

## NOTAS SOBRE EL DEBER DE MINIMIZAR EL DAÑO\*

Ramón Domínguez Águila\*\*

### RESUMEN

Un aspecto no tratado en la doctrina y jurisprudencia nacional, es el deber de la víctima de impedir el agravamiento del perjuicio, ya sea que el daño tenga su origen en un incumplimiento contractual o en un ilícito civil. El principio de reparación integral del daño podría entenderse como un obstáculo al deber de la víctima de minimizar su propio daño. Sin embargo, existen argumentos económicos, morales y lógicos que justifican aceptar este deber. La revisión del Derecho Comparado, del *common law* y continental muestra que existen fundamentos plausibles para aceptar este principio en la responsabilidad civil. Si bien el *Código Civil* no consagra una regla precisa que permita aceptarlo, lo cierto es que la causalidad puede esgrimirse como el fundamento técnico de la obligación de minimizar el daño a cargo de la víctima.

73

### ABSTRACT

An aspect not analysed in the national doctrine and jurisprudence is the duty of the victim to avoid the aggravation of the damage, be it that it has its origin in a contractual noncompliance or in a civil illicit. The principle of integral reparation of the damage could be understood as an obstacle to the victim's duty of reducing to a minimum its own damage. Notwithstanding, exist economic, moral and logical arguments that justify to accept this duty. The revision of comparative law of the common law and continental shows that exist plausible fundamentos to accept this principle in civil responsibility. Even if the *Civil Code* doesn't consecrate a precise rule that allows its acceptance it is true that the causality could be used as the technical fundament of the obligation to reduce the damage in charge of the victim.

\* El presente artículo forma parte de la investigación que lleva a cabo el autor, junto con la profesora Carmen Aída Domínguez Hidalgo, dentro del proyecto FONDECYT 1040351-04.

\*\* Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Concepción.

## 1. INTRODUCCIÓN

La norma general que rige el sistema indemnizatorio extracontractual es que la víctima debe recibir reparación de todo el daño que se le ha causado. Es el denominado principio de reparación integral o de equivalencia entre el daño y la reparación: *restitutio in integrum*. Aunque tal principio no es absoluto y ha venido siendo discutido en Derecho Comparado<sup>1</sup>; lo cierto es que continúa siendo parte esencial del sistema de responsabilidad y de acuerdo al cual la víctima no debe recibir más que el daño sufrido; pero tampoco menos. No solamente se ve en él una razón de justicia que está en la base del otro principio general de responsabilidad, contenido entre nosotros en los arts. 2.314 y 2.329<sup>2</sup>, sino, además, se entiende que es la consecuencia lógica de la idea de causalidad: el autor responde de todo el daño causado por su hecho. Sin embargo, en numerosas oportunidades, luego de sufrirse el daño, la víctima puede estar en situación de mitigarlo mediante alguna actividad suya que resulta evidente y lógica. Cuando así sucede, la cuestión es la de saber si ese factor habrá de tenerse en cuenta por el juez, al tiempo de apreciar el monto de la reparación, de modo que el demandado no deba pagar por todo el daño causado primitivamente, sino sólo por aquél que la víctima no puede mitigar o evitar mediante su propia actividad.

74

La cuestión no sólo se plantea en la responsabilidad extracontractual sino, también, en la contractual, porque si en ésta el principio de los arts. 1.556 y 1.558 del *Código Civil*, manda indemnizar todo daño emergente y lucro cesante directo previsto, si sólo hay culpa del deudor o, incluso, imprevisto en caso de dolo, también hay lugar para imaginar que el acreedor pueda, en múltiples ocasiones, disminuir el daño con una simple actividad o diligencia suya.

Los ejemplos son simples de imaginar: si por culpa del deudor que no cumple cabalmente con su deber de construcción, el techo de una bodega cae, resulta natural que las mercaderías allí existentes se dañen; pero tal vez el acreedor, producida la caída del techo, habría podido llevar parte de la mercadería aún no dañada, a otro lugar para ponerla a salvo, de modo que el deudor no tenga que indemnizar por aquéllas que resultaron averiadas por la lluvia una vez que el techo cayó. Una persona es víctima de un daño corporal; pero una intervención quirúrgica sin riesgo mayor, permite reparar en mucho las dis-

<sup>1</sup> Se ha podido observar que existen numerosos casos en que la indemnización es efectivamente lucrativa para la víctima y otros en que no existe proporcionalidad entre el daño y la reparación porque ni siquiera hay posibilidad de medición económica del daño, como se da en los variados casos de daño moral.

<sup>2</sup> En lo que concierne al art. 2.329 es verdad que en él se fundamenta Alessandri para su idea de presunción de responsabilidad por el hecho propio; pero bastará leerlo en su inciso primero y tener en cuenta la nota de Bello al art. 2.493 del *Proyecto* de 1853 para constatar que en él lo que se consagra es precisamente el principio general de responsabilidad civil que viene desde Grocio y luego de Domat en los derechos de influencia francesa.

minuciones físicas sufridas. Y podrían multiplicarse los ejemplos. Pothier, aunque tratando de los daños indirectos y, por lo mismo, no reparables, aludía al caso de aquel deudor que, obligado a entregar unos bueyes al acreedor, no lo hacía. Si había dolo, ¿debería el deudor pagar por la falta de cultivo de las tierras que sin los bueyes, el acreedor no podía arar? Responde Pothier:

“Tampoco deberá cargar, según opino, con el resarcimiento al menos por entero de los perjuicios provenientes de haber quedado sin cultivo mis tierras, pues si bien estos perjuicios tienen un origen más inmediato en el dolo del vendedor, no eran sin embargo tan inevitables, que no hubiese podido obviarlos buscando otros bueyes para arar y trabajar mis tierras, o cediéndolas a un colono”<sup>3</sup>.

Es lo cierto, sin embargo, que no existe regla alguna en el *Código Civil* que exija a la víctima tomar las medidas para minimizar o evitar su daño; y es por ello, propio preguntarse si se está obligado a minimizar el daño propio y si debe el juez tener en consideración la omisión del deudor al tiempo de fijar el monto de la reparación.

2. LA CUESTIÓN EN EL *COMMON LAW*

75

Nunca ha existido dudas en el derecho del *common law*, al menos en el estado-unidense, que el deudor no deba estar obligado a minimizar su daño. La cuestión se plantea allí a propósito de la denominada regla de las consecuencias evitables - *avoidable consequences rule* o *mitigation of damages rule* - cuando se trata de fijar la extensión que debe darse a la reparación. El principio es que

“al demandante que fue dañado por una conducta del demandado que puede ser objeto de acción, se le niega ordinariamente la recuperación de todo *item* de daño especial que habría podido evitar con actos razonables, incluyendo los gastos razonables en que ha incurrido después que la conducta accionable tuvo lugar”<sup>4</sup>.

Así, entonces, el demandado no es responsable de los daños que el demandante pudo razonablemente evitar, como tampoco, y con mayor razón, de los que efectivamente evitó.

<sup>3</sup> POTHIER, Roberto, *Obligations, Ouvres completes*, M. Bugnet, 1861, t. 2, n.167.

<sup>4</sup> DOBBS, Dan B., *Remedies the Law remedies-Damages, Equity and restitutions*, St. Paul, Min., n. 1973, p. 186. Sobre las “avoidables consequences”, SPEISER, S.M.; KRAUSE, Ch. y GANS, A.W., *The American law of torts*, New York, Rochester, 1986, t. 3, cap. 8, par. 8.3.

