

[...] quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento y no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta de la adopción de tales medidas. 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.<sup>29</sup>

#### I. La no existencia del deber de mitigar los daños en Francia

El Código de Napoleón no contiene un principio ni alusión expresa alguna que permita inferir la existencia de una obligación para el acreedor afectado de mitigar los daños propios.<sup>30</sup> Para efectos de reducir la indemnización de perjuicios a que tiene derecho el acreedor, la jurisprudencia y la doctrina acuden a otras instituciones como el daño directo, el daño indemnizable y a la culpa del acreedor.<sup>31</sup>

No obstante lo anterior, es claro que los autores clásicos franceses, que precedieron la promulgación del Código Civil, no dudaron en reconocer que el acreedor afectado por el incumplimiento debía, por lo menos, intentar evitar el incremento de los daños y que de no hacerlo se le afectaría la indemnización a la que tendría derecho.<sup>32</sup> Pothier, por ejemplo, señala el caso de un granjero que le vendió a otro una vaca enferma, y afirma que el vendedor no debería ser responsable de la pérdida total de la granja, toda vez que su dueño pudo haber evitado la pérdida si hubiere adoptado las medidas pertinentes. Es preciso señalar que Pothier en este caso puntualiza que la negligencia del comprador por no evitar los daños a su granja, interrumpió el nexo causal

entre el incumplimiento y los daños generados a este último, por lo que se trataba de un daño indirecto que no debía ser indemnizado.<sup>33</sup>

Por otra parte, Toullier señala el ejemplo de un viticultor que contrató con un proveedor de carros y caballos, con los que buscaba acarrear su cosecha. El proveedor incumplió. Debido a que una tormenta destruyó su cosecha, el viticultor fue forzado a la quiebra. Al igual que el ejemplo de Pothier, en este caso la pérdida del acreedor no fue una consecuencia directa del incumplimiento del deudor, sino que se debió a la negligencia del viticultor por no anticipar ni asegurar otros medios para acarrear la cosecha.<sup>34</sup> Del anterior ejemplo se infiere que Toullier entendía que el acreedor afectado actuó negligentemente al no haber evitado o siquiera tratado de minimizar las consecuencias de los incumplimientos de su co-contratante.

No obstante el reconocimiento conceptual de eminentes doctrinantes franceses, el Código de Napoleón no incluye una disposición respecto del deber de mitigar los daños. Algunos atribuyen ese silencio del código, en parte, al hecho de que el principio de mitigación de daños no había alcanzado el nivel de abstracción necesario que justificara su inclusión.<sup>35</sup>

Pese a que el código no señala el deber de mitigar los daños propios, existe doctrina francesa, influenciada por los importantes desarrollos que ha tenido esta materia en los Estados Unidos y en el Reino Unido, que ha señalado que el afectado por un incumplimiento no puede contemplar pasivamente sus consecuencias negativas. Por el contrario, el acreedor debe reaccionar asiduamente en contra de tales consecuencias, de manera que reduzca la magnitud e impacto de las pérdidas.<sup>36</sup>

En este punto es preciso señalar que los abogados franceses no ven la mitigación de daños como un “deber” u obligación.<sup>37</sup> En cambio, han abordado este tema desde la óptica del nexo de causalidad, de culpa de la víctima, del daño indirecto y la buena fe.

En un caso de responsabilidad extracontractual, la víctima de un accidente de tránsito cerró su negocio como consecuencia de las lesiones personales que había sufrido. En este caso la corte se rehusó a condenar al demandado a la indemnización de la totalidad del tiempo en que el negocio se mantuvo cerrado, toda vez que no se trató de una consecuencia inevitable y directa del accidente. Tan pronto la víctima recuperó su capacidad intelectual y de administrar su negocio, debió haberlo reabierto y contratar a un empleado que lo remplazara durante su ausencia.<sup>38</sup>

En otros casos de lesiones personales, el hecho de que la víctima se haya rehusado a hacerse tratamientos médicos o de realizarse operaciones menores, que hubieren mejorado considerablemente su condición física, las cuales implicaban un mínimo riesgo, ha sido considerado como culpa de la víctima. Lo anterior ha servido de justificación para que el juez reduzca el monto de la indemnización a la que tenía derecho la víctima.<sup>39</sup>

El daño indirecto también ha sido utilizado con el propósito de reducir la indemnización de perjuicios. A un intermediario un distribuidor le entregó productos defectuosos, con lo cual este incumplió el contrato que había suscrito con aquel. En este caso la corte señaló que el intermediario debió haber limitado las afectaciones ocasionadas por el incumplimiento, pudiendo haber encontrado una solución alternativa al problema. Los daños ocasionados por el hecho de no haber buscado una segunda alternativa, fueron considerados como imprevisibles para las partes al momento de suscribir el contrato y, por tanto, no fueron indemnizados.<sup>40</sup>

El principio de buena fe también ha sido utilizado para justificar la mitigación de daños. En relación con un contrato de mutuo, el acreedor decidió no terminarlo anticipadamente, pese a que el deudor estaba constituido en mora y a que tenía la facultad contractual para hacerlo. Los intereses causados después de que el acreedor pudo haber terminado el contrato, no fueron reconocidos. Según la corte, el permitir que el incumplimiento contractual siguiera causando intereses, bajo las circunstancias descritas, constituyó un acto de mala fe, principalmente por el hecho de que el demandante agravó e incrementó su pérdida.<sup>41</sup>

Aunque los anteriores casos, que fueron decididos principalmente por cortes de apelación, han sido citados como soporte para señalar que en Francia existe el principio de mitigar los daños, dos decisiones del año 2003 de la Corte de Casación francesa han acabado de plano con dicha idea.

En el primer caso, la demandante solicitó en sus pretensiones que se le indemnizaran los daños ocasionados por un desorden mental que ella había desarrollado después de un accidente ocasionado por culpa del demandado. La corte de apelaciones de Bourges señaló que la demandante debía recibir una indemnización parcial de perjuicios en el entendido de que hubo culpa de su parte al haberse negado a seguir el consejo de los médicos de someterse a un tratamiento psiquiátrico que hubiera mejorado su condición.<sup>42</sup> La Corte de Casación dejó sin efectos la anterior decisión, puntualizando lo siguiente: el demandado es responsable de pagar todos los daños que se hayan ocasionado como consecuencia del accidente; la víctima no tenía la obligación de mitigar su pérdida en favor del demandado; constituye una prerrogativa para la víctima el poder ignorar los consejos de los médicos; la decisión de no hacerlo, aunque resulta insensata, no puede dar lugar a culpa de la demandante.<sup>43</sup>

En el segundo caso, la administradora de una panadería demandó a quien le había ocasionado por su culpa lesiones personales que la habían dejado incapacitada como consecuencia de un accidente de tránsito. La panadería permaneció cerrada durante todo el tiempo en que estuvo incapacitada su administradora. Cuando ella se recuperó, la panadería había perdido parte de su *good will* y sus equipos se habían tornado obsoletos. La corte de apelaciones de Amiens determinó que el demandante debió haber contratado un administrador temporal de la panadería durante su ausencia, razón por la cual redujo la indemnización.<sup>44</sup> La Corte de Casación revocó la decisión, puntualizando que el demandado debía compensar a la víctima por todos los daños que le hubiere ocasionado. Dicha corte rechazó estrepitosamente cualquier deber de mitigación de daños que redundara en beneficio del demandado. Determinó que la depreciación en el valor de la panadería era atribuible a la incapacidad que había sufrido la víctima y que el vínculo de causalidad entre el accidente y la pérdida no se había roto.<sup>45</sup>

Aunque las decisiones reseñadas de la Corte de Casación francesa estaban relacionadas con responsabilidad extracontractual, y que se sustentaron expresamente en el artículo 1382 del Código Civil Francés (cuyo equivalente en la legislación colombiana es el art. 2341 CC), su razonamiento subyacente parecería hacerse extensivo en materia contractual.<sup>46</sup>

### *Ii. El reconocimiento del principio en Colombia*

La doctrina colombiana define el deber de mitigar los daños propios como “la carga que tiene el acreedor cumplido o la víctima del daño [...] de adoptar todas las medidas razonables enderezadas a prevenir, moderar o limitar los perjuicios resultantes del incumplimiento [...]”.<sup>47</sup>

