

EL LLAMADO DEBER DE MITIGAR EL DAÑO (Con especial referencia a los Principios UNIDROIT)

POR

ELÍAS MANTERO MAURI

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión que plantearemos en este trabajo es la siguiente: ¿debe la conducta del acreedor que, frente al incumplimiento de su deudor, no contiene o agrava los daños producidos en su esfera como consecuencia de un accionar negligente, tener incidencia para excluir o aminorar la indemnización de daños y perjuicios? La respuesta afirmativa se consagra expresamente en los **Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales en su artículo 7.4.8 (1)**, según el cual “[l]a 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”. También recoge la aplicación de la regla la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Ley uruguaya No. 16.789). Su Artículo 77 establece que “[l]a 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 que debía haberse reducido la pérdida”; solución de principio claramente trasladable fuera del terreno específico de dicha Ley.

Sin embargo, la regla es de vieja data. El insigne jurista francés POTHIER en su “Tratado de las Obligaciones”, cuya primera edición es del año 1761¹, ya sostenía por aquellas épocas una solución respecto al tema objeto de este análisis, similar a la de los mencionados instrumentos. Es por ello que nos parece interesante convocarlo en un análisis de los entendimientos actuales sobre la materia.

¹ Se ha consultado la traducción española del Tratado (Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1993).

II. POTHIER

En uno de los magistrales ejemplos con que POTHIER explica sus ideas, se observa una limitante al daño resarcible relacionada con la conducta del acreedor víctima del incumplimiento respecto a la contención del daño. En el ejemplo de la venta de una vaca infectada que contagia a los bueyes del comprador con los cuales éste cultivaba la tierra, POTHIER se plantea si el vendedor que vendió a sabiendas la vaca infectada (esto es, incurriendo en incumplimiento doloso) está obligado a reparar al comprador la pérdida producida por la imposibilidad de cultivar la tierra a consecuencia de la falta de los bueyes para el trabajo. Allí establece el autor que el daño derivado de no poder hacer producir las tierras podría tener causa en hechos subsiguientes a la muerte de los bueyes y atribuibles al acreedor, y que en tal caso el daño no sería imputable al incumplimiento del deudor, marcando con ello la existencia de un deber del acreedor de procurar evitar el daño a través de determinados actos. Expresa el autor: “La pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: ‘yo podría no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar más tierras por otros animales que podría comprar, o caso de que no tuviera ese medio que hubiese podido a alquilar, o bien sub arrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mí mismo’. Empero, como, por más que se recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mí mismo, con mis bueyes que he perdido por el dolo del tratante, esto puede entrar por

alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos"².

De las palabras de POTHIER se desprende lo que hoy mayoritariamente se entiende sobre la materia. El autor reconoce una exigencia al acreedor víctima del incumplimiento de realizar actos tendientes a aminorar el daño (comprar otros animales, sub arrendar tierras para que las cultive otro, etc.), cuya no observancia determina que el perjuicio final acaecido (pérdidas por falta de cultivo de las tierras) pueda no atribuirse al deudor, ya que sería imputable a una conducta del acreedor. Sin embargo, POTHIER advierte que ese deber del acreedor tiene límites, presupone siempre **que el acreedor hubiera estado en posibilidad de realizar los actos mitigadores del daño**: poseer los "medios" para adquirir otros bueyes y explotar directamente o tener la chance de subarrendar las tierras incultas. Y aun así, según POTHIER, el acreedor que emplea medios para evitar un daño que igualmente acaece tiene derecho a ser resarcido del efectivamente producido, que en el caso sería haber podido retirar más "provecho de mis tierras", de haber sido explotadas directamente.

III. LA SITUACIÓN EN NUESTROS DÍAS

III.1) La admisión de la regla

Al igual que en el pensamiento de POTHIER, hoy también se entiende que se debe limitar el resarcimiento cuando el acreedor, dentro de ciertos parámetros, no atenúa el daño producido en ocasión del incumplimiento del deudor. Así, el Art. 1227 inc. 2 del Cód. Civ. Ital. establece el principio de que no se debe resarcimiento por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. La Convención de Viena (art. 77) recurre al concepto de "*medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida*"³.

