

Algunas consideraciones sobre el deber de mitigación del daño: perspectiva y aplicación por los Tribunales Arbitrales

SOME CONSIDERATIONS ON THE DUTY TO MITIGATE DAMAGES: PERSPECTIVE AND APPLICATION BY ARBITRAL TRIBUNALS

*Doménica Ayala López**

Recibido/Received: 02/11/2023

Aceptado/Accepted: 27/11/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del deber de mitigación del daño. 3. Naturaleza del deber de mitigación del daño. 3.1. Conceptualización. 4. Algunos criterios de tribunales arbitrales. 4.1. International Chamber of Commerce Award No. 8817. 4.2. International Chamber of Commerce Award No. 9594. 5. Conclusión.

RESUMEN: En el marco de la constante evolución del Derecho de Daños, la indemnización o compensación que exigía la víctima empieza a verse limitada por una serie de factores, entre estos, el deber de mitigación del daño, dejando atrás la concepción tradicional de que, necesariamente todo detrimento o daño deba ser reparado. El deber de mitigación del daño ostenta una naturaleza compleja, desarrollado en el sistema del *common law*. Ahora bien, a efectos del presente trabajo, se busca analizar y presentar algunas consideraciones que los tribunales arbitrales han realizado respecto a las particularidades del deber de mitigación del daño, como un limitante de las indemnizaciones o compensaciones exigidas por una de las partes, que, pudiendo tomar medidas razonables para disminuir los efectos dañinos, no incurrió en estas.

PALABRAS CLAVE: mitigación del daño, criterio de Tribunales Arbitrales, medidas razonables.

* Abogada en Sur Legal Estudio Jurídico. Abogada por la Universidad del Azuay. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: dayala@surlegal.com

ABSTRACT: Within the framework of the constant evolution of Tort Law, the indemnity or compensation demanded by the victim begins to be limited by a series of factors, among these, the duty to mitigate the damage, leaving behind the traditional conception that, necessarily, all detriment or damage must be repaired. The duty to mitigate damages has a complex nature, developed in the common law system. Now, for the purposes of this paper, we seek to analyze and present some considerations that arbitral tribunals have made regarding the particularities of the duty to mitigate damages, as a limitation of the indemnities or compensations demanded by one of the parties, which, being able to take reasonable measures to reduce the harmful effects, did not incur in these.

KEYWORDS: mitigation of damages, arbitration criterion, reasonable measures.

1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho de Daños, uno de los axiomas más utilizados para justificar la indemnización a la que tiene derecho la víctima, se fundamenta en que todo daño debe ser reparado, como lo han incorporado un sinnúmero de códigos civiles, incluyendo el Código Civil Ecuatoriano¹. En ese sentido, tradicionalmente se ha considerado que la indemnización o reparación debe comprender todos los perjuicios irrogados, como sostiene el profesor Arturo Solarte Rodríguez, el resarcimiento va encaminado a que se sitúe a la víctima en una situación similar a la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiese ocurrido, coligiendo que, la reparación deberá abarcar todos los detrimentos o perjuicios que ha sufrido la víctima como resultado del hecho dañoso². No obstante, este enunciado y criterio tradicional, no es aplicado en estricto sentido por los tribunales arbitrales, debido a los diferentes factores que enmarcan al resultado dañoso. Entre ellos, el deber de mitigación del daño.

El deber de mitigación del daño como figura jurídica constituye un limitante a la indemnización que le correspondería al sujeto que sufre el daño, debido a su inactividad ante este, pudiendo razonablemente actuar para disminuir los efectos dañinos.

1 Código Civil Ecuatoriano, Artículo 2229, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

2 C. JARAMILLO, *Los Deberes de evitar y mitigar el daño*, Ed. 15, Editorial Temis, 2013.

A efectos de ejemplificar lo que se debe entender por mitigación del daño, es pertinente citar a Felipe Suescún de Roa, quien, a su vez, cita a Richard Posner:

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 inicial³.