El origen de la regla parece ser antiguo en Estados Unidos, al punto que se cita, incluso, una sentencia de 1677 que ya la aplicaba, a propósito de una persona que perdió sus caballos por haber tenido que esperar al demandado a quien debía entregarle unas mercancías. Los caballos que estaban sudorosos por el trayecto, se enfriaron con la lluvia durante la espera y por ello murieron. Pero el demandado no fue condenado por la pérdida de esos animales, porque el demandante pudo haberlos retirados del carro a otro lugar mientras esperaba al demandado, evitando su enfriamiento<sup>5</sup>. En la actualidad, la regla se ha convertido en un principio muy general, indiscutido, al punto que un autor hace ya más de cincuenta años escribió que "este principio está tan bien reconocido que la cita de casos sería superflua"<sup>6</sup>. Se aplica tanto en demandas por daños a la propiedad como a daños a la persona, en materia contractual<sup>7</sup> y tiene un aspecto negativo como uno positivo. Por el primero, el demandante no puede obtener reparación de los daños que pudo razonablemente evitar y, por el segundo, puede obtener que se le restituyan los gastos que significó la minimización de sus daños, aunque no haya sido en ello exitoso<sup>8</sup>.

El art. 2-715 del UCC contiene el principio de la mitigación del daño en forma expresa a propósito de la venta, pues por él

76

"Los daños subsecuentes que resultan del incumplimiento del vendedor, comprenden: a) Toda pérdida que resulta de necesidades generales o particulares que el vendedor debía conocer al momento de la celebración del contrato y que no podían ser razonablemente evitados ni por la conclusión de un contrato de reemplazo, ni por otro medio..."

y otras disposiciones del mismo *Código*, como los artículos 2-708, 2-713. También está reconocido por el *Restatement Second on Contracts*. De conformidad con el par. 350 la víctima del incumplimiento contractual no puede obtener el pago de daños e intereses por las pérdidas que habría podido evitar sin incurrir en cargas o gastos injustificados o sin que resulte para ella una cualquiera humillación. Y el *Restatement of Torts* 2d., par. 918 también lo contiene.

Se distingue claramente de la doctrina de la *contributory negligence*, es decir, de lo que entre nosotros denominamos culpa de la víctima, porque ésta interviene al momento en que el daño se origina, mientras que aquella trata de la conducta subsecuente de la víctima. Mientras la primera, de acuerdo con la

<sup>5</sup> FARNSWORTH, A., *On contracts*, Boston, Little, Brown & Co., 1990, par. 12, 12.

<sup>6</sup> SEAVEY, Warren A., "Nuisance: contributory negligence and other mysteries", 65 *Harv. L. Rev.*, 1952, p. 989.

<sup>7</sup> Sobre ello, GOTEES, Ch. y SCOUT, R.E., "The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation", *Virginia L. Rev.*, 1983, 967.

<sup>8</sup> Así en *Cardamon v. Iowa Lutheran Hospital*, 256 Iowa 506, 128 N.W. 2d. 226 (1964).

doctrina común, cierra al demandante la posibilidad de accionar por todo el daño sufrido, la segunda sólo impide recobrar los daños que la víctima pudo impedir.

Uno de los fundamentos del principio es económico, porque debe evitarse todo despilfarro, de forma que habrá de considerarse el costo de la sustitución del daño en función con el valor de éste<sup>9</sup>. Además, aunque se diferencia del principio de la *contributory negligence* y que manda tener en cuenta la culpa concausal de la víctima, como acaba de señalarse, obedece, sin embargo, a la misma idea de que el demandante debe tomar el cuidado debido para la protección de sus intereses personales. Por ello se le aplica el *standard* del hombre razonable bajo las mismas circunstancias<sup>10</sup>. Y es por lo mismo que se ha resuelto, por ejemplo, que si una persona razonablemente prudente se habría sometido a una intervención quirúrgica, los daños que ésta habría aliviado no son indemnizables<sup>11</sup>.

En Inglaterra, aunque la regla tiene antecedentes desde el siglo XVII, manifestaciones claras de él se encuentran en la jurisprudencia del siglo XIX. Es entonces que se consagró de modo muy claro el principio que

"los demandantes tienen derecho a ser indemnizados por el monto íntegro del perjuicio que han sufrido con ocasión del incumplimiento del contrato; al mismo tiempo, el incumplidor no debe quedar sujeto a una pérdida complementaria proveniente del hecho que los demandantes no han hecho lo que debían hacer como hombres razonables"<sup>12</sup>.

77

La regla es constante en casos posteriores, en que claramente se ha resuelto que "el demandante tiene el deber de actuar razonablemente y de minimizar el daño tanto cuando pueda razonablemente hacerlo"<sup>13</sup>. Pero, además, el principio aparece consagrado positivamente en la *Sale of Goods Act* de 1979 en los arts. 50 y 51.

### 3. OTROS DERECHOS

La obligación de minimizar el daño también es acogida en otros derechos, incluso, ajenos al *common law*. Así, el *Código Civil* de Québec de 1991, en su art. 1.479 dispone que: "La persona que es obligada a reparar un daño no responde

<sup>9</sup> DOBBS (n. 4), p. 188.

<sup>10</sup> PROSSER, W & KEETON, W., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª. ed., St. Paul, Min, 1984, p. 158.

<sup>11</sup> *Verrett v. McDonough Marine Service*, 5th Cir. 1983, 705 F.2d 1437, 1444.

<sup>12</sup> James L.J. en *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (1879) 9 Ch. D.20.

<sup>13</sup> L.J. Sellers en *Charter v. Sullivan* (1957) 2. Q.B. 117,134.

de la agravación del perjuicio que la víctima podía evitar". Pero en verdad, ese principio, general a toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, no hace sino recoger lo que ya era una práctica admitida por la jurisprudencia y la doctrina<sup>14</sup>.

En Alemania, el *Código Civil* no contiene una afirmación clara del principio; pero el art. 254, luego de establecer la necesidad de considerar el efecto de la culpa de la víctima en la fijación de la cuantía de la indemnización, en el inciso segundo, agrega que: "Esto vale, incluso, si la culpa del perjudicado se limita a la circunstancia de que ha omitido llamar la atención del deudor sobre el riesgo de un daño de consideración no corriente, el cual - riesgo - no conocía ni debía conocer el deudor, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño". Así, entonces, el hecho de no tomar medidas para aminorar el daño constituye culpa de la víctima; porque la omisión de la diligencia del perjudicado puede consistir no solamente en que él contribuya a causar el daño en su nacimiento, como también en cuidar su aminoración<sup>15</sup>; y la jurisprudencia hace uso de la regla si, por ejemplo, la víctima se niega a un tratamiento médico después del daño, o a aceptar un nuevo empleo, en casos muy semejantes a aquellos en que en Inglaterra se aplicaría el principio de minimización del daño<sup>16</sup>.

En Bélgica la cuestión es aún más notable porque sin la existencia de una regla legal que consagre el principio de la obligación de la víctima de mitigar su daño, la jurisprudencia, luego de los desarrollos doctrinarios, la ha acogido y una obra clásica en ese derecho, ha fundado la regla del modo que sigue: "habiéndose producido el acto dañoso está conforme al espíritu del derecho que la parte lesionada actúe como buen padre de familia, para limitar, en cuanto sea posible el daño"<sup>17</sup>.

También el *Código* italiano, en el art. 1.227, luego de regular el efecto de la culpa concausal del acreedor en forma semejante a nuestro art. 2.330, agrega, en el inciso segundo: "El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria" y el art. 2.056 ordena tener en cuenta esa regla para la evaluación del daño en materia de hechos ilícitos, con lo cual aquella norma rige tanto en materia contractual como en materia extracontractual. Y esta disposición del inciso segundo del art. 1.227, según la doctrina "no atiende al curso causal, sino a una conducta obligatoria del dañado, que debe activarse para evitar la agravación del daño, de acuerdo

<sup>14</sup> MICHAUD, A., "Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract", en *RDG*, 1984, p. 293; L. FARIBAULT *et al.*, *Traité du droit civil du Québec*, Québec, Wilson et Lafleur, 1948, t. 7 bis, p. 770.

<sup>15</sup> ENNECCERUS, L., *Derecho de Obligaciones*, Bosch, 1954, Barcelona, 1954, t. 1, p. 80.

