

¿POR QUÉ COLOMBIA DEBE RECONOCER EL DEBER DE **MITIGAR EL DAÑO EN SU ORDENAMIENTO INTERNO?**



Luisa Alejandra Echeverry Rodriguez¹

¹ Estudiante noveno semestre de Derecho en Universidad de la Sabana, Chía, Cundinamarca, Colombia. Este ensayo es escrito en el semillero de obligaciones de la facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de la Sabana el 8 de Marzo de 2020.

Cómo citar este ensayo: Echeverry L. A. (2020) ¿Por qué Colombia debe reconocer el deber de mitigar el daño en su ordenamiento interno? (presentado para publicación) Semillero de Obligaciones, Facultad de Derecho y Ciencias políticas, Universidad de la Sabana.

RESUMEN

Artículo jurídico que tiene como objetivo principal demostrar por qué Colombia debe reconocer en su ordenamiento interno el deber de mitigar el daño, en el cual la parte afectada por el incumplimiento en una relación obligacional debe, dentro de la razonabilidad, generar actos para evitar que sus perjuicios se aumenten. Junto al método evaluativo se estudia la naturaleza jurídica de este deber y se concluye que es una carga emanada del principio de buena fe y deber de lealtad contractual pues el acreedor no incurre en responsabilidad por no adoptar las medidas razonables para mitigar el daño, sino que simplemente se verá imposibilitado para resarcir los perjuicios derivados de su inactividad. Posteriormente se estudia su aplicación por analogía de las normas comerciales, su enunciación en estipulaciones de derecho privado internacional adoptadas por Colombia, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia y su claro beneficio tanto al afectado de un incumplimiento contractual como al incumplido. Por último, se concluye que el deber de mitigar el daño debe ser aplicado como carga cuando exista la posibilidad razonable de disminuir la afectación derivada de un incumplimiento obligacional.

Palabras clave: Deber, mitigar, daño, carga, buena fe, lealtad.

INTRODUCCIÓN

Es conocido en el derecho que cuando una parte de la relación obligacional incumple y produce perjuicios, debe pagarle a la parte vulnerada los daños causados. Pero, qué pasa cuando la parte vulnerada pudo realizar actos idóneos para no incrementar los perjuicios ya producidos y no lo hizo. Como cuando un vendedor se obligó a entregar bienes perecibles en un determinado lugar al que el comprador no llegó, incumpliendo su obligación de pago, y el vendedor dejó perecer los bienes en lugar de venderlos a otro que, si bien le hubiera pagado menos que el inicial, el inicial solo tendría que pagar por la obligación incumplida y la diferencia entre el precio que se debió pagar y el que se pagó por otro comprador. De este supuesto se plantea la pregunta ¿debió el vendedor evitar que su perjuicio se aumentara?

Este artículo tiene como objetivo general responder esta pregunta en sentido afirmativo teniendo como fundamento los principios generales de derecho, analogía de las normas comerciales, justicia conmutativa y

beneficios a las partes. Teniendo en cuenta lo anterior, Colombia debe reconocer la carga del deber de mitigar el daño en su ordenamiento interno porque es una carga que emana del principio de buena fe, es ya consagrada en estipulaciones de derecho internacional privado y laudos arbitrales en Colombia y puede ayudar evitar la insolvencia del deudor por no tener la capacidad de pagar un gran perjuicio no evitado.