Del mencionado ejemplo, el sujeto que sufre el daño por el incumplimiento de la otra parte reconoce la posibilidad de disminuir los efectos dañinos que ocasionó la actuación del otro y decidió aplacar las afectaciones, sin que desaparezcan en su totalidad, pero, en definitiva, disminuyéndolas. En consecuencia, el deber de mitigación del daño ha ido tomando fuerza a través de los años como un limitante a la indemnización de la víctima, tanto en las cortes de justicia ordinaria como ante los tribunales arbitrales. Siendo interés del presente trabajo analizar algunas consideraciones que han realizado los tribunales arbitrales sobre el rol del deber de mitigación del daño ante la indemnización requerida por la víctima.

2. ANTECEDENTES DEL DEBER DE MITIGACIÓN DEL DAÑO

El deber de mitigar el daño se asocia en su generalidad al sistema del *common law*, sin embargo, su influencia no se limita a este sistema, mostrando una interesante visibilidad en el sistema del *civil law*. En el primer sistema mencionado, destaca el caso *Staniforth c. Lyall* de 1830, en el cual los magistrados determinaron que la víctima no puede ser indemnizada por los detrimentos que pudo haber evitado mediante el ejercicio de actuaciones razonables que estaban a su alcance. De igual forma, en el caso *Vertue c. Bird*, en el que un comerciante ante el rechazo injustificado de su mercadería, la dejó abandonada, posibilitando que esta se deteriorara en su totalidad. Ante lo cual, el

3 F. SUESCÚN DE ROA, “plainCitation”:”Felipe Suescún De Roa, ‘Mitigación de daños en materia contractual’ (2018“Mitigación de daños en materia contractual”, *Vniversitas* Vol. 67, Núm. 136, 2018.

tribunal determinó que el comerciante no tenía derecho a la indemnización por la pérdida de la mercancía, pues había estado en su poder el cuidado de la mercancía, deviniendo en su destrucción, a pesar de la inexecución contractual de la otra parte⁴. Finalmente, no fue hasta 1912 que, conforme la doctrina, el deber de mitigación del daño obtuvo su máximo esplendor, a través del caso *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. c. Underground Electric Railways Co of London Ltd.*⁵, sentencia de la que se pueden rescatar las nociones de daño evitable, protección del demandante cuando intenta mitigar el daño y los daños efectivamente evitados.

Respecto a la primera noción, la sentencia y posteriores fallos son claros al determinar que quien reclama la indemnización de daños, no puede recuperar aquella parte de la pérdida que hubiese podido evitar si actuaba razonablemente para su mitigación. En cuanto a la segunda noción mencionada, constituye un reconocimiento para quien ha incurrido en gastos para disminuir los detrimentos, pues se busca que, quien tenga la mejor posición para minimizar el daño, tenga los estímulos para hacerlo. Finalmente, en relación con la tercera noción desarrollada por la jurisprudencia anglosajona, los daños efectivamente evitados, como su nombre lo indica, implica que el demandante no puede ser compensado por aquellos detrimentos que eventualmente se habrían producido, sino únicamente por los que se plasmaron en la realidad⁶.

Estas premisas en la posterioridad sirvieron de fundamento para materializar en los diferentes cuerpos normativos el deber de mitigación del daño.

Por otro lado, si bien el *common law* desarrolló y moldeó la figura jurídica del deber de mitigación del daño, es dable reconocer que esta figura también

4 J. BARONE GONZÁLEZ, “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, *Verba Iuris* No. 39, 2018.

5 Ídem., “[...] La controversia se originó por el incumplimiento de un contrato de venta de turbinas, cuya eficiencia en el consumo de carbón resultó inferior a lo pactado. El comprador demandó al vendedor y, paralelamente, adquirió unas turbinas que resultaron más eficientes a las previstas en el contrato incumplido. Como consecuencia de lo anterior, se generaron ventajas económicas para el comprador por disminución de los costos de operación de las turbinas. En el curso del proceso, la Cámara de los Lores sostuvo que el demandante no podía solicitar una indemnización por pérdida de utilidad partiendo de la hipótesis del daño que pudo haber generado el incumplimiento del contrato, pues lo concreto era que había tomado medidas para mitigar sus perjuicios, las cuales inclusive le generaron una mayor utilidad. Por tanto, estableció las siguientes reglas: (i) el demandante no puede recuperar los daños por la pérdida que era evitable; (ii) el demandante no puede recuperar los daños por la pérdida que evitó; y (iii) el demandante puede recuperar el valor de los gastos incurridos para evitar o tratar de evitar la pérdida.