La legislación colombiana prevé de manera expresa el deber de mitigar los daños tratándose de seguros (art. 1074 del Código de Comercio).<sup>48</sup> De tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia reconocía implícitamente la obligación del acreedor afectado de actuar de manera diligente reduciendo los daños propios, en particular, limitando el periodo de indemnización del lucro cesante, al lapso que normalmente se emplea en la reparación o sustitución de un bien dañado.<sup>49</sup> Lo anterior obliga al acreedor a ser diligente toda vez que el tiempo que exceda el usual para la reparación del bien, tendrá que asumirlo.<sup>50</sup>

No obstante lo anterior, el deber de mitigar los daños propios en Colombia ha sido reconocido, de una manera más general, como una medida necesaria para equilibrar la posición de las partes en los eventos de responsabilidad civil por incumplimiento de contrato, negando la reparación de perjuicios que el acreedor habría podido evitar.<sup>51</sup>

Tanto la jurisprudencia como la doctrina unánimemente reconocen que el deber de mitigar los daños propios surge de la aplicación de los postulados generales de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos, consagrados en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.<sup>52</sup> La buena fe objetiva ha servido como base conceptual y como justificación para la adopción del principio de mitigación

de daños en materia contractual en distintas jurisdicciones de Europa continental, en particular en Bélgica<sup>53</sup> y en España.<sup>54</sup>

En virtud del principio de la buena fe objetiva, las partes no están obligadas únicamente a lo expresamente dispuesto en el contrato sino que sus compromisos y obligaciones van más allá, de manera que dicho principio cumple una función integradora de los actos jurídicos.<sup>55</sup> En otras palabras, la función derivada del principio de buena fe objetiva, ha permitido “determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente”.<sup>56</sup> Por tanto, “es la obligación, integrada por la buena fe y los usos, la que nos dirá positivamente cuáles son los cuidados, atenciones, cautelas, cuya observancia es exigible específicamente al deudor de una concreta prestación”.<sup>57</sup>

La Corte Suprema de Justicia considera que el deber de mitigar los daños propios “encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83 [de la Constitución Política]), [...] imponiendo a las personas [...] parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo negocial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (arts. 1603 del C.C. y 871 del Código de Comercio)”.<sup>58</sup>

Con base en tales consideraciones, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado lo siguiente:

Resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues solo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.<sup>59</sup>

En el mismo sentido, la justicia arbitral doméstica ha reconocido la plena aplicación del deber de mitigar los daños propios en el ordenamiento jurídico colombiano, al señalar:

[...] el principio de ejecución de buena fe de los contratos obliga a la parte que ha sufrido un demérito patrimonial como consecuencia del incumplimiento de su co-contratante, a actuar con celeridad, buen juicio y previsibilidad para aminorar tanto como le sea posible sus propios daños o para impedir su propagación, extensión o permanencia. Es este comportamiento providente el que legitima al damnificado para obtener la reparación de los perjuicios.<sup>60</sup>

## II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE MITIGACIÓN DE DAÑOS?

La mitigación de daños implica una limitación a la indemnización de perjuicios a la que tiene derecho el acreedor afectado como consecuencia de un incumplimiento del deudor de una prestación, que le ocasionó a aquel un detrimento patrimonial.

Este principio, implica cuatro reglas principales, a saber: 1) que el acreedor afectado no puede recuperar los daños que habría podido evitar; 2) que el deudor es únicamente responsable por los daños reducidos, es decir, los que resulten de sustraer los efectivamente mitigados o los que razonablemente habrían podido mitigarse de la totalidad de los daños;<sup>61</sup> 3) cualquier negligencia del acreedor debe ser tomada en cuenta para reducir proporcionalmente el monto de la indemnización; 4) cualquier beneficio que obtenga el acreedor como consecuencia del incumplimiento debe ser compensado contra las pérdidas que este le haya generado.<sup>62</sup>

### A. El deber de mitigar

Ante el incumplimiento del deudor,<sup>63</sup> el deber de mitigar el daño constituye una verdadera obligación para el acreedor afectado, que debe emprender las acciones necesarias tendientes a reducir su pérdida y evitar la

realización de actos que incrementen sus daños.<sup>64</sup> De no cumplirse con los anteriores deberes, el acreedor demandante verá reducida su indemnización de perjuicios en el monto de la pérdida que razonablemente pudo haber evitado.

### *I. Actuaciones razonables para minimizar la pérdida*

Dado que frecuentemente se presenta más de una alternativa razonable disponible para el acreedor afectado,<sup>65</sup> las acciones razonables que este debe realizar para efectos de cumplir con el deber de mitigar los daños, varían dependiendo de cada caso. Por tanto, tratar de establecer una suerte de reglas concretas, además de ser sumamente complicado, no resulta ser conveniente, toda vez que con ello se restringiría la aplicación de un principio que por su naturaleza ha de ser cambiante y que se debe aplicar dependiendo de las particularidades de cada situación.

Por tanto, el análisis de casos concretos en los que se haya reconocido que el acreedor actuó de forma razonable para reducir la pérdida, permitirá, de manera inductiva, entender qué medidas resultan sensatas y cuáles no.

Ante el incumplimiento del deudor es frecuente que el acreedor, con el propósito de minimizar el detrimento patrimonial que está sufriendo, busque un tercero sustituto para que cumpla con las prestaciones pendientes.<sup>66</sup>

En materia de compraventa, por ejemplo, si el vendedor de bienes de género no los entrega a tiempo, el comprador debe razonablemente intentar sustituir sin demoras dichos bienes por los que ofrezca otro vendedor. En caso de no hacerlo, el comprador no podrá ser indemnizado por las pérdidas adicionales ocasionadas por incrementos posteriores en el precio de los bienes. En cambio, cuando el comprador está en mora de recibir la mercancía, el vendedor debe tratar razonablemente de vender los bienes a otro comprador. Al no cumplir con dicho deber, el vendedor se haría responsable por los daños que se puedan ocasionar como consecuencia de una posterior caída en los precios de los bienes.<sup>67</sup>

En otras circunstancias, el deber de mitigar los daños propios implica que no se busque un tercero sustituto, de manera que el acreedor afectado habrá de esperar a que el deudor cumpla con la prestación debida.<sup>68</sup> A manera de ejemplo, podría pensarse que resulta lógico, bajo ciertas circunstancias, que, en cambio de comprar a un tercero otros bienes de similares características, el comprador adopte una actitud pasiva ante la entrega tardía de bienes por parte del vendedor. Lo anterior podría ocurrir en el evento de que los bienes ofrecidos por terceros, que se encuentren a su disposición, resulten ser excesivamente costosos.<sup>69</sup> En dichas circunstancias el comprador no tendría que acudir al tercero, pero, en todo caso, tendría derecho a cobrar los perjuicios moratorios que se ocasionen como consecuencia de la entrega tardía de los bienes.<sup>70</sup>

El estándar que se le exige al acreedor afectado no puede ser estricto.<sup>71</sup> Lo máximo que se le puede exigir al acreedor en este tipo de circunstancias es que actúe racionalmente,<sup>72</sup> lo que no puede implicar que haga todo lo que sea posible en una circunstancia dada.<sup>73</sup> Lo que en efecto se le exige al acreedor es que la mitigación sea oportuna y la realice empleando buen juicio en aras de prevenir la extensión del daño o su permanencia.<sup>74</sup> Por tanto, el afectado solo estará obligado a actuar con la diligencia media,<sup>75</sup> es decir, que el patrón objetivo de conducta con el que se deberá comparar la actuación del acreedor afectado será un buen padre de familia o el de un buen hombre de negocios, dependiendo de si el régimen aplicable es civil o comercial, respectivamente.