Esta máxima, aun sin norma expresa que la consagre, es aceptada también por GAMARRA, quien distingue dos momentos de incidencia distinta de la culpa de la víctima. Por un lado, la incidencia en la causación del evento

dañoso (un típico caso de interrupción del nexo causal) que nadie duda en aceptar, por reflejo, como límite del daño resarcible (en pureza, ausencia de nexo causal). Por otro lado existe, como señala GAMARRA, una segunda incidencia que puede verificarse cuando el damnificado es "*negligente y omite realizar las curas necesarias por ignorancia o incuria*"; en tal caso, a su juicio, "*el aumento del daño tiene aquí por autor a la propia víctima*", indicando el autor que se trata en realidad "*del mismo principio que fundamenta la eximente de culpa de la víctima... (y) difiere exclusivamente en el momento temporal donde la regla es aplicada*"⁴.

CARNELLI indica que el acreedor cumplidor que sufre el incumplimiento de su contraparte tiene derecho a indemnización pero "*también el deber de evitar los daños del incumplimiento o su agravamiento, dentro de sus posibilidades, usando la ordinaria diligencia*"⁵. CARNELLI estudia un caso en el que el adquirente de determinados bienes que no son entregados por el proveedor contratado recurre a un tercero para obtener dichos bienes y evitar el agravamiento del daño, en cumplimiento de su deber de no agravar el daño. Es importante destacar que en estos casos (por otra parte, los más usuales) no se trata de una prestación infungible (en cuyo caso no podría ser reprochable no obtenerla).

En nuestra doctrina también aceptan la máxima J. L. GAMARRA⁶, BENITEZ CAORSI⁷ y el autor del presente junto con CAFFERA⁸.

En la doctrina italiana, MONATERI, explicando la regla, expresa que se presupone ya realizado el evento dañoso y se consideran los perjuicios ulteriores que la víctima podía evitar con la diligencia media. "*No se trata entonces de las hipótesis en que la víctima concurre en la producción del evento dañoso (común hecho de la víctima), sino aquellas en las cuales la víctima no evita consecuencias perjudiciales evitables con la*

⁴ GAMARRA, TDCU, Tomo XXIII, FCU, Montevideo, 1991, ps. 39 y 40. CAFFERA G.-MANTERO MAURI, E., ob. cit., p. 106.

⁵ CARNELLI, S., *Licitud de la conducta del acreedor que obtiene de un tercero el bien que no recibe por incumplimiento de su deudor*, en ADCU, tomo XXXVI, p. 732.

⁶ GAMARRA, J. L., en Gamarra J. y Gamarra, J. L., *Responsabilidad extracontractual*, FCU, Montevideo, 2007, p. 84.

⁷ "La obligación de minimizar el daño", en *La ley Uruguay*, Año I, Nro. 1, 2008, ps. 7 y ss.

⁸ CAFFERA-MANTERO MAURI, ob. cit., ps. 105-109.

² POTHIER, ob. cit., p. 99 (destacado nuestro).

³ Ver: LORENZETTI, R., *Tratado de los Contratos*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Bs. As- Santa Fe, 2003, p. 447.

normal diligencia"⁹. En la misma línea señala VISINTINI que el normal hecho de la víctima concierne a la fase causal del daño y refleja una hipótesis de concurrencia de causas: el hecho del deudor causante del daño y el del acreedor-damnificado; mientras que el objeto de este análisis "presupone que el evento dañoso inicial ya se ha producido, y refleja la hipótesis de las consecuencias ulteriores a la lesión originaria y, por lo tanto, imputables a una única causa eficiente, pero evitables por el acreedor damnificado"¹⁰.