<sup>16</sup> Así, MARKESINIS, Basilis S. y HUBERATH, Hannes, *The German Law of torts. A comparative treatise*, 4ª. ed., Oxford, 2002, p. 110.

<sup>17</sup> PIRSON, R. y DE VILLE, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, t. 1, N° 220.

a un criterio de diligencia ordinaria, según las circunstancias del caso"<sup>18</sup> y que determina la exclusión del daño que no ha sido evitado por la víctima no diligente como, por ejemplo, si la parte lesionada se niega o impide la curación médica a tiempo o un análisis tempestivo lo que determina la agravación de las consecuencias dañosas<sup>19</sup>. La jurisprudencia italiana hace frecuente y copiosa aplicación del principio<sup>20</sup>.

En España, aunque no existe regla general sobre el punto, sí hay normas especiales, como el art. 17 de la ley del Contrato de Seguro y alguna jurisprudencia ha hecho aplicación de la obligación de minimizar el daño en otras materias<sup>21</sup>.

Otras legislaciones menos conocidas contienen también el principio, como ciertos códigos de países árabes y africanos e, incluso, la reciente legislación sobre contratos en China.

Por último, cabe destacar, por su importancia internacional, la convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre venta internacional de mercaderías, cuyo art. 77 previene que:

"La parte que invoca la contravención del contrato debe tomar las medidas razonables, vistas las circunstancias, para limitar la pérdida, comprendiéndose en ésta el lucro cesante que resulta de la convención. Si deja de hacerlo, la parte incumplidora puede demandar una reducción de la indemnización por los daños y perjuicios igual al monto de la pérdida que habría debido ser evitada".

La regla suscita problemas interpretativos que no son del caso tratar aquí<sup>22</sup>. Pero lo que interesa para nuestro propósito es destacar que contiene el principio de minimizar el propio daño, aunque la doctrina ha entendido que no consagra

<sup>18</sup> PETTI, G. Battista, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, Utet, 1999, p. 412. En el mismo sentido, VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, Cedam, 1999, p. 600 y ss.; ROSSELLO, C., *In danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padua, Cedam, 1990, en especial p. 63 y ss. y "Il danno evitabile con l'ordinaria diligenza", en VISINTINI, G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milan, Giuffrè, 1999, p. 53 y ss.

<sup>19</sup> PETTI, B. (n. 18).

<sup>20</sup> Para una referencia jurisprudencial, VISINTINI (n. 18), p. 605 y ss. También, CRISCUOLI, G., "Il dovere di mitigare il danno subito", en *Riv. Dir. Civ.*, 1972, p. 553 y ss.

<sup>21</sup> Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre 1994; 19 de junio 1981, sala sexta; 15 de julio de 1987, referidas por YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 498 y ss. Alude también a este deber, DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 845.

<sup>22</sup> Sobre ello, WRITZ, C., "L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales: l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale", *Petites Affiches*, N° 323, 20 de noviembre de 2002, p. 50 y ss.

propriadamente una obligación en tal sentido que dé lugar ni a responsabilidad contractual ni a una acción de cumplimiento en especie, sino, más bien, una carga que pesa sobre el acreedor, cuya violación permite al deudor solicitar una reducción de la indemnización por el daño causado<sup>23</sup>. Por otra parte, como se sabe, los textos internacionales son frecuentemente considerados fuentes de principios generales en el comercio internacional y de allí que el alcance de aquella regla es, en la práctica, mayor que el proporcionado por su solo texto. Desde luego, en los usos y principios generales del Derecho Internacional y que forman la denominada *lex mercatoria* el deber de mitigar el daño es cuestión admitida<sup>24</sup>.

#### 4. DERECHO FRANCÉS

En Francia, la situación es distinta: no existe hasta la fecha, sentencia alguna que haya recogido expresamente la obligación de la víctima de minimizar el daño. Y la doctrina reconoce que si ella tiene amplia acogida en otros derechos "sigue siendo ampliamente desconocida por el derecho francés"<sup>25</sup>. Incluso, la Corte de Casación, en dos sentencias recientes, ha negado expresamente la existencia de tal obligación en el Derecho francés<sup>26</sup>. En la primera, la Corte invalida una sentencia de una Corte de Apelaciones que había reducido el monto de la indemnización a la víctima de un accidente de la circulación, que no había aceptado la invitación de sus médicos, de someterse a un tratamiento que sanaría los defectos físicos con que había quedado luego del accidente; utilizando, para ello, la noción de culpa de la víctima. El tribunal supremo francés decide claramente: "Considerando que el autor de un accidente está obligado a reparar todas sus consecuencias dañosas; que la víctima no está obligada a limitar su daño en interés del responsable" y en razón de ello, casa la sentencia recurrida. Y deberá advertirse, como lo hace un comentarista de la sentencia, que pudiendo haber recurrido al argumento usado otras veces<sup>27</sup>, de que el

<sup>23</sup> Así, AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, N° 173, Paris, LGDJ, 1990.

<sup>24</sup> Sobre ello HANOTIAU, B., "Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international", en *RDAI*, 1987, p. 393.

<sup>25</sup> P. JOURDAIN, P., "Rapport introductif", en *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, coloquio bajo la dirección de Martine Behar-Touchais, en *Petites Affiches*, 30 de noviembre de 2002, p. 3. En el mismo sentido, PRADEL, X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, N° 72, Paris, LGDJ, 2004 y más extensamente sobre la materia, REIFEGERSTE, Stéphan, *Pour une obligation de minimiser le dommage, Aix-Marseille*, Paris, 2002.

<sup>26</sup> Civ. 2ª. 19 de junio de 2003, *Dibaoui c/ Flaand y otros*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2003, j. 716, obs. P. Jourdain y Consorts Llalement c/ Decrept y otros, D. 2003.2326, nota J.P. Chazal.

<sup>27</sup> Civ. 2ª. 19 de marzo de 1997, *Bull. Civ. II*, N° 86, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1997, j. 676 obs. J. Mestre. El nuevo art. 16.1 agregado al *Código Civil* francés por ley de 29 de julio de 1994 incorpora

cuerpo humano es inviolable y que, por lo mismo, nadie está obligado a someterse a tratamientos médicos que impliquen intervenciones en él, la Corte simplemente prefiere plantear la existencia de una regla general: nadie está obligado a minimizar su propio daño. En el segundo caso, una mujer, víctima de un accidente del tránsito, demandaba la reparación del daño consistente en la pérdida de su establecimiento de panadería, al no poder asegurar su explotación por el hecho del accidente. La Corte de Apelaciones no acogió la demanda por ese concepto, pues entendió que ella habría podido entregar, mientras tanto, la explotación a una tercera persona, de tal modo que no había relación causal entre el accidente del tránsito y la pérdida del establecimiento comercial. La Corte de Casación censura esa decisión y la invalida, de nuevo bajo el argumento que la víctima no tiene obligación de minimizar su daño en provecho del autor, de modo que si, a consecuencia del hecho causal, quedó aquejada de una incapacidad permanente, había una relación causal entre la pérdida de su establecimiento y el accidente. Más aún, siendo dueña de ese establecimiento, nadie puede imponerle su entrega para ser explotado por un tercero.

Es verdad que algunos autores han querido encontrar en determinadas sentencias la aplicación del principio a que venimos refiriéndonos; pero se trata, más bien, de fallos que persiguen la moderación del daño<sup>28</sup>, sin aludir ni consagrar el principio en cuestión. En otras situaciones se ha resuelto que la víctima que luego de un accidente se niega a someterse a tratamientos que no son ni peligrosos ni dolorosos, incurre en culpa y, por lo mismo, debe ser reducida la indemnización del daño sufrido por aplicación del principio exonerador parcial de la culpa concurrente<sup>29</sup>.