76

Un aspecto que en la práctica resulta relevante es que el acreedor no puede perder su derecho a ser indemnizado por los costos en que incurrió para mitigar el daño, simplemente por el hecho de que el deudor señale que otras medidas menos gravosas para este último se hubieren podido realizar.<sup>77</sup>

No es suficiente con que el deudor demuestre que hubiera resultado razonable tomar las medidas que él propone; deberá demostrar que para el acreedor era irrazonable no adoptarlas. La consecuencia práctica de lo anterior es que en el evento en que haya más de una medida disponible para el acreedor con la que se puedan mitigar los daños, la escogencia está en cabeza del acreedor y no del deudor. Por tanto, el deudor tendrá que comprobar efectivamente que el acreedor actuó de una manera irracional respecto del deber de mitigar los daños, para que su defensa prospere.<sup>78</sup>

Es muy fácil, después de haber superado las consecuencias negativas del incumplimiento, criticar las medidas tomadas para poderlas contrarrestar; sin embargo, tales críticas no son de recibo cuando provienen de quien es responsable de tal situación. El deber de mitigar los daños quedará satisfecho si el acreedor afectado como consecuencia del incumplimiento, actuó de manera razonable al momento de adoptar los remedios que estimó pertinentes, de modo que no perderá el derecho a recuperar los costos en los que haya incurrido, simplemente porque el deudor incumplido sugiere que se hubieren podido adoptar otras medidas menos onerosas para él.<sup>79</sup>

Por otra parte, el cumplimiento del deber de mitigar el daño no le puede imponer al acreedor afectado la obligación de involucrarse en actividades riesgosas.<sup>80</sup> Aunque bajo ciertas circunstancias puede estar obligado a desembolsar dinero, el acreedor no tendrá que hacerlo cuando exista riesgo de que este se pierda.<sup>81</sup> Tal sería el caso de que la mitigación implique una importante inversión de capital y que el éxito de tal inversión sea improbable.<sup>82</sup> El acreedor tampoco estará obligado a embarcarse en litigios complicados cuyos resultados sean claramente inciertos<sup>83</sup> ni en negocios que puedan afectar su reputación comercial<sup>84</sup> ni que impliquen la afectación a sus propiedades o derechos.<sup>85</sup>

En últimas, el acreedor afectado no tendrá que mitigar sus propios daños en aquellas circunstancias en las que su situación financiera haga imposible la mitigación o cuando esta resulte muy complicada o impráctica,<sup>86</sup> así como en aquellos casos que puedan poner al acreedor en una situación que implique para sí nuevos riesgos, afectaciones o sacrificios desproporcionados.<sup>87</sup>

## *ii. Acciones no razonables que aumentan la pérdida*

El acreedor afectado no podrá recuperar los gastos en que haya incurrido irrazonablemente y que hayan incrementado la pérdida. Tal sería el caso de adquirir un crédito a una tasa muy alta de interés para efectos de mitigar los daños propios.<sup>88</sup>

Como regla general, se podría establecer que los jueces y árbitros no son muy proclives a reconocer gastos en que haya incurrido el acreedor que no resulten ser razonables. Tal situación se presentó en un caso en el que un contratista de un banco central se comprometió a imprimir billetes. El deudor entregó, incumpliendo lo pactado, un importante número de billetes a unos delincuentes, en cambio de entregarle la totalidad al banco. Una vez el acreedor descubrió que los billetes que no habían sido entregados apropiadamente, habían entrado en circulación, decidió reemplazarlos. La disputa surgió respecto de la posibilidad para el acreedor de ser compensado por el costo de imprimir los billetes sustitutos. Aunque en otras circunstancias tales medidas podrían ser consideradas como no razonables, dado el interés general que involucraba este caso en particular, se consideró que el acreedor debía ser indemnizado por haber incurrido en dicho costo<sup>89</sup>.

### III. LOS FUNDAMENTOS DE LA MITIGACIÓN DE DAÑOS

Existen varias razones que explican este principio. Se ha dicho que la mitigación de daños estimula la diligencia del acreedor afectado, al hacerlo responsable de su propio bienestar.<sup>90</sup> Adicionalmente, que lo disuade de imponerle al deudor la carga de asumir todas las pérdidas que se puedan ocasionar.<sup>91</sup>

De no existir el deber de mitigar los daños propios, el acreedor no tendría incentivo alguno para ser proactivo, de manera que podría mantener una actitud pasiva esperando que se aumentaran las pérdidas, en el entendido de que todas le serían indemnizadas, excepto ciertos daños que no le serían reparados por ser indirectos. Por tanto, el mencionado deber le impone la carga de ser acucioso y dinámico.<sup>92</sup>

Este principio también se ha explicado desde la perspectiva del análisis económico del derecho, al señalar que la mitigación previene que los recursos sean desaprovechados.<sup>93</sup> Si el propósito del derecho es reducir los costos sociales,<sup>94</sup> proteger y propender por el bienestar económico y la prosperidad de toda la comunidad,<sup>95</sup> las actividades que no estén encaminadas al cumplimiento de tales objetivos deben ser desalentadas. Por el contrario, se debe estimular que el acreedor afectado sea proactivo previniendo que las pérdidas se acumulen, con lo que, a su turno, se reduce la carga general que le impone a la sociedad el hecho de asumir pérdidas que pueden ser compensadas legalmente.<sup>96</sup>

También se ha dicho que la justificación de este principio se encuentra en la justicia y la equidad comercial: “El acreedor afectado no tiene ningún deber frente al deudor, sin embargo, la justicia obliga a que no se le permita a aquel actuar de una manera irracional y anticomercial aumentando los daños que el deudor debe indemnizar”.<sup>97</sup>

Otra justificación consiste en señalar que se trata de una suerte de deber altruista. Sin duda, se relaciona con un deber que no tiene costo para el acreedor, pues nunca se tendría que ver afectado por mitigar el daño generado por el incumplimiento del deudor. Esta explicación tendría una clara conexión con la noción de buena fe que ha sido utilizada en distintas jurisdicciones de tradición continental, como Colombia, como base conceptual para explicar el deber de mitigar los daños propios.<sup>98</sup>

### IV. LA IRREVOCABILIDAD DE LOS DAÑOS MITIGADOS

Otra consecuencia del deber de mitigar los daños propios se presenta en el evento en que el acreedor afectado realice acciones que exceden aquello que razonablemente estaba obligado a hacer, de tal manera que esta diligencia más acentuada arroja como resultado una mayor disminución de su pérdida que la que habría ocurrido si se hubiere limitado a las medidas estrictamente razonables, en cuyo caso el acreedor no podrá ser indemnizado respecto de la diferencia.<sup>99</sup>

Lo anterior es consecuencia de que la responsabilidad civil es compensatoria, es decir, que el demandante no puede pretender enriquecerse con los perjuicios que le reconozca el juez sino que este último se debe limitar a ordenar la reparación del daño efectivamente causado.

La anterior regla se explica claramente en el siguiente caso: el deudor entregó al acreedor, una compañía de trenes, unas turbinas que no cumplían con los niveles de potencia mínima que exigía el contrato. No obstante lo anterior, el acreedor las aceptó y las usó. Posteriormente, este decidió adquirir unas turbinas sustitutas, que resultaron ser más eficientes que las que se requerían de acuerdo con la especificación original. Tal eficiencia se convirtió en una ventaja económica para el acreedor, la cual se materializó a lo largo de toda la vida útil de las turbinas sustitutas. En este caso se decidió que pese a que en virtud del deber de mitigar los daños propios las circunstancias no obligaban al acreedor a comprar bienes sustitutos, la ventaja financiera que en efecto obtuvo debía ser descontada del costo de las nuevas turbinas.<sup>100</sup>

Otro ejemplo sería la suma recibida en virtud de una póliza de seguro contratada por el acreedor afectado para cubrir las consecuencias del incumplimiento, en cuyo caso dicha suma debe ser descontada de la indemnización de perjuicios.<sup>101</sup>

Cabe precisar que cualquier acción del acreedor afectado que esté por encima de una mitigación razonable y que genere ganancia o ahorro, solo será tenida en cuenta al momento de determinar los daños si fue consecuencia de un intento de mitigar los daños propios. Si la acción es una consecuencia indirecta del incumplimiento, o ajena a este, los beneficios obtenidos no se reducirán de la indemnización de perjuicios.<sup>102</sup>

## V. EFECTOS RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El acreedor contractual afectado por el incumplimiento no puede permanecer impasible mientras sus daños se multiplican, con la expectativa de recuperar una indemnización cuantiosa que excede el valor de la pérdida experimentada inicialmente.