6 C. JARAMILLO, N. 2.

tuvo sus acercamientos al sistema del *civil law* desde el Derecho romano, a partir de nociones como el *daño evitable por el acreedor*, estableciendo que este no formaba parte del *quantum respondeatur*⁷. Esta ha sido una de las primeras referencias romanas, la señalada por el jurisconsulto Alfenio Varo, respecto al caso de un esclavo herido por una tercera persona, quien muere posteriormente, ante lo cual el jurisconsulto determinó que el propietario del esclavo solo tendría acción por la muerte del esclavo, si esta no se debió a la mala atención del heleno o, de la propia negligencia del propietario⁸. De igual forma, el jurisconsulto Ulpiano materializó en un texto, el caso en el que se invita a un vendedor a no desperdiciar el vino, por no haber acudido su comprador. Ya que, ante esa situación, el vendedor puede recuperar el valor similar por el arriendo de las tinajas o venderle a un tercero por un precio inferior pero cercano al que planeaba vender inicialmente, frente a lo cual, el vendedor tiene el derecho a exigir la diferencia⁹.

Estas referencias y casos expuestos por los jurisconsultos romanos evidencian que el deber de mitigación del daño no fue una figura jurídica ajena al sistema del *civil law*; por el contrario, entre las particularidades que definen a este sistema, la mitigación del daño supo adaptarse y encontrar fundamentos jurídicos que lo respalden, como lo fue la actitud del *diligens pater familias*, otra noción estrechamente ligada a la culpa, pues, en palabras de la Dra. San Martín:

En Roma todas las personas estaban gravadas con una carga de diligencia consigo mismo. Por tanto, de frente a una situación de daño o de riesgo, el sujeto debía adoptar las medidas que el diligens pater familias habría adoptado de encontrarse en la misma posición, so pena de no recibir resarcimiento por el daño atribuible a su pasividad, la cual constituía culpa¹⁰.

Por consiguiente, tanto en el *common law* como el *civil law*, el deber de mitigación del daño adquiere forma en la idea de impedir que la parte afectada obtenga una indemnización que cubra la totalidad de sus perjuicios, sin que haya mediado la diligencia mínima, por parte de esta, para que tome medidas razonables para disminuir el daño, cuando estas estaban a su alcance.

7 Cuánto se debe responder.

8 J. BARONE GONZÁLEZ, N. 4.

9 Idem.

10 C. JARAMILLO, N. 2.

Ahora bien, una vez se ha establecido brevemente los antecedentes del deber de mitigación del daño, corresponde intentar conceptualizar a la figura jurídica, atendiendo a su naturaleza y a su estrecha relación con el principio de buena fe.

3. NATURALEZA DEL DEBER DE MITIGACIÓN DEL DAÑO

Previo a conceptualizar a la figura de la mitigación del daño, es importante destacar la discusión doctrinaria sobre esta, ante el cuestionamiento de si ostenta la naturaleza de obligación, carga o deber.

Con respecto a su posible naturaleza de obligación, se debe partir del concepto fundamental de esta: un vínculo jurídico entre dos partes, a través del cual, una parte le exige a la otra, una prestación determinada de dar, hacer o no hacer algo¹¹. Es decir, si la mitigación del daño constituyera una obligación, la víctima estaría obligada con la otra parte, a realizar actos razonables para disminuir el daño ocasionado. Criterio que es compartido por doctrinarios como Troncoso.