Por otra parte, en las situaciones aludidas, interviene no la obligación de minimizar el daño, sino el sistema francés de reparación que manda al juez apreciar el daño al momento de la sentencia y no al tiempo en que ocurrieron los hechos dañosos, con lo cual el sentenciador está obligado a examinar lo que haya ocurrido entre esos dos momentos y, por lo mismo, la conducta mantenida por la víctima no sólo al producirse el daño sino, también, con posterioridad a su ocurrencia<sup>30</sup>. Es verdad que, en definitiva, por este procedimiento técnico, el deber de mitigar el propio daño penetra en el Derecho francés.

expresamente ese principio: "Cada uno tiene derecho al respeto de su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial".

<sup>28</sup> Así, las sentencias citadas por LAUDE, Anne, "L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français?", en *Petites Affiches*, 30 de noviembre de 2002, p. 56

<sup>29</sup> Así, Crim. 30 de octubre de 1974, D. 1975.178, nota R. Savatier; J.C.P. 1975 II. 18038, obs. L. Mougeon; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1975, 713, obs. G. Durry. Otros casos en REIFEGERSTE (n. 25), N° 241.

<sup>30</sup> El principio según el cual el juez, para evaluar el daño, ha de colocarse al momento de la sentencia, es antiguo en Francia y se aplica tanto en materia contractual como en materia extracontractual. En verdad nació en esta última; pero luego se extendió a la responsabilidad

En general, aunque algunos autores se manifiestan más bien proclives a admitir la consagración del principio sobre la minimización del daño<sup>31</sup>, la acogida es tibia, porque la tradición del principio de la reparación integral pesa en el derecho francés, por mucho que éste sea, según los doctrinadores francos, más un ideal que una realidad<sup>32</sup>. Para la doctrina tradicional, el principio de la reparación integral se vería afectado por la obligación de mitigar el daño. Léon Mazeaud escribía hace sesenta años, a ese respecto que “se objeta que correspondía a la víctima reparar ella misma el daño desde su realización. Pero de ese modo se hace pesar sobre la víctima la obligación de reparar” y ésta según el ilustre autor, estaba en su derecho al esperar simplemente que el autor ejecutara su obligación de indemnizar<sup>33</sup>.

## 5. EL DERECHO CHILENO

Desde luego, tal como ocurre en el Derecho francés, no existe regla alguna que contenga el principio de mitigación del daño con alcance general.

### 5.1

82 Sin embargo, en materia de seguros y tal como ocurre en la mayoría de los derechos extranjeros, la obligación de mitigar el daño es antigua. Aunque el *Código de Comercio* no contiene una regla clara, el art. 556 N° 4 impone al ase-

contractual, desde la sentencia de la Cass. Com., 16 de febrero de 1954, D. 1954, 534, nota Rodière. Aunque alguna doctrina entendía que el momento para evaluar el daño debía ser el del nacimiento de la acción, es decir, al producirse el daño, la Corte de Casación en sentencia de 23 de marzo de 1942, D. 1942, 118; *Gaz. Pal.* 1942.1.224; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1942, p. 289, sentó el principio que la fecha es la de la sentencia. Sobre ello, LE TOURNEAU, Ph. y CADIER, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, N° 2652 y ss, Paris, Dalloz Actino, 2002; VINEY, G. y JOURDAIN, P., “Les effets de la responsabilité”, en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de J. Ghestin, N° 66 y ss., 2ª ed. Paris, LDGJ, 2001. De allí que haya que tener en cuenta, por ejemplo, la evolución del estado de la víctima desde el accidente, es decir, tanto su mejora, como su agravación.

<sup>31</sup> DURRY, G., “Est-on obligé de minimiser son propre dommage”, en *Risques*, N° 57, marzo 2004, p. 111 y ss.; JOURDAIN (n. 25), N° 232, p. 3 y ss. y el mismo autor en obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2003, j. 716 y ss., quien prefiere “no oficializar el principio”, VINEY, G., “Rapport de synthèse”, en *Petites Affiches*, N° 232, cit. p. 66 y ss.

<sup>32</sup> Sobre ello, VINEY y JOURDAIN (n. 30), N° 57 y ss.; JOURDAIN, P., “Les dommages-intérêts alloués par le juge”, en *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, p. 263, dirección de M. Fontaine y G. Viney, Bruselas, Bruylant-LGDJ, 2001; STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., *Obligations. Responsabilité délictuelle*, N° 1.456 y ss. 4ª ed., Paris, LITEC, 1991.

<sup>33</sup> MAZEAUD, Léon, “L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance”, en *JCP.*, 1942, I, 275. Los mismos conceptos son más tarde reproducidos en MAZEAUD, H.L. y J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., por F. Chabas, Paris, Méntchrestien, 1978, t. 3, N° 2420-12.

gurado la obligación de “tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos”.

De acuerdo con esa norma, una vez ocurrido el siniestro, el asegurado tiene la obligación de limitar las consecuencias que él ha producido y, por lo mismo, de limitar los daños hasta donde sea posible<sup>34</sup>. Entre esas medidas, deberá cuidar que los restos de la cosa asegurada queden debidamente resguardados desde que, en la mayoría de los casos, será posible obtener de ellos algún valor que pueda imputarse a la indemnización y, además, conservando los restos del bien dañado es posible reconstruirla o repararla. Es evidente que será el asegurador el beneficiado con el cumplimiento de esos deberes por parte del asegurado y, por lo mismo, es aquél quien debe rembolsar los gastos que la mitigación del daño ocasione (art. 556 inc. final). Y se recordará que esas reglas son aplicables también al seguro marítimo de acuerdo con el art. 1.158 del *Código de Comercio* y de allí que el art. 1.180 N° 2 imponga al asegurador el pago de los gastos en que el asegurado haya incurrido para evitar que el objeto asegurado sufra un daño “o para disminuir sus efectos”, siempre que el daño evitado o disminuido esté cubierto por la póliza.

Este deber de mitigar el daño en el seguro está comúnmente impuesto en la mayoría de las pólizas usadas en Chile y registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros. Por ejemplo, la de incendio (Pol. 1 90 006), cláusula decimoséptima, dice:

“2) Salvataje de los objetos asegurados.

Tan pronto se declare un incendio, el asegurado debe emplear todos los medios que estén a su alcance para evitar su propagación o extensión y salvar los objetos asegurados.

Si con este motivo hubiera necesidad de trasladar los objetos asegurados de un lugar a otro, la compañía indemnizará en conformidad a lo señalado en la letra c) de la cláusula primera de las condiciones generales de esta póliza.

El asegurado, sin la autorización escrita de la compañía o del liquidador que se designe, no podrá remover u ordenar la remoción de los escombros que haya dejado el siniestro”.

La póliza de robo con fuerza en las cosas (Pol. 1 94 021), cláusula decimoséptima tiene una cláusula semejante y lo mismo la póliza de seguro para todo riesgo de construcción (Pol. 1 92 140), artículo decimosexto.

<sup>34</sup> Así, BAEZA PINTO, S., *El seguro*, ed. actualizada por J. Achurra, Santiago, Jurídica, 1994, N° 67.

## 5.2

Pero esas normas responden a las particularidades del seguro y existen en la generalidad de los derechos comparados. No parece posible extraer de ellas un principio general que imponga el deber de minimizar el daño a la víctima, de modo que éste, de existir, habrá de encontrar su fundamento en principios generales de la responsabilidad.