Por tanto, al acreedor afectado se le impone la carga de actuar con diligencia realizando los gastos que las circunstancias exijan para atenuar los perjuicios sufridos, so pena de asumir las pérdidas que no evitó cuando podía hacerlo; “se le obliga a la víctima o al acreedor a soportar estos perjuicios porque él pudo haberlos evitado puesto que una prudencia básica recomendaba hacerlo”.<sup>103</sup>

El comportamiento diligente del acreedor para reducir sus propios daños lo legitima jurídica y moralmente para obtener su reparación.<sup>104</sup> Los jueces y árbitros, por tanto, analizarán con detenimiento las gestiones realizadas en tal sentido por el perjudicado. De haber demostrado el acreedor que cumplió con su obligación de mitigar los deméritos económicos, el deudor podrá, en todo caso, tratar de acreditar que las medidas adoptadas no fueron razonables.<sup>105</sup>

Respecto de la indemnización de perjuicios, el deber de mitigar los daños apunta en dos claras direcciones, una positiva y otra negativa. La primera le permite al acreedor añadir a la indemnización de perjuicios todos aquellos gastos incurridos y que resultaron necesarios para mitigar las pérdidas, entre ellos, los costos financieros de las sumas empleadas en la reparación, así como los intereses que haya debido pagar en los préstamos que hubiere conseguido con el mismo propósito. Es preciso puntualizar que para que esos gastos sean reembolsables deben ser razonables, so pena de ser rebajados.<sup>106</sup>

Por otra parte, la segunda faceta del mencionado deber, esto es, la negativa, se traduce en que en el evento en que el acreedor omita tomar las medidas que resulten razonables, la indemnización quedará sujeta a reducción; de ella se deberán descontar los daños que el acreedor razonablemente debió haber evitado o mitigado, pero que no lo hizo.<sup>107</sup>

Ahora bien, en el supuesto en que el acreedor afectado no disponga de los medios necesarios para mitigar los daños y que tal extremo quede acreditado en el proceso, la indemnización ha de ser plena. En aras de cumplir con dicha carga probatoria, el acreedor no solo debe demostrar que no disponía de los recursos, sino que hizo gestiones diligentes pero infructuosas para conseguirlos. Si en el proceso el afectado no logra demostrar su carencia de recursos o las actuaciones tendientes a conseguirlos, se debe aplicar la regla general arriba explicada, esto es, que la indemnización será parcial, descontando las pérdidas que de manera razonable el acreedor podría haber evitado o mitigado.<sup>108</sup>

Es preciso resaltar que quien demanda la indemnización de perjuicios tiene la carga de demostrar no solo sus actuaciones diligentes para reducir la pérdida sino también la oportunidad, eficacia y resultados o, en su defecto, deberá probar por qué no pudo adoptar medidas efectivas de mitigación o por qué las tomadas resultaron fallidas.<sup>109</sup>

## VI. LA TENSIÓN EXISTENTE ENTRE EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN PACTADA Y EL DEBER DE MITIGAR LOS DAÑOS PROPIOS

La mitigación de daños tiene sus detractores. Hay quienes señalan que el mencionado principio afecta los derechos de las partes en un contrato. Se critica el hecho de que ante el incumplimiento del deudor, resulta más que probable que el acreedor afectado no reciba la totalidad del equivalente en dinero del beneficio que esperaba del cumplimiento del contrato.<sup>110</sup> Lo anterior en la práctica implica un dilema para el acreedor, dado que si no mitiga los daños propios, la indemnización de perjuicios a que tendría derecho se vería recortada, y si los mitiga, se puede encontrar en una situación en que los daños que puede solicitar en un proceso resultan ser triviales, por lo que no vale la pena realizar el proceso.<sup>111</sup> Por tanto, la mitigación de daños no compaginaría con el principio de que el fin de la responsabilidad civil es poner a la parte agraviada en la posición que estaría si no se hubiese incumplido el contrato.<sup>112</sup>

También se dice que la mitigación de daños al limitar el monto de la indemnización como consecuencia del incumplimiento, reduce la probabilidad de que las prestaciones derivadas del contrato se cumplan en su totalidad.<sup>113</sup> Toda vez que los daños se calculan como si el acreedor afectado los hubiere mitigado, la prudencia lo debería llevar a aceptar que un tercero ejecute en cambio del deudor incumplido. Lo anterior puede llegar a tener el efecto de que el deudor tenga el incentivo perverso de incumplir cuando encuentre una mejor oportunidad para emplear los mismos recursos que habría utilizado para cumplir la prestación que originalmente adquirió con el acreedor afectado. En virtud de que el monto de los daños que el deudor le pagaría al acreedor afectado se ven reducidos después de tomar en cuenta la mitigación de daños, el deudor podría seguir haciendo una mayor utilidad después de haberle pagado la parte correspondiente al acreedor.<sup>114</sup>

## VII. LAS VENTAJAS DE LA MITIGACIÓN DE DAÑOS

Aunque la mitigación de daños tiene algunas consecuencias negativas, en particular, que acaba potencialmente con el efecto disuasivo de la reparación de los daños, no siempre será incompatible con el interés del acreedor de que se cumpla con la prestación en la forma pactada. Cuando la ejecución de un tercero resulta posible, pese a que los daños resarcibles pueden verse disminuidos, el acreedor puede obtener el equivalente de lo que negoció con el tercero. Así las cosas, el que se le exija al acreedor actuar de una manera razonablemente activa, lo estimula de cierta forma a que se cumpla con las prestaciones en la forma como fueron pactadas.<sup>115</sup>

Otra circunstancia en la que la mitigación de daños no necesariamente afecta el cumplimiento de la prestación pactada, se presenta cuando el acreedor afectado tiene frente a sí dos alternativas posibles y adecuadas para reducir la pérdida, pero una resulta ser significativamente más económica que la otra. El hecho de obligarlo a tomar la más barata, de manera alguna resulta ser inconsistente con asegurar el cumplimiento de la prestación pactada.<sup>116</sup>

Probablemente la ventaja más clara de la mitigación de daños es que, de no existir, el acreedor afectado no tendría ninguna razón para hacer algo distinto a mantener una actitud pasiva con respecto a las pérdidas que se acumulan como consecuencia del incumplimiento del deudor. Si no se aceptara la existencia del mencionado principio, lo anterior sería permitido, pese a que se trataría de una actitud arbitraria y caprichosa del acreedor. No obstante lo anterior, el deber que recae sobre este último de mitigar los daños propios, lo incentiva no solo a tener iniciativa, sino a adoptar una actitud proactiva y a ser responsable de su propio bienestar.<sup>117</sup>

## CONCLUSIONES

Pese a que se trata de una obligación *sui generis* que tiene una clara conexión con otras importantes instituciones jurídicas propias de la responsabilidad civil, como el daño directo, la culpa de la víctima y, en particular, el vínculo de causalidad, la mitigación de daños constituye un principio del derecho reconocido prácticamente en todo el mundo, que tiene su justificación no solo desde el punto de vista jurídico sino lógico, económico, de la justicia y la equidad.

En el presente artículo se estudió la mitigación de daños desde la óptica contractual y de dicho análisis se pueden extraer las siguientes reglas, a saber: 1) el acreedor afectado debe actuar de forma razonable para evitar o reducir la pérdida tanto como sea posible; 2) el demandante podrá añadir a la indemnización de perjuicios todos aquellos gastos incurridos y que resultaron necesarios para mitigar las pérdidas; 3) el demandante no puede recuperar los daños que razonablemente pudo haber evitado; 4) en el evento en que el acreedor omita las medidas que resulten razonables, la indemnización quedará sujeta a reducción; 5) cuando el acreedor afectado logra mitigar la pérdida, el deudor solo será responsable por los daños reducidos, aún si en el caso concreto el acreedor no hubiere tenido la obligación de mitigar; 6) el acreedor afectado no tendrá que mitigar sus propios daños en aquellas situaciones en las que su situación financiera haga imposible la mitigación o cuando esta resulte muy complicada, riesgosa o impráctica.