LAITHIER agrega, como argumento a favor de este límite al resarcimiento, la obligación de la víctima de actuar de buena fe¹¹. El principio de la buena fe también es invocado en una discordia de VAN ROMPAEY cuando integraba la SCJ, indicando que la aplicación del principio de la buena fe determina que el acreedor deba adoptar una actitud activa para evitar la agravación del daño. Si en vez de ello se mantiene injustificadamente pasivo, esperando que el daño se produzca para luego reclamarlo al deudor, no le es admitido aumentar el monto indemnizatorio por violación del mencionado principio¹². LE ROY señala que ciertos casos similares de inactividad disminuyente del daño podrían encajar en la figura del abuso de derecho¹³.

En nuestra jurisprudencia, VAN ROMPAEY (en la discordia ya citada) indicó que no puede aumentarse el daño resarcible por "la inacción, pasividad o inercia injustificables de la víctima que deja prolongar el daño determinando así su agravación si le hubiere sido razonablemente posible la adopción de recaudos que evitaran la permanencia de la situación perjudicial".

Huelga decir para culminar este apartado que la regla sentada aplica tanto a la responsabilidad contractual -que es el objeto de este análisis- como a la extracontractual.

⁹ MONATERI, P. G., *La responsabilità civile*, en "Trattato di Diritto Civile, diretto da Rodolfo Sacco - Le fonti delle obbligazioni-", UTET, Torino, 1998, ps., 114-115 (trad. propia).

¹⁰ VISINTINI, G, *Tratado de la responsabilidad civil* 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 265-266.

¹¹ LAITHIER, I. M. "Ettude comparative des sanction..." 2004, p. 458, cit. por CARNELLI, ob. cit., p. 740, nota 54.

¹² LJU, tomo 106, caso 12217.

¹³ LE ROY, cit. por GAMARRA en TDCU, Tomo XXIII cit., p. 40.

III.2) Dos casos de la historia

a) Caso Cornachi

Se trata de un caso italiano del siglo XIX recogido en la obra de J. GIORGI "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", vol. II, Madrid, 1909, ps. 152-153.

"En 1870, la Real Intendencia de Hacienda, había celebrado en Florencia un alquiler con un tal Cornachi, revendedor de vinos, obligándose a entregarle el 1º de mayo, un local establecido en la calle Miguel Angel, con todo el decorado y servicios que tenía el día del contrato. La intendencia asumió esta obligación, despreciando imprudentemente los derechos que invocaba sobre el decorado y servicios un arrendatario anterior de la tienda. El hecho es, que estas pretensiones, fueron para la Intendencia un obstáculo insuperable a la ejecución del contrato, dando a Cornachi, que no pudo abrir su tienda, una razón plausible para obrar en resarcimiento de daños. Pero como la discreción no es don muy común entre los hombres, sobre todo si la codicia alimenta a la esperanza, ¿Qué hizo Cornachi? Se abstiene de buscar otro local donde emprender la reventa, rompió todos los contratos celebrados, y reclama de la intendencia el precio de las sumas pagadas por la resolución de estos y 20.000 liras anuales a título de lucros perdidos mientras hubiese debido durar el contrato. Estas pretensiones fueron rechazadas. El que ha concedido en arrendamiento una finca para una industria, debe creer, se dijo, que en caso de falta de consignación, el arrendatario que quiere ejercitar la industria se procurará otro local. Contará con reembolsar los gastos del nuevo contrato de arrendamiento, la diferencia con una renta más alta, y a lo sumo algún día de interrupción. Pero nadie, por muy prudente que sea, podrá prever que el arrendatario cese de continuar el ejercicio de la industria, resuelva todos los contratos y pretenda vivir á costa del arrendador por todo el tiempo del alquiler. Nadie podrá prever nunca que los provechos de una reventa de vinos, ascienda á la fabulosa suma de 20.000 liras anuales. La Intendencia, por consiguiente, no está obligada a resarcir estos daños y lucros que se dicen perdidos".