No obstante, este criterio adolece de una serie de complicaciones, pues no se trataría de una relación jurídica típica entre el deudor y el acreedor, resultando ilógico pensar que quien ha causado el daño pretenda requerir el cumplimiento forzoso a la víctima de su obligación de mitigar el daño, cuando esta no ha realizado actuaciones tendientes a disminuir la afectación¹².

En consecuencia, si se utiliza el término obligación y se pretendiera otorgarle esa naturaleza, ante su incumplimiento, daría la posibilidad de reclamar su ejecución, incluso perjuicios derivados¹³, situación que se alejaría de forma extrema al sentido de la figura jurídica.

Por otro lado, para analizar brevemente si su naturaleza jurídica es la de una carga, es menester tomar en cuenta lo señalado por Hermosilla Estay y Reyes Espejo, quienes, a su vez, citan a Vidal:

11 E. GUARDERAS, *Apuntes sobre Teoría de las Obligaciones*, Ed. 1. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.

12 A. MOREA, *La naturaleza jurídica del instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2019.

13 P. HERMOSILLA ESTAY y R. REYES ESPEJO, *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, Universidad de Chile, 2013.

[...] la imposición legal, o convencional, de una determinada conducta, cuyo incumplimiento no otorga al perjudicado una pretensión encaminada a exigir su observancia; empero, ubica a su titular ante ciertas desventajas jurídicas, como la pérdida o reducción de derechos¹⁴.

Es decir, si la mitigación del daño constituye una carga para la víctima, de realizar todos los actos razonables tendientes a reducir el daño. Siguiendo la lógica de líneas anteriores, su incumplimiento no daría lugar a exigencia alguna; sin embargo, sí daría lugar a que quien ostenta la carga vea disminuidos sus derechos o la amplitud de su indemnización.

Ahora bien, entre las diferentes acepciones, el criterio de considerar a la mitigación del daño como una carga a diferencia del criterio de considerarla una obligación, tiene mayores adeptos, señalando que, en efecto, es una carga al solo mirar los intereses propios de quien la ostenta¹⁵.

No obstante, previo a establecer cuál es la posición adoptada para efectos de este trabajo es pertinente señalar la justificación doctrinaria de por qué estaríamos frente a un deber y no una carga. La noción de deber jurídico implica “la necesidad de adecuar nuestra conducta al ordenamiento entendido como complejo de normas y principios de derecho, tanto de orden natural como positivo”¹⁶. Es decir, el deber jurídico obedece a una noción de justicia y cumplimiento de los preceptos positivos, que, de no seguirlos en el caso en cuestión implicaría un abuso por parte de quien no tomó las medidas tendientes a mitigar el daño, pudiendo hacerlo, beneficiándose de una indemnización en evidente desmedro de quien ocasionó el daño en primer lugar. Este criterio es sostenido por una serie de autores como Trigo Represas quien declara: “Es un deber del damnificado por el incumplimiento de la obligación o por el acto ilícito, contribuir con su conducta a que se limite, en cuanto sea posible, la magnitud del daño”¹⁷.

En consecuencia, al analizar la mitigación del daño como una carga o un deber jurídico resulta relevante considerar lo expuesto por Torre Ávila:

14 Ídem.

15 P. HERMOSILLA ESTAY y R. REYES ESPEJO, N. 13.

16 A. MOREA, N. 12.

17 Ídem.

El interés recae en las dos partes, no solamente en la víctima que inicialmente debe procurar por su propio bienestar, sino que también presenta un interés de la otra parte involucrada, en la medida que este está interesado en que se cuantifique el valor de la indemnización, conforme a los perjuicios que realmente tienen la connotación de indemnizables¹⁸.

Si se acoge este pensamiento se vería solventada la idea de que la mitigación del daño necesariamente es una carga al solo mirar el interés propio de la víctima, pues el criterio orientado a considerarlo como un deber jurídico señala expresamente que los intereses en juego no involucran únicamente a la víctima, sino a las dos partes, pues también sería relevante para quien ha ocasionado el daño responder solamente por los daños no evitables. No obstante, este solo es uno de los criterios que los doctrinarios han venido desarrollando, por lo que, para efectos del presente trabajo es pertinente establecer que, la mitigación del daño puede tener la naturaleza deber jurídico, sin perjuicio de que también pueda ser considerada como una carga, puesto que la precisión terminológica es un debate que no es posible abarcar en su totalidad a través de este texto, sin que sea necesario determinar estrictamente para continuar con el mismo.