## BIBLIOGRAFÍA. Libros

- BEALE H., ed., *Chitty on Contracts* (30th ed., Sweet & Maxwell, London, 2008).
- BURROWS, ANDREW, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd ed., OUP, Oxford, 2004).
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (Civitas, Madrid, 1973).
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II (5ª ed. Civitas, Madrid, 1996).
- DOMAT, JEAN, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (Rollin et fils, Paris, 1745).
- FARNSWORTH, E. ALLAN, *Contracts* (3rd ed., Aspen Publisher, New York, 2004).
- FRAGA, JORDANO, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento* (Civitas, Madrid, 1993).
- FRIED, CHARLES, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (HUP, Cambridge Mass, 1981).
- GAILLARD, EMMANUEL, *Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer, The Hague, 1999).
- KRAMER, ADAM, *The Law of Contract Damages* (Hart Publishing, Oxford, 2014).
- LAWSON, F.H., *Remedies of English Law* (2d ed., Lexis Pub., New York, 1980).
- LE TOURNEAU, PHILIPPE & CADIET, LÖIC, *La Responsabilité Civile* (Dalloz, Paris, 1988).
- LÓPEZ SANTAMARÍA, JORGE, *Los contratos (parte general)* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986).
- McKENDRICK, EWAN, *Contract Law* (8th ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010).
- MARKESINIS, BASIL S. et al., *The German Law of Contract* (2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006).
- McCORMICK, CHARLES TILFORD, *A Handbook on the Law of Damages* (West Publishing Co., St. Paul Minn, 1935).
- McGREGOR, HARVEY, *McGregor on Damages* (17th ed. Sweet & Maxwell, London, 2003).

- NICHOLAS, BARRY, *French Law of Contract* (2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1992).
- OGUS, ANTHONY, *The Law of Damages* (Butterworths, London, 1973).
- PEEL, EDWIN, *Treitel on the Law of Contract* (12th ed., Sweet & Maxwell, London, 2007).
- PIZARRO WILSON, CARLOS Y VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010).
- POTHIER, M., *Treatise on the Law of Obligations*, 1, 2, III (Evans trans., 3d. ed. 1853).
- REIFEGERSTE, STÉPHAN, *Pour une obligation de minimizer le dommage* (PUAM, Aix-en-Provence, 2002).
- ROWAN, SOLÈNE, *Remedies for Breach of Contract 153* (1st ed., Oxford University Press, Oxford, 2012).
- SUESCÚN MELO, JORGE, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, I (2a. ed., Legis-Uniandes, Bogotá, 2003).
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *De la responsabilidad civil*, II (Temis, Bogotá, 2007).
- TOULLIER, CHARLES BONAVENTURE MARIE, *Le Droit Civil Français* (Hachette Livre – Bnf, Paris, 1833).
- TREITEL, GUNTER HEINZ, *The Law of Contract* (11th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003).
- VAN OMMESLAGHE, JEAN PIERRE, *Droit des Obligations*, I (Bruylant, Paris, 2010).
- VAN DEN BERG, ALBERT JAN, ed., *ICC Final Award in case N.º 5418 of 1987, Yearbook Commercial Arbitration* (Kluwer Law and Taxation Publishers, Massachusetts, 1988).
- VÉLEZ OCHOA, RICARDO, *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro en materia de seguros* (Grupo Editorial Ibáñez Ltda., Bogotá, 2013).
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Dykisnson, Madrid, 2001).
- ZELLER, BRUNO, *Damages Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Oceana Publications, New York, 2005).

## **BIBLIOGRAFÍA. Revistas**

- BRIDGE, MICHAEL, *Mitigation of Damages in Contract and the Meaning of Avoidable Loss* 105, *LQR* (1989).
- BURROWS, ANDREW, *Contract Tort and Restitution – A satisfactory Division or Not?* 99, *Law Quarterly Review* (1983).
- CHARLIER, R. E., *Les Effets de la Hausse des Prix dans la Responsabilité Civile et Administrative*, *JCP* (1947).
- COASE, RONALD, *The Problem of Social Cost*, III, *The Journal of Law & Economics* 1 (1960).
- DERAINS, YVES, *L' Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale*, *RDAI*, 4 (1987).
- HARRIS, D., *Incentives to Perform or Break Contracts*, 45, 2, 29, *CLP* (1992).
- LE PAUTREMAT, SOLÈNE, *Mitigation of Damage: A French Perspective*, *International and Comparative Law Quarterly*, 55, Issue 1 (January 2006).
- McKENDRICK, EWAN, *Promises to Perform –How Valuable?* 5, *JCL*, 6 (1992).
- MICHAUD, ANNE, *Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract*, 15 *Revue Générale de Droit* (1984).
- MUSTILL, MICHAEL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*, *Arb. Int 'l* (1988).
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO, *Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos*, 15, *Revista de Derecho Privado* (2008).
- SCHMITTHOFF, CLIVE M., *The Duty to Mitigate*, *J. Bus. L.*, 361 (1961).
- THIEFFRY, JEAN, *Arbitration and the New Rules Applicable to International Sales Contracts under the United Nations Convention*, *Arbitration International*, 4, 1 (1988).
- TUNC, ANDRÉ, *Les Récents Développements des Droits Anglais et Américain sur la Relation de Causalité Entre la Faute et le Dommage dont on Doit Réparation*, 5 *Revue Internationale de Droit Comparé* (1953).

WILKINSON, VANESSA L. D., *The New Lex Mercatoria Reality or Academic Fantasy?* *Journal of International Arbitration*, 12, 2 (1995).

## **BIBLIOGRAFÍA. Contribución en obras colectivas**

- ATIYAH, PATRICK, *The Liberal Theory of Contract in Essays on Contract* (5th ed., Clarendon Press: Oxford, 1995).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN. *Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor en Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho* (MAXIMILIANO ARAMBURO, coord., Universidad Bolivariana-IARCE-Universidad Javeriana, Diké, Medellín, 2011).
- GONZÁLEZ BRICEÑO, ÁLVARO ANDRÉS, *El daño o perjuicio*, en *Derecho de las Obligaciones*, T II, V. I (MARCELA CASTRO, coord., Universidad de Los Andes, Bogotá, 2010).
- HONORÉ, A. M., *Causation and Remoteness of Damage*, in *XI International Encyclopedia of Comparative Law* (ANDRÉ TUNC, ed., Mohr Siebeck, Heidelberg, 1983).
- KOMAROV, ALEXANDER, *Mitigation of Damages in Evaluation of Damages in International Arbitration* (YVES DERAIS & RICHARD KREINDLER, eds., International Chamber of Commerce, Paris, 2006).
- O'BRIEN JAMES AND GRAY, ROBERT P., *Lost Profits Calculations: Methods and Procedures in The Comprehensive Guide to Lost Profits Damages* (NANCY J. FANNON, ed., Business Valuation Resources, Portland, Oregon, 2011).
- SOLARTE, ARTURO, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo en Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI* (E. QUICENO, ed., Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 2009).

## **BIBLIOGRAFÍA. Casos**

- Arbitral Award March 1999, ICC Case N.º 9594, International Chamber of Commerce ("ICC") Case N.º 9594, International Case Law, UNIDROIT (<http://www.unilex.info>) ("Unilex").
- Arbitral Award December 2000 (Barranquilla, Colombia). ICC Case N.º 10346, Unilex.
- Arbitral Award December 2007 (Paris), ICC Case N.º 8817, Unilex.
- Arbitral Award 2 June 2009, International Court of Arbitration and Industry of the Russian Federation, Case N.º 148, Unilex.
- Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Interim Award 17 July 1992 and final Award 13 July 1993, *Yearbook Commercial Arbitration*, van den Berg (ed.), Vol. XXII, 1997.
- Banco de Portugal v Waterlow & Sons Ltd. [1932] AC 452 (HL).
- Bradburn v Great Western Rly (1874) LR 10 Ex 1.
- British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. Ltd. v Underground Electric Rlys Co Ltd. (No2) [1912] AC 673 (HL).
- Britvic Soft Drinks Ltd. v Messer UK Ltd. [2002] 1 Lloyd's Rep 20 (QB).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 22 de abril de 1998, Geofundaciones S.A. contra Consorcio Constructores Asociados de Colombia S.A. (Conascol S.A.) - Impregilo S.P.A. Sucursal Colombia.
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, Concesionaria Vial de Los Andes S. A. (Coviandes S. A.) contra Instituto Nacional de Vías (Invías).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 2 de agosto de 2002, Diego Fernando Londoño Reyes. c. Comisión Nacional de Televisión (CNTV).
- Cass Crim (3 July 1969) JCP 1970 II 16447, noted by R. Savatier.
- Cass 2ème civ (19 June 2003) No 931 FS-PRBI, Dibaoui c/Flamand, Bull Civ II No 203, D 2003 Jur 2396
- Cass 2ème civ (19 June 2003) No 930 FS-PRBI, Xhauffaire c/Decrept), D 2003 Jur 2396.