CONCEPTO:

El deber de mitigar el daño incorpora la obligación en cabeza de la víctima del incumplimiento o que sufre sus consecuencias, de adoptar las medidas necesarias y razonables según las circunstancias, tendientes a mitigar la pérdida que resulte de ese incumplimiento.² Según Maximiliano Rodríguez Fernández el análisis del deber de mitigar el daño se deberá dividir en tres reglas fundamentales, las cuales se derivan del deber mismo:

El demandante deberá adoptar todas las medidas razonables para mitigar la pérdida que él mismo sufre como con-

² Maximiliano Rodríguez Fernández, Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. Revista de derecho privado 15 (2008), 20. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3252260.pdf>

secuencia del incumplimiento del demandado y que no podrá recuperar esa pérdida que pudo haber reducido y no lo hizo: el deber de mitigar el daño compele al demandante (víctima del incumplimiento) no sólo a adelantar las medidas conducentes a mitigar la pérdida, sino también a no exigir la parte que incumplió el resarcimiento de los daños y perjuicios, que él mismo pudo haber evitado.

En aquellos casos en que el demandante adopta las medidas necesarias para mitigar el daño, podrá recuperar el valor o recursos empleados para mitigar esa pérdida y el demandado podrá beneficiarse de esas acciones y será responsable únicamente por la pérdida generada efectivamente.

Para que surja la obligación de mitigar el daño, deberá existir el conocimiento acerca del incumplimiento de las obligaciones por la contraparte, que las medidas disponibles para el obligado a mitigar el daño sean razonables, atendidas las

circunstancias, y que evidentemente no sobrepasen el monto mismo del daño mitigado o que se pretende mitigar y el reconocimiento, en cabeza de la víctima del incumplimiento, de los beneficios a que se ha hecho acreedor como consecuencia del incumplimiento.³

NATURALEZA JURÍDICA:

Para este estudio es preciso entonces, determinar cuál es la naturaleza jurídica del deber de mitigar el daño. En el Common Law se parte de que quien tiene interés por mitigar la pérdida es el acreedor, pero ¿este deber es una obligación? o ¿es una carga? El autor Jorge Luis Barone⁴ se plantea estas interrogantes y llega a la correcta afirmación de que es una carga.

Una obligación es un vínculo jurídico por el cual una o varias personas (parte deudora) están constreñidas a dar, hacer o no hacer algo (prestación) a favor de otra u otras (parte acreedora). Si el deudor no cumple o no se allana a cumplir con la prestación a su cargo, el acreedor puede compe-

³ *ibidem*.

⁴ Jorge Luis Barone González, El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. *Verba Iuris*, 13(39), (2028) 81–106. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1319/1015>

lerlo a ello. Bajo esta perspectiva, la relación obligatoria corresponde a una situación integrada por dos partes, acreedora y deudora, en la que la primera tiene un derecho subjetivo y la segunda la obligación de satisfacerlo.⁵

Sin embargo, la posición acreedora no se agota en la existencia de un derecho subjetivo y las facultades que de éste derivan, sino que también le asigna cargas y deberes. La carga se encamina a satisfacer un interés propio, por lo que su inobservancia no constituye un acto antijurídico y solo supone la imposibilidad de satisfacer dicho interés⁶. Tanto el common law como la doctrina mayoritaria disponen que el deber de mitigar el daño es una carga, pues el acreedor no incurre en responsabilidad por no adoptar las medidas razonables para mitigar el daño, sino que simplemente se verá imposibilitado para recuperar los perjuicios derivados de su inactividad. La inobservancia del deber de mitigar impide recuperar el daño adicional que por tal causa se hubiere producido, sin que para ello el autor refiera la existencia de una acción de disminución de perjuicios en cabeza del deudor. Tanto el Common Law, la doctrina y la jurisprudencia se han

visto en la necesidad de precisar que la mitigación de daños no apareja una acción de reducción de perjuicios en cabeza del deudor.⁷

Por otro lado, se ha afirmado que este deber puede ser considerado como un elemento de la naturaleza de los contratos, lo cual en el sentido formal de elementos de existencia de los contratos, dados en el artículo 1501 del Código Civil Colombiano, no lo es, pero si es válido decir que como es una carga está en todas las relaciones obligacionales en las que haya un afectado.