3.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Para conceptualizar el deber de mitigación del daño es primordial establecer que su importancia ha ido creciendo conforme ha ido evolucionando el Derecho de Daños, al enfocar su atención no solamente en el daño, sino en su prevención y mitigación. En ese sentido, quizás las palabras más certeras para conceptualizar este deber son las del profesor uruguayo Juan Benítez Caorsi, quien declara en términos claros que:

El deber de evitar o mitigar el daño se explica coloquialmente diciendo que la víctima no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal, sino muy por el contrario, debe hacer todo lo necesario para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiera cumplido o el ilícito no se hubiera producido [...]. Actualmente se requiere

18 C. TORRE ÁVILA, *Una aproximación al alcance del deber de mitigar el daño*, Universidad Externado de Colombia, 2021.

del damnificado una participación activa, dirigida a atenuar las consecuencias dañosas provocadas por el hecho ilícito¹⁹

Es decir, el deber de mitigación del daño está fundamentado en el deber de disminuir o aplacar los resultados dañosos, un deber que le corresponde a la víctima, quien no puede mantenerse en un estado indiferente y pasivo, frente a las acciones razonables que podría realizar para mitigar el daño, una perspectiva post-daño, que infiere directamente en el cálculo de la indemnización, como un limitante respecto a los daños no evitables.

4. ALGUNOS CRITERIOS DE TRIBUNALES ARBITRALES

Una vez se ha desarrollado doctrinariamente y, a breves rasgos, el deber de mitigación del daño corresponde analizar su aplicación a través de las diferentes perspectivas de los tribunales arbitrales. He de señalar que los laudos arbitrales que se han seleccionado para el presente trabajo tienen como fundamentación y referencia a diferentes cuerpos normativos de carácter internacional, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Cuerpos normativos que, de forma expresa, regulan y hacen referencia en sus disposiciones al deber de mitigación del daño, motivo por el cual se ha preferido su análisis antes que, de aquellos juicios arbitrales cuya ley aplicable no consagra expresamente el deber de mitigación del daño.

4.1. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, CASO No. 8817

Una vez se ha expuesto el razonamiento para su análisis, es pertinente empezar con el laudo arbitral correspondiente al caso No. 8817, emitido por un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París en diciembre de 1997. De los hechos del caso, es relevante señalar que, entre las partes, una empresa española y otra danesa, existía un contrato de distribución y venta exclusiva de productos alimenticios. En el marco contractual surgió una disputa entre las partes, el reclamante, la empresa española se resistía a la terminación con efecto inmediato, mientras que la empresa danesa alegaba que se había producido un cambio de administración en el reclamante, siendo a su criterio

19 C. JARAMILLO, N. 2.

causa suficiente para la rescisión, adicional a la supuesta falta de recursos por parte del reclamante para pagar los valores adeudados. Según la parte reclamante, estas alegaciones ocultaban motivos de competencia desleal, ya que el anterior administrador había creado una nueva empresa rival y empezó a tener relaciones comerciales con la empresa danesa²⁰.

El Tribunal Arbitral decidió aplicar las disposiciones comprendidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, al igual que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en virtud del artículo 13 (3) del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI. De los elementos del caso se observaba que la reclamada intentó utilizar prácticas diferentes a las seguidas por las partes, referentes al plazo de pago. Lo que, en efecto, era contrario a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980 y, al principio 1.8 consagrado en los Principios Unidroit, aplicable a todos los contratos comerciales internacionales. Ante esto, el Tribunal considera insuficiente los motivos dados por la parte reclamada, al señalar que los cambios de las prácticas debieron ser negociadas y aceptadas por la otra parte²¹.