- CME Czech Republic BV v Czech Republic, Final Award and Separate Opinion, Ad hoc- UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 62 (2003).
- Compañía Financiera Soleada SA v Har Moor Tanker Corp. Inc. [1981] 1 WLR 274 (CA).
- Court of Appeal of Montpellier (9 Dec 1965) D 1967, 477, noted by Azard.
- Court of Appeal of Versailles (26 Nov 1986) Gaz Pal 1987, 2, somm 402.
- Court of Appeal of Paris (22 June 2001) D 2002, 843, noted by Coulon.
- Court of Appeal of Bourges 29 Mar 2000 1ère Ch.
- Dean v Allin & Watts [2000] Lloyd's Rep 469 (Ch).
- Duke Energy International Peru Investment N.º 1, Ltd. v Peru, ICSID Case N.º ARB/03/28, Partial Award, IIC 334 (2008).
- Elliot Steam Tug Co v Shipping Controller [1922] 1 KB 127 (CA).
- F.H. Lawson, Golden Strait Corp v Nippon Yusen Kubishika Kaisha [2007] 2 AC 353 (HL).
- ICC Award Case No. 5514 (1990), French company v. Government committed to the provision of financing, 119 Clunet 1022 (1992) 1024.
- Jewelowski v Propp [1944] KB 510.
- Lesters Leather and Skin Co. Ltd. v Home and Overseas Brokers Ltd. (1948) 64 TLR (CA).
- Middle East Cement Shipping and Handling Co. v. Republic of Egypt. Award of 12 April 2002 in ICSID case N.º ARB/99/6.
- Payzu Ltda. v Saunders [1919] 2 KB 581 (CA).
- Second Partial Award April 1998, ICC Case N.º 7110, Unilex.
- Sotiros Shipping Inc. v Sameiet Soholt [1983] 1 Lloyd's Rep 605 (CA).
- UBC Chartering Ltd. v Liepaya Shipping Co. Ltd. [1999] 1 Lloyd's Rep 649 (Rix J).
- UN Compensation Commission, Governing Council, Eight Session, Geneva, December 1992, (S/AC26/1992/15, 4 January 1993).
- Watkins-Johnson v. Iran (N.º 370 (429-370-1) 28 July 1989), Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XV, 1990.
- Wilding v British Telecommunications plc [2002] IRLR 524 (CA).
- Yamashita Shinnihon Steamship Co. v Elios SpA [1976] 2 Lloyd's Rep. 487 (CA).
- Zodiac Maritime Agencies Ltd. v Fortescue Metals Group Ltd. [2011] 2 Lloyd's Rep. 360 (Steel J).

## **BIBLIOGRAFÍA. Jurisprudencia colombiana**

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 22 de febrero de 1945.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 31 de octubre de 1950.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de junio de 1996. Expediente 4424.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001. Expediente N.º 6146.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Expediente 11001-3103-008-1989-00042-01.

## **BIBLIOGRAFÍA.Otros**

- Ashley Brandt, What Is My Duty To "Mitigate" My Damages? R.R. Donnelley & Sons v. Vanguard Transportation Systems, Part 1 (August 19, 2009); disponible en: <http://www.illinoisconstructionlawblog.com/2009/08/Articles/what-is-my-duty-to-mitigate-my-damages-rr-donnelley-sons-v-vanguard-transportation-systems-part-1/>.
- Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code) (F.R.G.), translated in The German Civil Code (Simon L. Goren trans., rev. ed. 1994).

Code des Obligations (Switz.), translated in Swiss-American Chamber of Commerce, Swiss Contract Law (2d. ed. 1984).

Restatement (Second) of Contracts (1981).

S. ReifegSale of Goods Act 1979.

Artículo 1227 (2) del Código Civil Italiano (1942) (Italia)

## Notas

\* Artículo de investigación y reflexión.

1 ARTURO SOLARTE, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo* en Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI 133 (EDUARDO QUICENO, ed., Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 2009).

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.

3 ASHLEY BRANDT cita a RICHARD POSNER en: *What Is My Duty To "Mitigate" My Damages?* R. R. Donnelley & Sons v. Vanguard Transportation Systems, Part I. Disponible en: <http://www.illinoisconstructionlawblog.com/2009/08/Articles/wh-at-is-my-duty-to-mitigate-my-damages-rr-donnelley-sons-v-vanguard-transportation-systems-part-1/>

4 Mitigar “[...] es sinónimo de atenuar y no de remediar una cosa u objeto en su totalidad”. Laudo Arbitral del 29 de julio de 2004, Cámara de Comercio de Bogotá, Concesionaria Vial de Los Andes S. A. (Coviandes S. A). contra Instituto Nacional de Vías (Invías).

5 JEAN PIERRE VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations*, I., 26 (Bruylant, Paris, 2010).

6 JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, I, 206-207 (2a. ed., Legis-Uniandes, Bogotá, 2003).

7 CHARLES T. McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* 127 (1935).

8 HARVEY MCGREGOR, *McGregor on Damages* 217 (17th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003).

9 ANNE MICHAUD, *Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract*, 15 *Revue Générale de Droit* 297-298, 304 (1984).

10 FREDERICK HENRY LAWSON, *Remedies of English Law* 67 (2d ed. Lexis Nexis Pub., New York, 1980).

11 CLIVE M. SCHMITTHOFF, *The Duty to Mitigate*, 1961 *J. Bus. L.* 361, 363.

12 A.M. HONORÉ, *Causation and Remoteness of Damage*, in *XI International Encyclopedia of Comparative Law* 101-103 (André Tunc ed., 1983).

13 ADAM KRAMER, *The Law of Contract Damages* 347 (2014).

14 CHARLES T. McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* 128 (1935). Véase también: *Restatement (Second) of Contracts* §350 (1981).

15 ALEXANDER KOMAROV, *Mitigation of Damages in Evaluation of Damages in International Arbitration* 49 (YVES DERAÏNS & RICHARD KREINDLER, eds., International Chamber of Commerce, Paris, 2006).

16 Para una mayor explicación de la mitigación de daños en la Convención de Viena, véase: BRUNO ZELLER, *Damages Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 110-116 (Oceana Publications, New York, 2005). Respecto de los desarrollos del deber de mitigar en contratos internacionales, en general, véase: MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos*, 15 *Revista de Derecho Privado*, 109-142 (2008).