También es correcto preguntarse si esta carga está presente en obligaciones *intuitu personae*, en la cual la única manera que se pueda cumplir la obligación es que sea cumplida por el deudor. Como cuando se contrata a un cantante para que se presente y cante en un evento, en el cual se realiza el contrato por las calidades especiales del deudor artista, este supuesto, el acreedor sólo cumplirá su carga en la medida de lo razonable, es decir, si en verdad no hay otra manera en la que se eviten perjuicios entonces no incumple la carga.

⁵ Fernando Hinestrosa, Tratado de obligaciones, tomo I. Bogotá: Externado de Colombia. 2002.

⁶ Jorge Luis Barone González, El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. *Verba Iuris*, 13(39), (2028) 81–106. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1319/1015>

⁷ *Ibidem*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el deber de mitigar el daño es una carga de la parte que se vio afectada por el incumplimiento, a adoptar todas las medidas razonables para mitigar la pérdida.

BUENA FÉ:

El cumplimiento de la obligación de mitigar el daño se origina como una derivación del deber de ejecutar los contratos de buena fe, así lo señaló el laudo arbitral de Geofundaciones S. A. vs. Conascol S. A., en el siguiente sentido: “(...) “Es sin duda necesario establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la acusación 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 (...)”⁸.

Así mismo, la buena fe contractual es entendida como un canon de conducta que exige a cada una de las partes que

coopere en la realización del interés de la otra.⁹ La buena fe contractual ha sido reconocida en el ordenamiento colombiano al tenor de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que establecen que los contratos no obligan solamente a lo que expresamente ha sido convenido en ellos, sino también a todo aquello que se desprenda de su naturaleza. Según varios autores, de la buena fe se desprende el deber de mitigar el daño¹⁰. Esta postura sostiene que cuando el acreedor no mitiga el daño pudiendo razonablemente hacerlo, atenta contra los deberes de lealtad y cooperación con la otra parte derivados de la buena fe, pues agrava la posición del deudor en lo que se refiere a la obligación de indemnizar los daños causados con ocasión del incumplimiento.¹¹

Teniendo en claro que la carga del deber de mitigar el daño deriva del principio de buena fe, debe ser acogida verdaderamente por el ordenamiento jurídico colombiano, ya que las conductas de los sujetos obligacionales deben seguir normas y principios de derecho, entonces como deriva de este, debe ser también cumplido en el deber de lealtad contractual.

⁸ JGeofundaciones s.a. vs. consorcio constructores asociados de Colombia. 1998 laudo arbitral sn 46. Camara de comercio.

⁹ Jorge Luis Barone González, El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. Verba Iuris, 13(39), (2028) 81–106. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1319/1015>

¹⁰ Carlos Jaramillo, Los deberes de evitar y mitigar el daño: funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención. Bogotá: Temis y Universidad Javeriana. 2013

¹¹ Jorge Luis Barone González, El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. Verba Iuris, 13(39), (2028) 81–106. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1319/1015>

Por otro lado, el artículo 1074 del Código de Comercio, sobre el contrato de seguros es el único artículo que habla sobre esta carga en la que ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. Pero, el artículo 1 del código de comercio determina que los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ellas serán decididos por analogía de sus normas, en este sentido, como la analogía en derecho comercial es fuente de derecho, el deber de mitigar el daño que es aplicado en contratos de seguro debe ser aplicado en otros en los cuales se pueda evitar la gravedad del perjuicio por el afectado.

En conclusión, la carga deber de mitigar el daño debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico interno colombiano porque emana del principio de buena fe y deber de lealtad contractual y porque puede ser aplicada a los contratos comerciales por analogía de normas comerciales como fuente de derecho comercial.

DERECHO INTERNACIONAL Y LAUDOS:

Entre otros, el artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 adoptada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999 y en vigor desde el 1º de agosto de 2002, enuncia el deber de mitigar el daño como “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”. Adicionalmente, es dada en los Principios Unidroit sobre los Contratos Mercantiles Internacionales en el artículo 7.4.8. y en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos artículo 9:505.

El artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas de los Contratos de la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 estima que si el acreedor adopta las medidas razonables para aminorar las pérdidas derivadas del incumplimiento contractual, tendrá derecho a recuperar los costos en que para tal efecto hubiere incurrido. Por el contrario, si no observa la carga, la indemnización de perjuicios será redu-

cida precisamente en el quantum del perjuicio evitable; esta solución también es aplicable al evento en que el acreedor adopte medidas irrazonables cuyo costo tampoco podrá recuperar¹². Estas normas deben ser adoptadas en relaciones de derecho privado internacional, en las cuales el domicilio de los comerciantes no sea el mismo país. Teniendo en cuenta, si se aplica en relación internacional por qué no puede ser aplicado en el ordenamiento interno si pretende evitar lo mismo, que es el aumento injustificado del perjuicio.

Con respecto a los laudos arbitrales proferidos por la Cámara de Comercio de Bogotá en la que resaltan el deber de mitigar el daño, se encuentra el del 22 de abril de 1998 y 7 de mayo 2001. El primer laudo decidió un trámite convocado por Geofundaciones S. A. contra Consorcio Constructores Asociados de Colombia S. A., con ocasión del incumplimiento de un contrato de pilotaje suscrito en 1996. Para esa época la convocante adelantaba la construcción de un puente sobre el río Magdalena y subcontrató con Geofundaciones la operación de maquinaria para la cimentación de la obra, la cual se desarrollaría en un planchón sobre el río cuyo mantenimiento estaba a cargo del consorcio. En julio de 1996

el planchón se hundió junto con la maquinaria de Geofundaciones, lo que dio origen a una discusión de más de tres meses sobre quién debía rescatar y reparar la maquinaria. En octubre de 1996 el consorcio contrató el rescate de la maquinaria y la puso a disposición de Geofundaciones, que se negó a recibirla por falta de indemnización y, finalmente, demandó al consorcio ante la instancia arbitral prevista en el contrato.

Al estudiar el caso, el tribunal de arbitramento concluyó que el contrato había sido incumplido por el consorcio, al no haber mantenido en buenas condiciones el planchón. Sin embargo, al estimar el lucro cesante se refirió al deber de mitigar los daños y sostuvo que la carga había sido inobservada por Geofundaciones, al permitir que la maquinaria se mantuviera sumergida durante tres meses. Por ello, señaló que sólo procedían los perjuicios por un “período razonable de inmovilización” de cuatro meses (uno de rescate y tres de reparación) y no por los seis pretendidos por la demandante. Dicho de otra manera, el tribunal estimó que, como medida para mitigar el daño, Geofundaciones debió encargarse tan pronto le hubiere sido posible del rescate de la maquinaria, ante la

¹² *Ibidem*.

negativa del consorcio a realizar dicha gestión.¹³

En el otro laudo, se dirimió una demanda instaurada por Concesionaria Vial de los Andes S. A. –Coviandes– contra el Instituto Nacional de Vías –Invías–, derivada del incumplimiento de un contrato suscrito en 1994 para los estudios, construcción y operación de un sector de la carretera Bogotá – Villavicencio. El tribunal de arbitramento sostuvo que Coviandes no observó el deber de mitigar los daños por haber mantenido inutilizada la maquinaria durante el término de las negociaciones, en vez de cancelar las reservas y trasladarlas a otros proyectos.

Más recientemente, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2010, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia se pronunció expresamente sobre el deber de mitigar los daños vinculaba un contrato entre Marítimas Internacionales S. A. y Distribuidora Petrofert Ltda., para el transporte de algo más de mil toneladas de fosfato de dicalcio. El destinatario de la mercancía era la Caja Agraria y el agente aduanero Almagrario S. A. El buque arribó al puerto de Barranquilla en noviembre de 1982 sin poder atracar, pues para

ello requería el pago previo de los fletes por la destinataria. Luego de cinco meses sin descargar la mercancía, Marítimas Internacionales adelantó los trámites pertinentes para rematarla y demandó a Distribuidora Petrofert, a Caja Agraria y Almagrario por los perjuicios derivados de la inmovilización del buque.