## 5.3

La doctrina no ha examinado, entre nosotros, la obligación de minimizar el daño y el principio no aparece en las obras clásicas sobre la responsabilidad civil. Sin embargo, casi al pasar y sin mayor fundamentación, a propósito de la influencia de la culpa de la víctima en la determinación del daño reparable, se ha podido afirmar que: "La hay asimismo si la víctima omite hacer lo necesario para precaverse del daño o para aminorar sus consecuencias pudiendo hacerlo"<sup>35</sup>. El decano Alessandri, que es el autor de esa afirmación, cita en su apoyo a los autores belgas Pirson y de Villé, así como a Demogue y a Planiol y Ripert. En cuanto a los primeros, ya hemos dicho que en Bélgica desde antiguo, la doctrina ha sido favorable a la aceptación del principio de la obligación de mitigar el propio daño. En cuanto a Demogue, es una excepción en la doctrina francesa, pues es, según quienes han estudiado el principio, el primero en haberse interesado en él<sup>36</sup>. En efecto, el ilustre autor trata directamente de esta obligación en materia contractual en su tratado de las obligaciones<sup>37</sup> y es fundándose en su opinión que se hace la misma afirmación en Planiol y Ripert<sup>38</sup>.

Otro autor, frente a la cuestión de saber si debe considerarse la conducta de la víctima que se niega a someterse a un tratamiento médico para aminorar el daño, se limita a reproducir los términos en que se resuelve la cuestión en la obra de Mazeaud y Tunc; es decir, a distinguir entre el caso en que ese tratamiento le sujeta a riesgos o si no le impone mayores consecuencias, admitiéndose en este último evento, que si la víctima no se sujeta a ellos, incurriría en culpa que debe considerarse al apreciar el daño<sup>39</sup>.

En suma, la obligación de minimizar el daño aparece a propósito del efecto que tiene, en la apreciación del daño, la culpa concurrente de la víctima. Pero

<sup>35</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Universitaria, 1943, N° 479.

<sup>36</sup> ASÍ, REIFEGERSTE (n. 25), N° 142.

<sup>37</sup> DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1931, t. 6, N° 3 y ss.

<sup>38</sup> PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, edición en español, La Habana, Cultural, 1940, t. 6, N° 569.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 412, que cita a MAZEAUD, H. L. y TUNC A., t. 2, vol. 2, pp. 72 y 73, es decir, la versión en castellano de la obra en su 5ª. ed.

es evidente que tal conclusión, extraída al pasar de la doctrina francesa, tiene una objeción en que los autores no han reparado: la culpa de la víctima tiene influencia causal, lógicamente, en la medida en que haya intervenido como hecho que concurre a causar el daño, es decir, antes que éste se produzca, pues ésa es la regla que resulta de nuestro art. 2.330; pero la obligación de mitigar el daño nace una vez que éste ya se produjo, de tal forma que la culpa de la víctima no interviene aquí en su causación inicial, sino una vez producido el daño. Si algunos autores franceses han podido entender que la culpa de la víctima ha de considerarse, no obstante, para apreciar el daño, es porque en su derecho, como ya se dijo, el principio aceptado es que el juez, para apreciar el daño, ha de situarse al momento en que el juez dicta su sentencia. Pero entre nosotros, la doctrina y la jurisprudencia, siguiendo la doctrina antigua francesa, hoy abandonada, entienden que el juez ha de situarse al momento en que se produce el hecho ilícito o en que el daño se produce o consuma, aunque tratándose del daño moral, fije la reparación al momento de la sentencia<sup>40</sup>.

Tan sólo H. Corral Talciani, alude directamente al deber de mitigar el daño y lo funda, siguiendo a Diez Picazo, en el deber de obrar de buena fe<sup>41</sup>.

## 6. LOS OBSTÁCULOS A LA ADMISIÓN DEL DEBER DE MINIMIZAR EL DAÑO

El principio en estudio nos parece evidente desde un punto de vista lógico, moral y económico. Lógico, porque no se comprendería la razón de permitir que la víctima permanezca pasiva frente al daño que se le causa, bajo el pretexto que, en definitiva, el autor deberá compensarle. Moral, porque todos tenemos también la obligación de cautelar por nuestros propios intereses, sean ellos patrimoniales o extramatrimoniales, es decir, tenemos un deber de cuidado propio para actuar en sociedad. Y económico, porque es evidente que la utilidad general manda que se eviten los daños y si ello no es posible, que al menos se reduzcan en su dimensión.

Pero si la imposición a la víctima de un deber de mitigar el daño parece así natural, aunque no aparezca impuesto por normas positivas generales, es preciso examinar su fundamento para poder determinar si efectivamente es exigible en nuestro derecho.

<sup>40</sup> Así, ALESSANDRI (n. 35), N° 475, que se basa en la doctrina francesa de su época, sostiene que es el momento en que se produce el hecho ilícito. Siguiéndolo a él, la doctrina posterior aplica la misma conclusión: RODRÍGUEZ GREZ (n. 40), p. 344 y ss. que precisa, sin embargo, que el momento debe ser aquél en que se consuma el ilícito; J.L. Diez Schwerter entiende que es al momento en que los daños se produjeron, en *El daño extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1997, p. 184 y ss. con abundante jurisprudencia sobre el punto.

<sup>41</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica, 2003, p. 340.

Ahora bien, tradicionalmente, en aquellos derechos que no lo admiten como deber constante y general, se han esgrimido algunas razones que impedirían su adopción y que son plenamente aplicables entre nosotros.

## 6.1

Desde luego, el principio general de la reparación integral del daño aparece como opuesto a la obligación de minimizar el daño. Ese principio es aceptado en nuestro Derecho sin mayor examen y como dogma absoluto por la doctrina. Siguiendo al Derecho francés, se entiende que: "debe indemnizarse todo el daño que sea consecuencia directa del hecho ilícito"<sup>42</sup>. Y si es así, resulta que una vez producido el daño la carga de su reparación integral debe pesar sobre el autor y no debería la víctima tener obligación alguna de aliviar la carga del hechor<sup>43</sup>. Si además de soportar el daño, tuviese que hacer lo necesario para mitigarlo, resultaría que contrariamente al principio de la reparación integral, se haría pesar sobre ella un deber hacia el responsable.

Pero además de los límites que tiene este principio<sup>44</sup>; en verdad, sostener que el principio de la reparación integral se opone a la obligación de mitigar el daño resulta, en buena medida, una petición de principios, desde que el obstáculo proviene no tanto de aquél, sino del hecho que se entienda que el daño reparable es el existente al momento en que se produce, puesto que si ha de considerarse el daño al momento en que se aprecia por el juez al sentenciar, la intervención de la víctima resulta siendo impuesta por la consideración que ha de darse a su conducta en la producción del daño. El principio de la reparación integral parece, en términos generales, aceptable; pero queda aún precisar a qué daño se refiere y si deben considerarse las posibles variaciones del daño posteriores a su producción; con lo cual el obstáculo no proviene sino de una mera afirmación, que es perfectamente discutible, como es la de que el juez

<sup>42</sup> CORRAL TALCIANI (n. 41), p. 336; ALESSANDRI (n. 35), N 460; RODRÍGUEZ GREZ (n. 39); DIEZ SCHWERTER (n. 40), p. 159 y ss. y es enunciado por la jurisprudencia, por ejemplo, Corte Suprema, 10 de enero de 1985, *Rev. de Der.*, t. 83, sec. 4<sup>a</sup>, p. 4; 27 de octubre de 1983, *Rev. de Der.*, t. 80, sec. 4<sup>a</sup>, p. 121. Por nuestra parte, hemos señalado que ese principio es más bien el enunciado de un cierto propósito; pero no la constatación de lo que sucede en la realidad: DOMÍNGUEZ, A., "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 188, 1990, p. 135.

<sup>43</sup> El principio de reparación integral se ha visto como obstáculo a la admisión de la obligación general de minimizar el daño en la doctrina y jurisprudencia francesa, según ya se dijo: VINEY y JOURDAIN (n. 30), N° 59; DURRY (n. 31), p. 111.

<sup>44</sup> Hasta el punto que, tratándose del daño moral, la fijación de beremos y aun límites de la reparación es cada vez más frecuente en el Derecho Comparado. Así, recientemente la reforma austriaca del Derecho de Torts contiene importantes límites al monto de las indemnizaciones por "non economic loss". Sobre ello, GOLDRING, J., "Civil liability Law Reform in Australia: the 'King of Torts' is Dead", en *Uniform Law Review*, N° 3, 2005, p. 447 y ss.

haya de situarse para determinar la indemnización, al momento en que el daño se ha producido.