Ahora bien, respecto al tema que nos ocupa, el Tribunal Arbitral se refiere a los perjuicios irrogados al reclamante, manifestado que la interrupción de la contraprestación produjo perjuicios, consistentes en las dificultades para adoptar nuevas modalidades de fabricación. No obstante, la parte reclamada solicita que se aplique un principio común y general en el comercio internacional, que la parte que ha sufrido un perjuicio deberá adoptar las medidas necesarias para mitigarlo. Principio que es considerado por el Tribunal Arbitral, ratificando su pertinencia, a través de lo dispuesto en el artículo 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías²², al igual que lo dispuesto en los

20 Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 8817, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.

21 Ídem.

22 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Artículo 77, 1980. “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”.

Principios UNIDROIT, en su artículo 7.4.8.²³. Optando por aplicar el principio alegado por la otra parte, debidamente sustentado en las normativas a las que está sujeto el asunto de fondo, criterio del tribunal que es pertinente citar de forma textual: “*A falta de indicaciones sobre los esfuerzos e intentos realizados por la Demandante durante el supuesto año de inactividad, el árbitro considera que esta inactividad comercial fue causada en parte por la inercia de la Demandante*”²⁴ [La cursiva me pertenece].

Este criterio resulta concordante con lo expuesto por parte de la doctrina, al igual que lo consagrado positivamente, en efecto, es la falta de evidencia de los esfuerzos por la parte reclamante lo que impide obtener una indemnización total por los perjuicios, pues en palabras del árbitro, la inactividad comercial tiene fundamento en la inercia de la demandante, más no en el incumplimiento contractual de la empresa danesa, que si bien irrogó daños y perjuicios, no necesariamente todos estos últimos obedecen al hecho dañoso original del incumplimiento del acuerdo, sino a la falta de mitigación de los efectos de este, deber que estaba en manos de la parte reclamante, la empresa española.

Es decir, no basta alegar perjuicios derivados de un incumplimiento contractual, a la luz del caso en cuestión, el Tribunal Arbitral fue claro al manifestar que no existían pruebas suficientes que demuestren las aparentes dificultades que sufrió la parte reclamante en la adaptación a productos y condiciones diferentes. Esta falta de pruebas a la que hace referencia el Tribunal Arbitral permite inferir que, la visión de este es considerar que la parte reclamante es quien ostenta la carga de la prueba de los esfuerzos y diligencia debida para disminuir los perjuicios, un criterio que se guía por la literalidad de la normativa internacional. Sin embargo, buena parte de la doctrina se alinea al pensamiento de imponer la carga de la prueba al demandado, pues a este le correspondería probar que no está obligado a la totalidad de los perjuicios, sino únicamente a los que no eran evitables. Lo que en palabras del catedrático Carlos Ignacio Jaramillo, viene a ser la demostración de que la parte reclamante no tiene las *manos limpias*, porque fue este quien incumplió con su deber de mitigación, pretendiendo trasladar a la demandada pérdidas

23 A. GARRO, *Principios Unidroit: sobre contratos comerciales internacionales 2016*, Primera edición colombiana, Grupo Editorial Ibáñez: Centro de Estudios de Derecho Comparado: UNIDROIT, 2019. “[1] La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”.

24 Cámara de Comercio Internacional, N. 21.

razonablemente evitables²⁵. No obstante, este razonamiento compartido por muchos estudiosos del Derecho no fue el utilizado por el Tribunal Arbitral en el caso en cuestión, ya que únicamente se limita a considerar la alegación realizada por la parte demandada para determinar que, en efecto, la empresa española no había probado los perjuicios derivados del incumplimiento contractual y su tiempo de duración, yendo en contra del principio general de carga de la prueba, que en términos simples implica que quien alega prueba²⁶. Este criterio no deja de resultar interesante, debido a que si bien aplica de forma literal lo dispuesto en la normativa, también puede ser concordante con la naturaleza de la mitigación del daño antes analizada, ya que si estamos ante una carga o un deber jurídico impuesto al acreedor, a la parte reclamante, podría pensarse un factor para invertir la carga de la prueba, como excepción a la regla general, pues solo este en la posición de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles y razonables, los que incluso dieran paso a un reembolso de los gastos incurridos para mitigar los efectos perjudiciales.