El Tribunal Superior de Antioquia condenó a Distribuidora Petrofert al pago de perjuicios por el incumplimiento del contrato de transporte. No obstante, sostuvo que hubo concurrencia de culpas, pues la demandante actuó de manera negligente al dejar transcurrir cinco meses antes de solicitar la autorización de remate, a pesar de que el artículo 1033 del Código de Comercio la facultaba para hacerlo pasados treinta días desde la fecha en que el remitente tenga conocimiento de la retención de la mercancía por el transportador. En consecuencia, sólo se reconoció el lucro cesante correspondiente a los treinta días que la norma en comento ordena esperar, más los cuarenta y dos adicionales que demoró el procedimiento de autorización de remate ante un juez civil del circuito de Barranquilla. En sede de casación la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo del Tribunal Superior, pero corrigió sus fundamentos en el

¹³ *Ibidem*.

sentido de que no se trataba de un caso de concurrencia de culpas, sino de la violación del deber de mitigar los daños por parte la demandante, para lo cual acudió al entendimiento de la figura conforme el artículo 77 de la CISG. Al respecto, concluyó que de acuerdo con el principio de la buena fe quien padece un daño debe “procurar (...) sin colocarse en una situación que implique para sí mismo nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente (...)”.¹⁴

En conclusión, se puede evidenciar que tanto en la Convención de las Naciones Unidas de los Contratos de la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 adoptada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999 y en vigor desde el 1° de agosto de 2002, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá y sentencias de la Corte Suprema de Justicia se reconoce la carga del deber de mitigar el daño.

BENEFICIO AL DEUDOR Y ACREEDOR:

Por último, se debe reconocer la carga de deber de mitigar el daño en el ordena-

miento interno pues si se cumple la carga y el afectado evita que se le aumenten sus perjuicios, el deudor tendrá que pagar menos perjuicios de los que pudo haber debido sin esta carga, por lo que podría evitar que deudores en apuros se declaren insolventes, ayudando a la economía del país. Además puede ayudar al sistema judicial de cobro de perjuicios de manera coactiva, ya que como son menos perjuicios, son más las posibilidades que el deudor tenga con qué pagar el monto de manera voluntaria y no de manera coactiva por la orden de un juez. Por otro lado, también es un beneficio para el afectado, ya que como se dijo anteriormente en una concepción del Common Law, al acreedor le conviene evitar sus propios perjuicios.

CONCLUSIÓN:

Colombia debe reconocer la carga del deber de mitigar el daño en su ordenamiento interno porque es una carga que emana del principio de buena fe y deber de lealtad contractual, se encuentra consagrada en estipulaciones de derecho internacional privado como la Convención de las naciones unidas de los contratos de la compraventa internacional de mercaderías de 1980 adoptada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999 y en vigor desde el 1° de agosto de

¹⁴ *Ibidem*.

2002, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá en Colombia y sentencia de la Corte Suprema de Justicia y puede ayudar a evitar la insolvencia del deudor por no tener la capacidad de pagar un gran perjuicio no evitado.

BIBLIOGRAFÍA

Jorge Luis Barone González, El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. *Verba Iuris*, 13(39), (2028) 81–106. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1319/1015>

Fernando Hineyrosa, Tratado de obligaciones, tomo I. Bogotá: Externado de Colombia. 2002.

Carlos Jaramillo, Los deberes de evitar y mitigar el daño: funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención. Bogotá: Temis y Universidad Javeriana. 2013

Maximiliano Rodríguez Fernández,- Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. *Revista de derecho privado* 15 (2008), 20. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3252260.pdf>