## 6.2

Justamente, el segundo obstáculo que pudiera presentarse en nuestro sistema de responsabilidad, se relaciona con el momento en que debe situarse el juez para apreciar el daño. Ya hemos señalado que, con variantes, la doctrina general de los autores y la jurisprudencia, es que esa apreciación se hace al momento de la producción del daño. Pero curiosamente, tratándose del daño moral, la solución es diversa puesto que, entonces, la doctrina jurisprudencial constante es que la apreciación la hace el juez al momento de la sentencia<sup>45</sup>. La justificación de la diferencia es pobre: se dice que tratándose del daño patrimonial hay elementos materiales que permiten establecer el daño, mientras que en materia de daño moral se trata de una apreciación subjetiva y entregada al criterio razonable del juez.

Claro está que si para la apreciación del daño material el juez ha de estarse al tiempo de la producción del daño, resulta difícil justificar que aquél pudiera tener en consideración lo ocurrido entre ese momento y el de la dictación de la sentencia; y, por lo mismo, reducir la reparación porque la víctima no ha usado de su diligencia para impedir su agravación o disminuir sus efectos luego de producido el perjuicio, con lo cual lo que ocurra con el daño después de su producción sólo podría ser materia de un juicio diverso.

En verdad, la distinción no tiene justificación alguna. El hecho que para el daño material haya elementos objetivos que permiten establecer su entidad, lo que no sucede para el daño moral, no es fundamento para la distinción sobre el momento en que haya de situarse el juez para apreciar la indemnización del daño. Desde luego, una cosa es el establecimiento del daño y otra diversa es determinar su reparación. Por tanto, el hecho que para el daño material existan elementos objetivos para establecer y medir su entidad no determina que por ello, para establecer su reparación y la medida de la indemnización, no haya el juez de considerar lo que ocurra a aquel daño entre el momento de su producción y el de la sentencia que ordena su reparación. Por lo demás, la tal diferencia entre el daño patrimonial y el no patrimonial o moral no es evidente. En efecto, existen numerosas categorías de daños no patrimoniales cuyo establecimiento es también objetivo, o al menos debería serlo, como ocurre con el daño puramente corporal y, sin embargo, jamás nuestros tribunales han dudado de hacer su apreciación al momento de la sentencia.

<sup>45</sup> Sobre esa jurisprudencia constante, DIEZ SCHWERTER (n. 41), p. 258 y ss. y también, DOMÍNGUEZ A., R. y DOMÍNGUEZ B., R., "Comentario de jurisprudencia, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 191, 1992, p. 173.

De este modo, el momento de la apreciación del daño para efectos de fijar la indemnización no debería ser obstáculo para atender a la obligación de minimizar el daño en nuestro Derecho. La indemnización se fija al momento de la sentencia y tanto es así que nunca han dudado los jueces en considerar la depreciación monetaria producida entre el momento en que el daño se causó y aquél en que se dicta la sentencia para los efectos de la indemnización del daño patrimonial. No se observa, entonces, que la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial imponga una diferencia en el momento de la apreciación del daño que sea un obstáculo a la admisión del deber de mitigar el propio daño.

#### 7. EL FUNDAMENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE MINIMIZAR EL DAÑO

Resta por determinar el fundamento de la obligación que pesaría sobre la víctima, de minimizar el daño, porque de él depende, en definitiva, la admisión en términos generales de ese deber, más allá de los casos en que se ha admitido por vía legal.

##### 7.1 Razones económicas

88

Desde luego, existen evidentes razones económicas que exigen la existencia del deber de minimizar el daño. Es un medio de evitar costos económicos innecesarios, desde que el acreedor o víctima, puede, mediante su actividad, obtener, a pesar del hecho del deudor o causante del daño, todo o buena parte del beneficio esperado o reducir la pérdida sufrida.

La razón económica está particularmente presente en el derecho del *common law* y en especial en su Derecho contractual. Como se sabe, y no es necesario abundar aquí sobre la cuestión, en él, la función del contrato es especialmente económica y, por lo mismo, están presentes en su concepción la búsqueda de eficiencia y las necesidades del mercado, como bien lo destaca el análisis económico del Derecho. Allí se admite, incluso, la tesis de la ruptura eficiente del contrato<sup>46</sup>, y por ello, la obligación de minimizar el daño encuentra en el *common law*, especialmente el estadounidense, tierra fértil.

Sin ir tan lejos y ateniéndonos al concepto clásico de contrato entre nosotros, resulta evidente, de todas formas, que más allá de la idea de intercambio de voluntades, hay en el contrato la búsqueda de fines económicos y, por ende,

<sup>46</sup> La *efficient breach* pone el acento precisamente en el interés que el contrato tiene para el mercado, de forma que es posible tolerar una violación de él, si ello está conforme con mayores utilidades o menores costos. Sobre ello, RUDEEN, B. y JULIHART, P., "La théorie de la violation efficace", en *Rev. Internat. de Dr. Comparé*, 1986, p. 1.015 y ss.

han de tenerse en cuenta las consideraciones de eficiencia y de minimizar los costos de los intercambios.

Si el acreedor se enfrenta a un incumplimiento contractual, no resulta socialmente aceptable, porque es contrario al uso racional de los recursos, que pudiendo reducir los efectos del incumplimiento, sea por medio de una sustitución, sea empleando recursos mitigadores, no lo haga, bajo el pretexto que el deudor le debe los perjuicios. Si ello requiere gastos especiales, lógico será que se consideren en la liquidación de los daños, hasta el punto que puedan sumarse a la indemnización debida, porque favorecen al deudor que, en razón de los mismos, no estará obligado al pago de daños mayores. Esa razón es la que está detrás de las normas legales que determinan el deber de minimizar los daños en materia de seguros y ese mismo fundamento económico puede generalizarse.

Pero si ello parece casi lógico en materia contractual, fuera del contrato el análisis es más delicado y discutible, aunque aún allí, ha de estar presente la idea de evitar gastos inútiles.

##### 7.2 Razones morales

Para fundar el principio de minimizar el daño se han esgrimido variados principios que tienen en común, la apelación a ciertos deberes morales impuestos particularmente en materia contractual. Así, es posible retener la exigencia de una conducta coherente impuesta en la actual concepción del contrato, que lo concibe más como un medio de colaboración que de enfrentamiento de intereses opuestos. Ese deber de coherencia, sobre el cual se ha escrito profusamente, en particular a propósito de su manifestación en la doctrina del acto propio (*venire contra factum proprium*)<sup>47</sup> y que exige que las partes mantengan un comportamiento razonable que no implique contradicciones que se opongan al deber de colaboración o cooperación<sup>48</sup>, aunque no contenido en regla general alguna en nuestro Derecho, ha sido, sin embargo, ampliamente acogido por la jurisprudencia nacional, incluso, fuera de las esfera contractual<sup>49</sup>. Pues bien, sería

89

<sup>47</sup> Así, entre otros, y para limitarnos a escritos en español, BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000; COLERIO, J., "La doctrina de los propios actos, la prueba conducente y el principio de congruencia", en *Derecho procesal en vísperas del s. XXI*, Buenos Aires, 1997; AMADEO, J.L., *Doctrina de los actos propios*, Buenos Aires, La Ley, 1986; DIEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963; PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado, la doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951 y en Chile, EKDAHL ESCOBAR, M.F., *La doctrina de los actos propios*, Santiago, Jurídica, 1989.

<sup>48</sup> Que la doctrina viene anotando desde hace años. Por ejemplo, BETTI, E., *Teoria generale delle obbligación*, Milán, Giuffrè, 1953, t. 1, p. 1 y ss.