- 17 El principio de mitigación de daños en materia contractual también se encuentra, entre otros, en el artículo 13 de la Convención Internacional para Leasing Financiero de Unidroit y en el artículo 9:504 de los Principios Europeos de Derecho de Contratos.
- 18 EMMANUEL GAILLARD, *Goldman on International Commercial Arbitration* 817 (Kluwer, The Hague, 1999).
- 19 Véase por ejemplo: Arbitral Award December 2000 (Barranquilla, Colombia), International Chamber of Commerce (“ICC”) Case N.º 10346, International Case Law, Unidroit (<http://www.unilex.info>) (“Unilex”); Arbitral Award March 1999, ICC Case N.º 9594, Unilex; Second Partial Award April 1998, ICC Case N.º 7110, Unilex; Arbitral Award December 2007 (Paris), ICC Case N.º 8817, Unilex; Arbitral Award 2 June 2009, International Court of Arbitration and Industry of the Russian Federation, Case N.º 148, Unilex.
- 20 Tal es el caso de un arbitraje Ciadi que pese a reconocer que la obligación de mitigar los daños no estaba expresamente mencionada en el BIT, decidió, sin embargo, que dicho deber debía ser considerado como parte de los principios generales del derecho, lo que, a su turno, hacía parte de las reglas del derecho internacional aplicables a la disputa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Convención de Washington. *Middle East Cement Shipping and Handling Co v. Republic of Egypt*. Award of 12 April 2002 in ICSID case N.º ARB/99/6. Véase también: *CME Czech Republic BV v Czech Republic*, Final Award and Separate Opinion, Ad hoc- UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 62 (2003), para 303; *Duke Energy International Peru Investment N.º 1, Ltd. v Peru*, ICSID Case N.º ARB/03/28, Partial Award, IIC 334 (2008), paras 174-182.
- 21 Award in case *Watkins-Johnson v Iran* (N.º 370 (429-370-1) 28 July 1989), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XV, 1990, p. 224. Las Naciones Unidas incluyeron en sus guías para la determinación de perjuicios ocasionados por la invasión de Irak a Kuwait, que el monto de la indemnización debía ser reducido siempre que las pérdidas hubieren podido ser evitadas. UN Compensation Commission, Governing Council, Eight Session, Geneva, 14-18 December 1992, (S/AC26/1992/15, 4 January 1993).
- 22 JEAN THIEFFRY, *Arbitration and the New Rules Applicable to International Sales Contracts under the United Nations Convention, Arbitration International*, 4, 1, 56 (1988).
- 23 El principio de mitigar los daños “constituye la lex mercatoria en la actualidad” y es un principio tan reconocido que según algunos autores ya resulta “como obvio”. MICHAEL MUSTILL, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, *Arb. Int’l* (1988) at 100-113.
- 24 Véase por ejemplo: ALEXANDER KOMAROV, *Mitigation of Damages in Evaluation of Damages in International Arbitration* 41 (YVES DERAIS & RICHARD KREINDLER, eds., International Chamber of Commerce, Paris, 2006); VANESSA L.D. WILKINSON, *The New Lex Mercatoria Reality or Academic Fantasy? Journal of International Arbitration*, 12, 2, 110 (1995); YVES DERAIS, *L’Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale*, *RDAI*, 4, 375 (1987).
- 25 Artículo 1227 (2) del Código Civil Italiano.
- 26 §254 Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code) (F.R.G.), translated in *The German Civil Code* (SIMON L. GOREN trans., rev. ed. 1994).
- 27 BASIL S MARKESINIS, et al., *The German Law of Contract* 475 (2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006).
- 28 Code des Obligations art. 44 (Switz.), translated in *Swiss-American Chamber of Commerce, Swiss Contract Law* (2d ed. Wolters Kluwer, Netherlands, 1984).
- 29 LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, 689 (5ª ed. Civitas, Madrid, 1996). Véase también: LUIS DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, 296 (Civitas, Madrid, 1973).
- 30 ANNE MICHAUD, *Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract*, 15 *Revue Générale de Droit* 293, 311 (1984).
- 31 R. E. CHARLIER, *Les Effets de la Hausse des Prix dans la Responsabilité Civile et Administrative*, *JCP* [1947] I [650].
- 32 JEAN DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (Rollin et fils, Paris, 1745) vol 1, [162].
- 33 ROBERT JOSEPH POTHIER, *A Treatise on the Law of Obligations* pt. 1, ch. 2, art. III, 167 (Evans trans., 3d. ed. 1853).

- 34 CHARLES BONAVENTURE MARIE TOULLIER, *Le Droit Civil Français* 425-26 (Hachette Livre – Bnf, Paris, 1833).
- 35 ANNE MICHAUD, *Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract*, 15 *Revue Générale de Droit* 293, 338 (1984).
- 36 ANDRÉ TUNC, *Les Récents Développements des Droits Anglais et Américain sur la Relation de Causalité Entre la Faute et le Dommage dont on Doit Réparation*, 5 *Revue Internationale de Droit Comparé* 5, 29-30 (1953).
- 37 BARRY NICHOLAS, *French Law of Contract* 231-2 (2nd ed., Clarendon Press: Oxford, 1992).
- 38 Montpellier 9 Dec 1965, D 1967.477 note P. Azard.
- 39 Crim 3 Jul 1969, JCP 1970. II. 16447 note R. Savatier.
- 40 Versailles 26 Nov 1986, Gaz Pal 1987. II. 402.
- 41 Paris 22 Jun 2001, D 2002. 843 note P-J Coulon.
- 42 Bourges 29 Mar 2000.
- 43 Civ (2) 19 Jun 2003 (Dibaoui c/Flamand), D 2003. 2396.
- 44 Amiens 4 Nov 1999.
- 45 Civ (2) 19 Jun 2003 (Xhaufflaire c/Decrept), D 2003.2396.
- 46 Hay autores que señalan, sin embargo, que sería una restricción que aplica únicamente en responsabilidad extracontractual y no en materia contractual. Véase: SOLÈNE LE PAUTREMAT, *Mitigation of Damage: A French Perspective, International and Comparative Law Quarterly*, 55, Issue 1 205-218 (January 2006).
- 47 ÁLVARO ANDRÉS GONZÁLEZ BRICEÑO, *El daño o perjuicio*, en *Derecho de las Obligaciones*, T II, V. I, 146 (MARCELA CASTRO, coord., Universidad de Los Andes, Bogotá, 2010).
- 48 Al respecto, véase: RICARDO VÉLEZ OCHOA, *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro en materia de seguros* (Grupo Editorial Ibáñez Ltda., Bogotá, 2013).
- 49 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 22 de febrero de 1945; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 31 de octubre de 1950.
- 50 JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, II, 320 (Temis, Bogotá, 2007).
- 51 En contratación estatal también se ha reconocido el deber de mitigar los daños. En este sentido se ha dicho lo siguiente: “En esto consiste la confianza legítima en la administración, por ello el Tribunal considera que la CNTV, conocedora del daño que por diferentes circunstancias afectaba a Diego Fernando Londoño, estaba obligada a mitigarlo en los términos de la ley y sus competencias; por no haberlo hecho, debe responder”. Laudo Arbitral del 2 de agosto de 2002, Cámara de Comercio de Bogotá, Diego Fernando Londoño Reyes. contra Comisión Nacional de Televisión (CNTV).
- 52 ÁLVARO ANDRÉS GONZÁLEZ BRICEÑO, *El daño o perjuicio*, en *Derecho de las Obligaciones*, T II, V. I, 147 (MARCELA CASTRO, coord. Universidad de Los Andes, Bogotá, 2010). Respecto de la buena fe, véase, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001. Expediente 6146.
- 53 STÉPHAN REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimizer le dommage* (PUAM, Aix-en-Provence, 2002); JEAN PIERRE VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations*, I, 26 (Bruylant, Paris, 2010).
- 54 MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* 499 (Dykinson, Madrid, 2001).
- 55 PHILIPPE LE TOURNEAU, *Loic Cadet. La Responsabilité Civile*. N° 1718. (Daloz, Paris, 1988).
- 56 JORGE LÓPEZ SANTAMARÍA, *Los contratos (parte general)*, 291 (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986).