b) Caso Shirley MacLaine

En un interesante caso americano que involucró a la actriz Shirley MacLaine y a la productora cinematográfica 20th Century Fox¹⁴ se plantearon precisamente las cuestio-

nes que ahora analizamos. Shirley MacLaine tenía un contrato con 20th Century Fox para hacer un musical por U\$S 750.000. La Compañía incumplió el contrato pero ofreció en su lugar dar a la actriz el papel protagónico en una película del oeste por la misma cantidad de dinero. Sin embargo, la actriz rechazó el ofrecimiento y demandó a la Compañía el pago de los U\$S 750.000 dejados de percibir por la frustración del primer contrato. En este juicio se sentó la máxima según la cual *los daños a un empleado despedido injustamente consisten en el salario que dejó de percibir descontando los montos que el empleador demuestre que el empleado percibió o podía haber percibido de otro trabajo similar*. De esto se desprende que se le impone al acreedor víctima de incumplimiento una actitud proactiva a efectos de conseguir un empleo sustituto similar, cuya omisión reduce la indemnización a reclamar al deudor incumplidor. Si el deudor incumplidor acredita que el acreedor no observó esta conducta podría descontar de la indemnización los montos que el acreedor negligentemente dejó de percibir.

Sin embargo, la demanda de la actriz fue amparada por que la Compañía demandada no ofreció prueba respecto a que el trabajo sustitutivo ofrecido era "sustancialmente similar" al frustrado. De allí se extrae la segunda regla de la decisión judicial en este caso: *el deber del acreedor de mitigar el daño no alcanza a obligarlo a aceptar un trabajo alternativo cuando éste no es sustancialmente similar al dejado de realizar*. Como se observa, la sentencia americana exige la **fungibilidad del "bien perdido"** como elemento condicionante del deber del acreedor de aceptarlo. La jurisprudencia italiana también impone al trabajador el deber de ofrecer en el mercado su propia actividad laboral para reducir el perjuicio sufrido¹⁵.

III.3) Los Principios Unidroit consagran la regla

El principio de atenuación de la indemnización tiene consagración expresa en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comercia-

les Internacionales (en adelante, los Principios Unidroit o los Principios), recibiendo en este cuerpo un tratamiento que consideramos adecuado (Art. 7.4.8).

Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) es una organización de carácter no gubernamental con sede en Roma. En 1994 vio la luz la primera edición de los Principios; en 2004 se publicó una segunda edición que no supuso una revisión de la anterior, sino el agregado de algunos capítulos a los ya existentes; finalmente, en 2010, se realizó una nueva versión que también agregó otras disposiciones¹⁶. Los principios fueron elaborados por un Grupo de Trabajo integrado por eminentes juristas en representación de todos los principales sistemas jurídicos y/o áreas geopolíticas del mundo.

Como se expresa en la Introducción a los Principios de 1994, los mismos "*reflejan conceptos que se encuentran en numerosos sistemas jurídicos, si no en todos*" y su objetivo "*es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados*".

De su Preámbulo surge que los Principios se proponen, entre otras metas, "*establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales*"; actuar como "*principios generales de derecho*" o como "*lex mercatoria*", cuando las partes remitan a estos conceptos para regular su relación o aun "*pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional*" o "*servir como modelo para los legisladores nacionales o internacionales*". La jurisprudencia arbitral los emplea reiteradamente para interpretar el derecho nacional aplicable.¹⁷

¹⁶ Ver AZAR M.C., Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado-UNIDROIT, en Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, t. 256, set-oct. 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 385.

¹⁷ Laudos I.C.C. (International Chamber of Commerce) N° 5835 (1996), N° 8223 (1998), N° 8908 (1998), 9593 (1998): ver Marrella, F. - Gélinas, F., "Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce internationale dans l'arbitrage de la CCI. Présentation et éléments d'analyse", en Chambre de Commerce Internationale, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage, vol. 2, N° 2-2e semestre 1999, pág. 26, citado por ALTERINI, A. A., *Teoría de la imprevisión y cláusula hardship*, en <https://www.uncursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/material.../150228>.