<sup>49</sup> Por ejemplo, Corte Suprema, 20 de septiembre de 2004, *Gaceta Jurídica*, 291, sent. 6, p. 116; 9 de mayo 2001, *Rev. de Der.*, t. 98, sec. 1<sup>a</sup>, p. 99; Corte de Valparaíso, 29 de septiembre de 2004, *La Semana Jurídica*, N° 219, p. 8.

inaceptable que el acreedor que omite actos que permitan reducir su daño o agravarlo, pretendiera, luego, indemnización por la totalidad del perjuicio sufrido. Y parecidas razones pudieran invocarse para la responsabilidad extracontractual<sup>50</sup>.

Pero más generalmente es posible aludir a todos los deberes de lealtad derivados del principio de la ejecución del contrato de buena fe previsto en el art. 1.546<sup>51</sup>, desde que, como lo señala un autor, “una nueva cultura contractual gana terreno desde hace algunos años”<sup>52</sup>. Y desde esta misma perspectiva, la equidad y el principio de buena fe también son soportes de la obligación de minimizar el daño, particularmente esta última, que, de acuerdo con el art. 1.546 tiene el papel de complementar la obligación contractual<sup>53</sup>, de forma que el acreedor, no obstante, haber sido objeto de un incumplimiento por su contra parte, sigue estando obligado a comportarse de buena fe y, por lo mismo, a observar una conducta diligente que minimice el daño sufrido.

## 7.3

Pero es indudablemente en el plano de la causalidad y dentro de ella en el papel de la culpa de la víctima que puede encontrarse más exactamente un fundamento técnico y general de la obligación de minimizar el daño. En nuestro Derecho, con una norma original para su época, el *Código Civil* contiene la regla del art. 2.330, que impone al juez la obligación de reducir la apreciación del daño si la víctima se expuso imprudentemente a él. Se consagra allí, lo que la doctrina más actual denomina “principio de la autorresponsabilidad”<sup>54</sup>. La doctrina, al tratar de la culpa de la víctima<sup>55</sup> lo hace comúnmente en su papel de causa exclusiva o concausa del daño, es decir, interviniendo antes o al mo-

<sup>50</sup> Se ha sostenido, por ejemplo, que el *venire contra contra factum proprium* es el fundamento de la obligación del asegurado de mitigar el daño: Así, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 2ª. ed., Madrid, 2000.

<sup>51</sup> Sobre ellos, entre otros estudios, MAZEAUD, D., “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, en *Mélanges Terré*, Paris, Dalloz, 1999; PICOR, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LDGJ, 1989. Más recientemente, MONATERI S., D'Angelo, *Buona fede e giustizia contrattuale modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Milán, 2005.

<sup>52</sup> MAZEAUD, D., “Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin”, en JAMIN, Ch. y. MAZEAUD, D. (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003, p. 135 y ss.

<sup>53</sup> Sobre este papel, DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1924, t. 4, p. 8 y ss.

<sup>54</sup> Usado en especial por los autores italianos, por ejemplo, PUGLIATTI, S., *Responsabilità civile*, Milán, 1968, t. 2, p. 9 y s.; BETTI (n. 18), p. 149 y ss.; o también “Responsabilidad negativa”, N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Nápoles, Jovene, 1973, p. 235.

<sup>55</sup> Por ejemplo, y recientemente, MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003.

mento de la producción del daño. Pero aquí se trata de examinar el papel de ella una vez producido el daño y como causa de su agravación o producción total. En otros términos, si bien la víctima no interviene en la causalidad inicial del daño, su conducta omisiva, al no hacer lo necesario para minimizarlo, interviene en el daño final y esa conducta es claramente culpable, desde que no hace lo que un hombre prudente haría. Se trata de un *novas actus interveniens*, que rompe la relación causal entre el hecho del demandado que inicialmente causa todo el daño y el daño final. Si el demandado debe estar obligado a reparar un daño, sólo debe serlo de aquél que es la consecuencia necesaria de su conducta activa o de su omisión; pero al intervenir la conducta de la propia víctima, que habría podido impedir sea la agravación, sea todo el daño final, ésta dirime en parte el nexo causal. Ésta es, entre otras, la doctrina seguida en la jurisprudencia y en los autores belgas<sup>56</sup>, como también por alguna doctrina en España<sup>57</sup> y en buena medida, la justificación de la doctrina de las *avoidables consequences* del Derecho estadounidense ya aludida.

No existen en nuestro Derecho los argumentos que en otros se han propuesto para no dar a la culpa de la víctima el carácter de eximente parcial de responsabilidad por no ser la causa de todo el daño, desde que el art. 2.330, de modo expreso, abandona al respecto las consecuencias de una aplicación total de la equivalencia de las condiciones. Existe, entonces, argumento de texto que libera a nuestro Derecho de aquella dificultad aún existente en otros medios. Pero, además, el hecho de no minimizar el daño es un acto culpable en contra del autor, porque obliga a éste a una reparación que pudo ser menor. Ya en obra clásica de los hermanos Mazeaud, se decía que la culpa de la víctima es “sin duda una culpa contra ella misma; pero es también una culpa frente al demandado, puesto que participando a la realización del daño, ella perjudica a éste, obligado a reparar”<sup>58</sup>.

Tales son, en síntesis, algunos de los más serios fundamentos para aceptar la existencia de un deber de minimizar el daño impuesto a la víctima, sea en la responsabilidad contractual, sea en la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio que se haya podido aducir otros, relativos al abuso de derecho, por ejemplo.

<sup>56</sup> Sobre esa doctrina y jurisprudencia REIFEGERSTE (n. 18), N° 315 y 316. El procurador general Hayoit de Termicourt ha indicado justamente que cuando la víctima no minimiza el daño, la agravación “es debida en todo o parte a la negligencia o a la inercia de la víctima y no tiene por causa el hecho ilícito”: conclusiones en Cass. Belga, 8 de mayo de 1952, I. 570, en especial p. 575.

<sup>57</sup> Así, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, t. 2, p. 689.

<sup>58</sup> MAZEAUD, H. L. y J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., Paris, 1970, t. 2, N° 1677-2.

## 8. LOS DEBERES IMPUESTOS A LA VÍCTIMA

Los autores han discutido si se trata de una real obligación o, más bien, de un deber de mitigar el daño. En verdad, los excesos en que a veces se incurre en la doctrina de precisión terminológica no terminan por llevar a buen puerto, pues de lo que se trata en este caso, es saber qué es lo que se impone, en definitiva a la víctima al hablarse de una "obligación" o de un "deber" de mitigar el daño. Y, desde este punto de vista, el contenido de este deber —término, que preferimos para evitar las objeciones que el empleo de la noción técnica de obligación acarrea— debe ser apreciado desde varios aspectos, puesto que, tratándose de un deber de obrar diligentemente, la conducta que se impone a la víctima dependerá de las circunstancias del daño producido y, aun, si hay o no contrato.

Así, la víctima puede estar obligada a tomar medidas conservativas, medidas de reparación y, aun, medidas de sustitución, como resulta, por lo demás, de las diversas reglas que, en materia de seguros, donde existe ya una tradición en la materia, de ventas internacionales y en textos civiles ya han sido citadas a propósito de la admisión de este deber en el Derecho Comparado.

## 8.1 Medidas conservativas

A veces, medidas de conservación de una cosa ya dañada pueden ser necesarias para no agravar el daño y, aun, para mitigarlo. La convención de Viena de 11 de abril de 1980, en sus artículos 85, 86, 87 y 88 se refieren a ellas. En materia de seguros es común que el asegurado, una vez producido el siniestro, por ejemplo, el incendio de mercaderías, deba ordenar la vigilancia de lo que queda para evitar hurtos, o deba adoptar medidas para impedir que los bienes dañados sean deteriorados por el agua, o deba transportar los bienes a, otro lugar, etc. ...<sup>59</sup>; como se ha visto, incluso, en el texto de las pólizas comunes. Y en materia extracontractual también es posible imaginar situaciones en que la víctima diligente deba tomar medidas parecidas<sup>60</sup>.