En definitiva, del primer caso analizado se puede colegir la aplicación de cuerpos normativos que consagran expresamente el deber de mitigación del daño, sustentando desde el derecho positivo, el principio alegado por la parte demandada, circunstancia que puede ser determinante si estamos ante un tribunal que sea menos proclive a la aplicación de principios, cuando no existe derecho positivo que lo respalde, situación que es más habitual en el ámbito de la justicia ordinaria. De igual forma, el régimen de la carga de la prueba en este caso escapa de la generalidad, sin perjuicio de que sea menos válido, pues es innegable que el Tribunal Arbitral formó su criterio en concordancia a lo que exige la normativa internacional para quien invoque el incumplimiento, lo que también puede ser concordante con la naturaleza del deber de mitigación del daño y la posición para probar los esfuerzos y gastos realizados por el acreedor.

4.1. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, CASO No. 9594

El segundo laudo por analizar corresponde al caso No. 9594, emitido por un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París en 1999. De los hechos del caso, es relevante mencionar que el conflicto se suscitó en el marco de un contrato para la fabricación e instalación de

25 C. JARAMILLO, N. 2.

26 *Onus probandi*.

maquinaria industrial entre una empresa española y una empresa con sede en la India. Posterior a la instalación de la maquinaria se observó que la misma era defectuosa. Ante esto, la demandante —empresa española— ofreció arreglar la maquinaria, lo que la demandada no consideró y suspendió el pago, sin perjuicio de empezar a utilizar la maquinaria, que dio paso a que sus clientes demandaran daños y perjuicios por los productos defectuosos. En este escenario, las empresas se acusaron mutuamente de haber incurrido en incumplimiento contractual, adicional a los daños y perjuicios que reclamó la empresa con sede en India como resultado del mal funcionamiento de la maquinaria²⁷.

En este caso, el Tribunal Arbitral estuvo llamado a aplicar la ley inglesa para resolver el fondo del asunto. En ese sentido, la regla general respecto a los daños y perjuicios contractuales en la ley inglesa es que se busque una compensación integral; es decir, que la parte que ha sufrido los daños quede en un estado igual o similar al que estuviera si no se hubiera producido el daño. Sin embargo, en la legislación inglesa también está consagrado el deber de mitigación del daño como un limitante al principio antes mencionado. Es así como, el Tribunal Arbitral en aplicación de la ley inglesa y de los Principios UNIDROIT, opta por considerar esta figura jurídica, según los siguientes razonamientos:

- (i) Cuando se exige que el demandante tome todas las medidas razonables para mitigar la pérdida, esto implica que el demandante no tiene la prerrogativa para cargar al demandado, daños y perjuicios en una suma mayor a lo que razonablemente necesita incurrir para reparar la pérdida.
- (ii) En ese sentido, la empresa con sede en India alegó que **sí** actuó en concordancia para mitigar su pérdida, ya que, si hubiera rechazado la maquinaria, esto hubiese devenido en pérdidas más amplias. No obstante, esta empresa no pareció analizar la posibilidad de mitigar su pérdida a través de la negociación y una posible conciliación. La empresa demandada debió haber aceptado o siquiera analizar las ofertas realizadas por la empresa española²⁸.

Ahora bien, estos razonamientos dieron lugar a que el Tribunal Arbitral negara los daños indirectos que exigía la otra parte en su contrademanda, pues,

²⁷ Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 9594, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.

²⁸ Ídem.

a criterio del tribunal, resultaba irrisorio que se pretendiera trasladar valores superiores a los que podría llegar a requerir para remediar la pérdida, en detrimento de la empresa española. Por otro lado, el tribunal con absoluta claridad deja en evidencia la falta de actuaciones por parte de la empresa con sede en India que mitiguen la pérdida alegada, tal es así que, da ejemplos de estas actuaciones, como la negociación y la conciliación ante la oferta de arreglar la maquinaria por parte de la empresa española. Permittiéndonos observar cuáles podrían ser estas medidas razonables, que exige la doctrina y la normativa.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral también se cuestiona el periodo de tiempo en el que la empresa con sede en India empezó a adoptar medidas razonables para mitigar el daño, pues estas únicamente empezaron a realizarse una vez se inició el procedimiento arbitral, lo que, no se podrían considerar oportunas.