¹⁴ *Parker v. Century Fox Film Corp.* XX. Supremo Tribunal de California, 1970. 3 Cal.3d 176, 89 Cal.Rptr. 737, 474 P. 2d 689. (<http://lawschool.mikeshecket.com/contracts/parkervtwentiethcenturyfoxfilmcorp.html>)

¹⁵ Ver VISINTINI, ob. cit., p. 270.

Cabe aclarar que la referencia de los Principios a los contratos "comerciales" no se apoya en la distinción entre la materia "comercial" y "civil" (que hoy todavía rige en nuestro país y en otros) de modo tal que sólo resulten aplicables a los contratos mercantiles y no a los civiles. Como se expresa en los Comentarios al Preámbulo de los Principios¹⁸, el propósito es excluir del ámbito de éstos a las "operaciones de consumo", "pero se da por sentado que el concepto de contratos 'mercantiles' debe ser entendido en su sentido más amplio. Se trata de incluir no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios profesionales, etc."¹⁹

El art. 7.4.8 establece concretamente lo siguiente en relación al tema tratado, bajo el acápite "(Atenuación del daño)": (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.*

En los Comentarios, se consigna que "el propósito de este artículo es evitar que la parte perjudicada permanezca inactiva y aguarde pasivamente el resarcimiento del daño que pudo evitar o cuyas consecuencias pudo atenuar", aclarando que si bien es evidente que a una parte que ha sufrido las consecuencias del incumplimiento no se le puede exigir "que, además, gaste tiempo y dinero, tampoco resulta sensato desde un punto de vista económico permitir el incremento de un perjuicio que pudo reducirse adoptando medidas razonables".

Los Principios, tal como hace la doctrina citada en el apartado anterior, distinguen este supuesto del común hecho de la víctima. Éste se regula en el art. 7.4.7²⁰, mientras que la inci-

dencia de la víctima objeto de este análisis, aparece en el art. 7.4.8 que venimos de transcribir. Diferenciando ambas situaciones se escribe en los Comentarios que el art. 7.4.7 "trata de la conducta imputable a la parte perjudicada en relación con la causa que originó el daño sufrido en un comienzo, el Art. 7.4.8 se refiere a la conducta posterior que observa o puede observar la parte perjudicada".

III.4) ¿Es correcto afirmar que existe en cabeza de la víctima un deber de no agravar el perjuicio cuya inobservancia le impide reclamar el agravamiento de los daños o, en realidad, el fenómeno se explica por la figura del "hecho de la víctima" excluyente del nexo causal? Solución de los Principios Unidroit

Ambas posiciones se mantienen en doctrina y en algún caso se invocan los dos fundamentos acumulativamente.

En nuestro país el profesor CARNELLI afirma la existencia de un deber en cabeza del acreedor de evitar los daños que fundamenta en el principio general de la buena fe. Indica que el acreedor cumplidor que sufre el incumplimiento de su contraparte tiene derecho a indemnización pero "también el deber de evitar los daños del incumplimiento o su agravamiento, dentro de sus posibilidades, usando la ordinaria diligencia, que es manifestación contractual de actuar de buena fe..."²¹. Si bien CARNELLI también plantea la opción explicativa de la falta de nexo causal, se orienta hacia la primera alternativa. Como vimos, en el caso estudiado por CARNELLI, el adquirente de determinados bienes que no son entregados por el proveedor contratado recurre a un tercero para obtener dichos bienes y evitar el agravamiento del daño y dice el profesor que lo realizado es un "acto de cumplimiento de ese deber [de evitar el daño prevenible], ya que con esa conducta evita el mayor daño indemnizable en cumplimiento de su deber de no agravar el daño". Y, citando a

¹⁸ Se trata de comentarios a los Principios que realizan los propios miembros del grupo de trabajo que los elaboraron. Se encuentran publicados junto a los Principios en un único documento. Este documento se puede consultar en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>. En adelante referiremos a este documento como "Comentarios".