## 8.2 Medidas de reparación

Son también obvias en numerosas situaciones, tanto contractuales como extracontractuales. Por ejemplo, en un contrato de construcción la ley, en el art. 2.003

<sup>59</sup> Así, los casos de jurisprudencia española citados en SÁNCHEZ CALERO (n. 50), p. 305.

<sup>60</sup> Del mismo modo, situaciones tomadas de la experiencia belga, DALCO, R.O., "L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle", en *RDAI*, N° 6, 1987, p. 363: tomar cuidado de mercaderías perecibles luego de un accidente del vehículo que las transporta; señalización de los vehículos dañados para evitar en la noche nuevo accidente, etcétera.

N° 3 impone al constructor el deber de reparar los vicios de construcción; pero sería propio de la diligencia razonable que el dueño de la obra, ante problemas surgidos por esos vicios, tome ella misma medidas para mitigar su daño, sin esperar que intervenga el constructor con riesgo de agravar el daño en el intermedio.

Pero es tratándose de daños corporales que las medidas de reparación han sido más tratadas, por ser un ámbito en que ellas pueden, efectivamente, atenuar el daño producido y, aun, repararlo íntegramente; pero a la vez ellas recaen sobre intervenciones en el cuerpo humano, cuya inviolabilidad es reconocida y garantizada por la Constitución (art. 19 N° 1). En algunos derechos, como ocurre en Francia, la inviolabilidad del cuerpo humano aparece consagrada expresamente en el *Código Civil*. El art. 16.1, luego de la reforma del 1994 (ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994) lo dice expresamente. El art. 15 de *Código Civil* de Brasil de 2002 prescribe que: "Nadie puede ser constreñido a someterse, con riesgo de la vida, a tratamiento médico o intervención quirúrgica".

Resulta, entonces, discutible la aplicación del principio de mitigación del daño en esta materia; desde que la víctima bien podría invocar aquellos principios de inviolabilidad del cuerpo humano para negarse fundadamente a seguir tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas.

En esa eventualidad, como se dijo, alguna jurisprudencia en Francia había venido resolviendo que si nadie puede ser obligado a someterse a una intervención quirúrgica, la negativa infundada de la víctima que comprometa sus chances de curación o de mitigación del daño, debería ser considerada al momento de la evaluación del daño. De este modo, debía distinguirse entre simples tratamientos médicos sin riesgo mayor y no invasivos y aquellos otros de carácter quirúrgico. Entre éstos, aquellos que implicarían un riesgo serio y aquellos que no ofrecen, de acuerdo con la experiencia común, tal riesgo. En suma, habría que distinguir entre una negativa abusiva y una con fundamentos<sup>61</sup>. Como escribía el ilustre decano R. Savatier: "no nos parece posible, bajo pretexto que los jueces están en la imposibilidad de constreñir a un enfermo que se resiste a someterse a cuidados que le sanarían —punto, en general exacto— de deducir de allí que se encuentran en la imposibilidad de reconocer una culpa de su parte, para negarse a sancionar esta culpa frente al tercero a quien ella perjudica"<sup>62</sup>. El juez no puede obligar a la víctima a realizar un acto que

<sup>61</sup> Por ejemplo, Cass. Crim., 3 de julio de 1969, *JCP*, 1970, II, 16447, nota Savatier desestima recurso en contra de sentencia de Corte de Grenoble que estimó fundada la negativa de la víctima por los riesgos que implicaba una operación que disminuiría su invalidez. Y el criterio constante de la Corte de Casación había sido ese sentido (sentencias citadas por R. Savatier en la nota precedente).

<sup>62</sup> SAVATIER (n. 61). En el mismo sentido, VINEY y JOURDAIN (n. 30), N° 123; CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, N° 51.

ella se niega a hacer; pero eso no lo deja sin armas frente a tal comportamiento y de él puede deducir que si la negativa es abusiva, debe ser considerada al momento de evaluar el daño y el carácter abusivo en esta materia, depende de la naturaleza del tratamiento o de la intervención a que ella debe someterse. Si bien esa doctrina no era uniforme, pues había sentencias y autores que se mantenían en el principio de imposibilidad de vulnerar el cuerpo humano y de deducir de ello consecuencias en contra de la víctima<sup>63</sup>, la mayoría acogía el anterior predicamento. Ya hemos señalado que jurisprudencia reciente opta por no considerar la obligación de mitigar el daño; pero por nuestra parte, aceptando la existencia de este deber, nos parece que el criterio precedente resuelve adecuadamente la cuestión de las medidas que debe adoptar la víctima para disminuir o superar su daño en caso de perjuicios corporales.

También en Estados Unidos, como ya se dijo, se opta por considerar si el tratamiento que reduciría el daño es uno que una persona razonable y prudente aceptaría y según ello, reducir la indemnización si la víctima se niega a él<sup>64</sup> y si la intervención quirúrgica es importante y si tiene o chances de éxito<sup>65</sup> o, aun, si es o no muy dolorosa<sup>66</sup>.

Esas soluciones son plenamente aceptables para nuestro Derecho, desde que, en el fondo, no hacen sino aplicar el juicio objetivo de acto culpable a la conducta omisiva de la víctima. Desde luego, que si ésta se niega a seguir los consejos médicos o los contraviene y con ello agrava su daño, con mayor razón su indemnización será reducida.

### 8.3 Medidas sustitutivas

Es particularmente en el caso de la responsabilidad contractual en que es posible concebir medidas de sustitución que mitiguen el daño causado por el incumplimiento del deudor como, por ejemplo, la celebración de otro contrato que cumpla el fin económico perseguido. Sería el caso del arrendador que, frente a la ruptura unilateral del contrato por el arrendatario antes de la llegada del plazo, pudiendo convenir otro arrendamiento rápidamente y sin mayores dificultades, se mantiene en el derecho que le acuerda el art. 1.955. No haber tomado la medida sustitutiva implica una infracción del deber de mitigar el daño. O en un contrato de construcción, no porque el art. 2.003 N° 3 imponga al construc-

<sup>63</sup> Así, CARBONNIER, J., nota bajo Trib. Civ. Lille, 18 de marzo de 1947, D. 1947, 507 y las sentencias citadas por DOLL, P.J., "Des conséquences pécuniaires du refus par la victime de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures", en *JCP*, 1970, I, 2351.

<sup>64</sup> Verret v. MacDonough Marine Service, 5th. Circ. 1983, 705 F. 2d 1437, 1444.

<sup>65</sup> Stara v. Shell Oil Co. 5th. Circ. 1971, 450 F. 2d. 994.

<sup>66</sup> Medina v. Robinson, Del Super. 1959, 157, A. 2d. 254.

tor la responsabilidad por los daños causados por la ruina de un edificio, el dueño de la obra podrá permanecer pasivo frente a deterioros que una medida suya de sustitución disminuya el daño. Los ejemplos pueden multiplicarse. Por lo demás, la idea de un contrato de sustitución aparece en el art. 75 de la convención de Viena ya citada. Y la posibilidad de un contrato de sustitución aparece evocada en el art. 1.553 N° 2 del *Código Civil*.

### 9. EL COSTO DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO

Si el deudor o el causante del daño debe repararlo en su integridad y esa obligación resulta aliviada por la víctima que adopta las medidas para mitigar el perjuicio que sufre, la reparación será, en definitiva, menor con provecho para aquél. Resulta, entonces, lógico que el mayor costo que implican las medidas sea de conservación, de reparación o de sustitución sean puestos de cargo de quien es beneficiado. De allí que, por ejemplo, en materia de seguros, como ya se observó, él sea impuesto al asegurador y el mismo principio debe extenderse a otros contratos y, aun, fuera del ámbito contractual. Esos gastos, en definitiva, implican un aumento del daño sufrido y, por ende, han de ser soportados por quien causó inicialmente el perjuicio.