En definitiva, del segundo caso analizado se pueden identificar claros ejemplos de medidas razonables en el contexto contractual que se presentó ante el tribunal, incluso, el alcance de la motivación del laudo analizado es tal —en virtud de la extensa jurisprudencia inglesa—, que recoge lo expuesto en el caso *Payzu Ltd. c. Sanders* [1919], en el cual, Lord Scrutton señaló que entre las medidas a adoptarse para mitigar el daño una de ellas es la continuación de la relación comercial con la parte que incumplió, o en este caso, entregó maquinaria defectuosa, ya que, en su experiencia, en los contratos comerciales suele ser razonable negociar y aceptar ofertas de la parte que incumplió²⁹. Por lo que, a mi criterio, este laudo permite vislumbrar de forma concreta y en el contexto contractual, cuáles son aquellas acciones razonables que debe realizar quien invoca el incumplimiento según los Principios UNIDROIT y la legislación inglesa.

5. CONCLUSIÓN

El deber de mitigar el daño ha obtenido el reconocimiento de importantes cuerpos normativos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT, no obstante, su naturaleza y particularidades respecto a lo que se debe entender como medidas razonables para mitigar el daño, la carga de la prueba, entre otras, aun generan discusión. De ahí la relevancia de analizar decisiones de tribunales arbitrales que permitan llenar

29 Ídem.

esos vacíos o seguir aportando a la discusión doctrinaria, con la flexibilidad y riqueza que implica someterse a cuerpos normativos de carácter internacional, sin el limitante de la normativa interna o la falta de esta.

De igual forma, el presente trabajo ha permitido evidenciar la influencia y posicionamiento que ostenta el deber de mitigación del daño en los ordenamientos jurídicos del *common law*, como es el caso del derecho inglés. Mientras que, en ordenamientos jurídicos que se rigen por el *civil law* no es habitual revestir al deber de mitigación del daño de un rol protagónico en la normativa, más allá de su vinculación como deber derivado de la buena fe. Menos aún, en un proceso de justicia ordinaria, en el que, su falta de reconocimiento positivo puede constituir un desincentivo para su aplicación.

Por lo que, en definitiva, resulta imperioso seguir analizando el deber de mitigación del daño e incluso valorar la posibilidad de incorporarlo en mayor medida y de forma expresa, en los ordenamientos jurídicos que se rigen por el *civil law*, como es el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en cuanto se trata de una figura jurídica sumamente interesante y a la par con la constante evolución del Derecho de Daños.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Barone González, J.L. “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, *Verba Iuris* No. 81, 2018.
- Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 8817, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.
- Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 9594, en *International Chamber of Commerce Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 2001.
- Código Civil, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980.
- Garro, A. *Principios Unidroit: sobre contratos comerciales internacionales 2016*. Primera edición colombiana, Grupo Editorial Ibáñez: Centro de Estudios de Derecho Comparado: UNIDROIT, 2019.
- Guarderas, E. *Apuntes sobre Teoría de las Obligaciones*, Ed. 1. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.
- Hermosilla Estay, P., Reyes Espejo, R. *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, Universidad de Chile, 2013.
- Jaramillo, C. *Los deberes de evitar y mitigar el daño*. Editorial Temis, 2013.
- Morea, A. *La naturaleza jurídica del instituto de la mitigación del daño evitable por parte de la víctima*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2019.
- Suescún de Roa, F. “Mitigación de daños en materia contractual”, *Vniversitas* Vol. 67, Núm. 136, 2018.”
- Torre Ávila, C. *Una aproximación al alcance del deber de mitigar el daño*, Universidad Externado de Colombia, 2021.