¹⁹ Comentarios, ps. 2-3.

²⁰ "Cuando el daño se deba en parte a un acto u omi-

sión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes".

²¹ CARNELLI, ob. cit., p. 740 (negrita nuestra).

LAITHIER, agrega que *“la penalización del incumplimiento del deber de minimizar los daños, es que no son reparables los daños razonablemente evitables”*²².

En esta concepción deberíamos admitir que la privación de la indemnización a la víctima sería una sanción por el incumplimiento de dicho deber. LAITHIER lo dice expresamente cuando expresa que se trata de una “penalización” por el “incumplimiento del deber de minimizar los daños”. Ahora bien, desde que estamos hablando de evitar un daño en la esfera de la propia víctima parecería no ser sostenible un deber hacia sí misma de no dañarse. Los sujetos tienen el deber de ser diligentes a fin de no causar daño a otro; no existe, en cambio, un deber, para consigo mismo, de no dañarse. No es concebible una ilicitud contra sí mismo²³.

Coincidimos en este sentido con GAMARRA, quien analizando el común hecho de la víctima (pero en conceptos absolutamente trasladables a esta especie), señala que es *“incorrecto, por tanto, configurar el hecho de la víctima como una cusa paralizante, en todo o en parte, de los efectos del ilícito; o sostener que la víctima resulta privada de su derecho a la reparación en la medida en que ella misma está en culpa y que tal privación es una sanción. El error está en creer que originariamente el ofensor está obligado a reparar todo el daño, pero luego, acreditada la culpa de la víctima, los efectos (esto es, la obligación indemnizatoria por el total del daños) quedan paralizados, o se extinguen. Siendo que por el contrario, en cuanto al daño causado por la culpa de la víctima nunca nació ningún derecho al resarcimiento en beneficio de ésta. Por tanto, no se le puede privar de un derecho que no tuvo, ni se paraliza un efecto que no existe”*²⁴. BENITEZ CAORSI niega que se esté ante un deber, pues la necesidad de actuar no se consagra en beneficio de la comunidad, por lo que la disyuntiva quedaría trabada entre la noción de carga como un imperativo de actuar en beneficio propio y la de obligación, como deber de prestación frente a una persona determinada.²⁵

Otros autores, como NAVAS NAVARRO, afirman que la situación del acreedor omiso se

inscribe en la idea de carga *“cuyo incumplimiento genera la reducción de la indemnización”*²⁶. No compartimos este criterio porque no se identifica cuál sería la fuente normativa de esta carga.

Por eso, nosotros preferimos la posición que fundamenta la exclusión del resarcimiento en base a la eximente de responsabilidad *“hecho de la víctima”*. El daño que ésta padece es ocasionado por su propia conducta y en consecuencia la cuestión se desplaza hacia la ausencia de causalidad adecuada. Como sostiene MONATERI, en este *“caso la conducta de la víctima opera entonces como factor interruptivo del nexo causal, poniéndose como causa próxima sobreviniente del perjuicio padecido.”*²⁷

De acuerdo a lo sentenciado en el caso Cornachi, no es normal, regular, esperable, que un sujeto que se disponía a explotar un negocio con buenas perspectivas de futuro, desista de llevarlo adelante por no contar con el local que debió arrendarle la Intendencia de Florencia, sin buscar alternativas, cunado según las circunstancias tenía posibilidades de encontrar otro. Tampoco lo es que el agricultor, en el ejemplo de POTHIER, se quede cruzado de brazos sin cultivar la tierra con las consecuentes pérdidas por el hecho de la muerte de sus animales de trabajo. Por el contrario, como dice POTHIER, lo esperable es que el agricultor sustituya los animales por otros o que subarriende las tierras, o que adopte cualquier otra medida, dentro de sus posibilidades, tendiente a explotar la tierra.