- 57 JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento* 244 (Civitas, Madrid, 1993).
- 58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.
- 59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.
- 60 No sobra precisar que en la cita transcrita se hace referencia indistintamente al deber de “aminorar tanto como le sea posible sus propios daños” así como “impedir su propagación, extensión o permanencia”, expresiones que a juicio del autor tienen el mismo sentido y alcance. Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, Cámara de Comercio de Bogotá, Concesionaria Vial de Los Andes S. A. (Coviandes S. A.) contra Instituto Nacional de Vías (Invías).
- 61 *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. Ltd. v Underground Electric Rlys Co. Ltd.* (No2) [1912] AC 673 (HL).
- 62 BASIL S. MARKESINIS et al., *The German Law of Contract* 475 (second ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006).
- 63 El deber de mitigar el daño solo aplica después de que el deudor haya incumplido una obligación contractual. Véase: *UBC Chartering Ltd. v Liepaya Shipping Co. Ltd.* [1999] 1 Lloyd’s Rep 649 (Rix J) at 671-72.
- 64 EDWIN PEEL, *Treitel on the Law of Contract* (12<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2007) [20-098].
- 65 *Wilding v British Telecommunications plc* [2002] IRLR 524 (CA) at para 55.
- 66 HUGH BEALE (ed.), *Chitty on Contracts* (30th ed., Sweet & Maxwell, London, 2008) [20-098]. Respecto del momento en que el acreedor afectado debe suscribir un contrato sustituto con un tercero, en el Reino Unido y en los Estados Unidos se resuelve este interrogante de dos formas distintas. En Inglaterra, siguiendo el criterio del principio de mitigación de daños, el deber de suscribir el contrato con un tercero surge normalmente cuando el demandante ha tenido conocimiento del incumplimiento. GUENTER HEINZ TREITEL, *The Law of Contract* 978 (11th ed., Thomson/Sweet & Maxwell, 2003). En Estados Unidos, de acuerdo con el Uniform Commercial Code (UCC) y la jurisprudencia, se espera que el acreedor afectado actúe prontamente cuando sepa que la otra parte no va a cumplir. FARNSWORTH, E. ALLAN, *Contracts* 810 (3rd ed., Aspen Publisher, New York, 2004).
- 67 Sale of Goods Act 1979, s 50(3), 51(3).
- 68 *Sotiros Shipping Inc v Sameiet Sobolt* [1983] 1 Lloyd’s Rep 605 (CA).
- 69 Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Interim Award 17 July 1992 and final Award 13 July 1993, *Yearbook Commercial Arbitration*, van den Berg (ed.), Vol. XXII, 1997, pp. 197-210.
- 70 *Payzu Ltd. v Saunders* [1919] 2 KB 581 (CA).
- 71 *Britvic Soft Drinks Ltd. v Messer UK Ltd.* [2002] 1 Lloyd’s Rep 20 (QB).
- 72 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.
- 73 *Lesters Leather and Skin Co. Ltd. v Home and Overseas Brokers Ltd.* (1948) 64 TLR (CA).
- 74 JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, I, 210 (2a. ed., Legis-Uniandes, Bogotá, 2003).
- 75 *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. Ltd. v Underground Electric Rlys Co. Ltd.* (No 2) [1912] AC 673 (HL) 689.
- 76 ICC Award N.º 5514, Clunet 1992, 1022, 1024.
- 77 *Banco de Portugal v Waterlow & Sons Ltd.* [1932] AC 452 (HL) Lord MacMillan at 506.
- 78 *Wilding v British Telecommunications plc* [2002] IRLR 524 (CA) at para 55.

- 79 *Banco de Portugal v Waterlow & Sons Ltd.* [1932] AC 452 (HL) Lord Macmillan at 506.
- 80 Restatement (Second) of Contracts §350 (1) (1981).
- 81 *Jewelowski v Propp* [1944] KB 510.
- 82 En una disputa entre un exportador de vinos Húngaro y un distribuidor inglés, el tribunal arbitral decidió que las perspectivas de aumentar la venta de vinos genéricos en el Reino Unido era tan inciertas y que la inversión de capital era tan alta para su lanzamiento, que el acreedor tenía plena justificación para rehusarse a tomar el riesgo de perder su capital al intentar mitigar los daños propios. ICC Final Award in case N.º 5418 of 1987, *Yearbook Commercial Arbitration*, ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed.), XIII, 91-103 (1988).
- 83 *Dean v Allin & Watts* [2000] Lloyd's Rep 469 (Ch).
- 84 *Yamashita Shinnihon Steamship Co v Elios SpA* [1976] 2 Lloyd's Rep 487 (CA).
- 85 *Elliot Steam Tug Co v Shipping Controller* [1922] 1 KB 127 (CA).
- 86 JAMES O'BRIEN & ROBERT P. GRAY, *Lost Profits Calculations: Methods and Procedures* in *The Comprehensive Guide to Lost Profits Damages* 371 (NANCY J. FANNON, ed., A Business Valuation Resources, Portland, Oregon, 2011).
- 87 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.
- 88 *Compañía Financiera Soleada S. A. v Har Moor Tanker Corp. Inc.* [1981] 1 WLR 274 (CA). En este caso se adquirió un crédito a una tasa de interés muy alta con el propósito de liberar una embarcación que se encontraba retenida en contra de lo dispuesto en el contrato. La corte decidió que los altos intereses que se habían ocasionado no eran razonables y, por tanto, no debían ser indemnizados.
- 89 *Banco de Portugal v Waterlow & Sons Ltd.* [1932] AC 452 (HL).
- 90 MICHAEL GREENHALGH BRIDGE, *Mitigation of Damages in Contract and the Meaning of Avoidable Loss* 105, 398, 409 *Law Quarterly Review*, (1989).
- 91 ANDREW BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract* 122 (3rd ed., OUP, Oxford, 2004).
- 92 ANDREW BURROWS, *Contract Tort and Restitution: A satisfactory Division or Not?* 99, 217, 266, *Law Quarterly Review* (1983).
- 93 EWAN MCKENDRICK, *Contract Law* 336 (8th ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010).
- 94 RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, III, *The Journal of Law & Economics* 1 (1960).
- 95 CHARLES TILFORD McCORMICK, *A Handbook on the Law of Damages* (West Publishing Co., St. Paul Minn, 1935).
- 96 ANTHONY I. OGUS, *The Law of Damages* 85 (Butterworths, London, 1973).
- 97 *Golden Strait Corp. v Nippon Yusen Kubishika Kaisha* [2007] 2 AC 353 (HL) at para 10; *Zodiac Maritime Agencies Ltd. v Fortescue Metals Group Ltd.* [2011] 2 Lloyd's Rep 360 (Steel J) at para 65.
- 98 CHARLES FRIED, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* 131 (HUP, Cambridge Mass, 1981).
- 99 *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. Ltd. v Underground Electric Rlys Co. Ltd.* (No2) [1912] AC 673 (HL).
- 100 *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. Ltd. v Underground Electric Rlys Co Ltd.* (No2) [1912] AC 673 (HL).
- 101 *Bradburn v Great Western Rly* (1874) LR 10 Ex 1.
- 102 SOLÈNE ROWAN, *Remedies for Breach of Contract*, 146 (1st ed., Oxford University Press, Oxford, 2012).
- 103 CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO, *Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor en Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho* 114-115 (MAXIMILIANO ARAMBURO, coord., Universidad Pontificia Bolivariana-IARCE-Pontificia Universidad Javeriana, Dike, Medellín, 2011).

- 104 Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, Cámara de Comercio de Bogotá, Concesionaria Vial de Los Andes S.A. (Coviandes S. A.) contra Instituto Nacional de Vías (Invías); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.
- 105 JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, I, 210 (2a. ed., Legis-Uniandes, Bogotá, 2003).
- 106 CARLOS PIZARRO WILSON & ÁLVARO VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, 278 (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010).
- 107 CARLOS PIZARRO WILSON & ÁLVARO VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, 278 (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010).
- 108 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de junio de 1996, Expediente 4424.
- 109 Laudo Arbitral del 22 de abril de 1998, Cámara de Comercio de Bogotá, Geofundaciones S. A. contra Consorcio Constructores Asociados de Colombia S. A. (Conascol S. A.) - Impregilo S. P. A. Sucursal Colombia; Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, Cámara de Comercio de Bogotá, Concesionaria Vial de Los Andes S. A. (Coviandes S. A.) contra Instituto Nacional de Vías (Invías).
- 110 D. HARRIS, *Incentives to Perform or Break Contracts* 45, 2, 29, 33-4, *Current Legal Problems* (1992).
- 111 PATRICK ATIYAH, *The Liberal Theory of Contract in Essays on Contract* 121, 125 (5th ed., Clarendon Press, Oxford, 1995).
- 112 EWAN MCKENDRICK, *Promises to Perform –How Valuable?* 5 *JCL* 6, 8-9 (1992).
- 113 D. HARRIS, *Incentives to Perform or Break Contracts* 45, 2, *CLP* 29, 44 (1992).
- 114 HUGH BEALE, ed., *Chitty on Contracts* (30th ed., Sweet & Maxwell, London, 2008) [26-102] - [26-103].
- 115 ANDREW BURROWS, *Contract Tort and Restitution – A satisfactory Division or Not?* 99, *LQR* 217, 266 (1983).
- 116 SOLÈNE ROWAN, *Remedies for Breach of Contract* 153 (1st ed., Oxford University Press, Oxford, 2012).
- 117 SOLÈNE ROWAN, *Remedies for Breach of Contract* 153 (1st ed., Oxford University Press, Oxford, 2012).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

*Para citar este artículo/To cite this article:* Suescún de Roa, Felipe, *Mitigación de daños en materia contractual*, 136 *Vniversitas*, 1-23 (2018). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.mdmc>