En suma, desde nuestra perspectiva, técnicamente hablando, no puede decirse que pese sobre la víctima un deber, obligación o carga de no agravar el daño. Lo que realmente sucede en estas hipótesis es que existe un hecho de la víctima que excluye la relación de causalidad y por tanto la indemnización del daño. En nuestro criterio es incorrecto afirmar que existe un daño indemnizable cuyo resarcimiento luego resulta excluido a título de sanción por el incumplimiento de un deber, obligación o carga.

²² NAVAS NAVARRO, S., “El derecho de los contratos como punto de encuentro de diferentes culturas jurídicas – El incumplimiento en los Principios Europeos de derecho de los Contratos”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, FCU, Montevideo, 2001, p. 340.

²⁷ MONATERI, ob. cit., ps. 114-115 (trad. propia).

²² CARNELLI, *ibid* (negrita nuestra).

²³ GAMARRA, *TDCU*, tomo, XIX, FCU, Montevideo, 1991, p. 337.

²⁴ Ob. cit., p. 336.

²⁵ BENITEZ CAORSI, ob. cit., p. 10.

Sin embargo, está claro que para determinar la relevancia del hecho de la víctima como excluyente del nexo causal, debe analizarse si ésta actuó o no diligentemente en la contención del daño. Sólo tendrá relevancia causal la conducta de la víctima cuando haya actuado culpablemente en dicha contención. Y en este sentido se podría hablar impropiaemente de un deber de diligencia inobservado, como elemento determinante para calificar a la conducta de la víctima como factor excluyente de la causalidad, tal como sostiene GAMARRA cuando analiza con carácter general el hecho de la víctima.²⁸ En un reciente caso jurisprudencial uruguayo se adopta esta perspectiva: se niega a la víctima de desperfectos en una vivienda la indemnización del lucro cesante en la medida que este perjuicio se ocasionó por demoras de la propia víctima en efectuar las reparaciones necesarias. Dijo textualmente la sentencia: “En todo caso, la obra pudo haberse hecho al quedar vacío el apartamento en julio de 2005. Nada justifica que se dilatara la reparación y si así fue, nada permite imputar la demora a los demandados”.²⁹

Entendemos que los Principios Unidroit asumen este punto de vista pues en ningún momento se habla en su art. 7.4.8 de un deber, obligación o carga del acreedor omiso sino que, directamente, se establece que en el caso que éste no adopte “medidas razonables” para reducir el daño, la parte incumplidora “no es responsable del daño sufrido”. Adicionalmente, ya vimos que en los Comentarios se establece que la regulación del común hecho de la víctima, indiscutiblemente referido al problema causal (art. 7.4.7), debe “interpretarse conjuntamente” con el art. 7.4.8 que analizamos, con lo cual se reconoce que se trata de dos especies de un mismo fenómeno.

III.5) Alcance de la conducta exigida a la víctima

¿Qué conducta -cuya inobservancia es relevante a efectos de aminorar la indemnización- es exigible al acreedor?

El art. 7.4.8 de los Principios refiere a “medidas razonables”, en sentido coincidente con lo establecido por los “Principios Europeos de

los Contratos” (que mantienen una redacción similar, art. 9:505) y con la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías (art. 77).

El artículo 1227 inc. 2º del CCI exige el empleo de la “diligencia ordinaria”, lo que en nuestro derecho es la diligencia de un buen padre de familia.

Se discute en Italia si el comportamiento requerido puede consistir simplemente en una conducta meramente negativa, o sea, en no agravar el daño con el propio comportamiento, o si, en cambio, la ley requiere del damnificado una intervención activa, dirigida a atenuar las consecuencias dañosas provocadas por el incumplimiento o el hecho ilícito. Según VISINTINI, el análisis de casos italianos revela que los jueces incluyen en el área de los comportamientos exigibles no sólo la abstención de agravar las consecuencias dañosas, sino también la actividad positivamente dirigida a reducir el daño.³⁰

Pero ello tiene un límite, según la doctrina italiana: no se trata de exigir al damnificado la realización de “toda” conducta que pudiera evitar el daño, sino sólo de aquella que *ordinariamente* una persona media en su situación hubiera ejecutado. Como dice J. L. GAMARRA, lo que se exige es que el damnificado “gestione las consecuencias de modo normal”, no pudiéndose, en cambio, exigírsele que realice esfuerzos “extraordinarios”, “gravosos” o “que impliquen un extraordinario sacrificio”.³¹ Como contrapartida, el damnificado podrá exigir el resarcimiento de las erogaciones en que incurrió para evitar razonablemente el daño, aun cuando no lo haya logrado.³²

No puede exigirse al acreedor para que mitigue el daño más que lo “normalmente esperable”. En un caso italiano³³ se entendió que a un empresario a quien se había adjudicado por el Estado la ejecución de una obra, siendo luego anulada la adjudicación, no puede reprochársele que no haya invertido las sumas destinadas a realizar dicha obra de forma eficiente. No podría, por ejemplo, enten-

²⁸ Ob. cit., p. 269.

²⁹ TAC 1º, sentencia N° 71 de 30.5.2012, en Revista

Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil (DJC), Año I Tomo I, caso 529, p. 541.

³⁰ Ob. cit., p. 269.

³¹ GAMARRA, J. L., ob. cit. p. 84.

³² MAC GREGOR, cit. por GAMARRA, J. L., ob. cit. p. 85.

³³ Ver el caso en CIAN, G. y TRABUCCHI, A., *Commentario Breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1999, p. 1028.

derse que debe "descontarse" del daño resarcible las eventuales utilidades que podría haber obtenido de colocar su capital en otro tipo de inversión rentable.

Veamos otro ejemplo. Un proveedor de materia prima ligado con el acreedor por un contrato de suministro, incumple el contrato privando a este último de los insumos necesarios para la producción. Este acreedor perjudicado no podrá reclamar los daños derivados del incumplimiento si hubiera sido accesible para el acreedor, actuando con la "diligencia ordinaria" o aplicando "medidas razonables", obtener la materia prima de otro proveedor en condiciones similares. Lógicamente, podrá reclamar los daños por mayores precios, demoras en la entrega, gastos de contratación, etc., pero claramente no podrá alegar el lucro cesante derivado de la imposibilidad de producir con la materia prima en cuestión, dado que ese daño podría haberse evitado o mitigado sensiblemente mediante sustitución del proveedor incumplidor. Obviamente, este principio no milita para eliminar o mitigar el daño resarcible cuando se trata de prestaciones fuertemente infungibles donde no hay sustitución posible o, por ejemplo, cuando no existe otro proveedor en la plaza disponible que pueda sustituir al originariamente obligado³⁴.

Una sentencia de nuestra Suprema Corte de Justicia utiliza precisamente como factor clave para separar las aguas en este tema el carácter fungible o infungible del bien dañado. Así, la Suprema Corte³⁵ entendió que era fungible el vehículo necesario para cumplir un contrato y consecuentemente, no condenó, a quien dañó ese vehículo, a resarcir a su propietario por el hecho que éste hubiera rescindido dos contratos (para cuyo cumplimiento le era necesario contar con un medio de transporte). Dentro de la diligencia ordinaria o de la actuación normal de la víctima debería haberse encontrado el arrendamiento de un vehículo, al menos, dado que esto no alteraba sustancialmente la ecuación económica de los contratos que, en cambio, optó por rescindir. Del mismo modo, si se trata de daños a mercaderías compradas, el deber de evitar el daño mediante adquisición de mercaderías que las sustituyan existirá si esto no implica un "apre-

ciable sacrificio", pero existe tal deber de evitar o atenuar el daño si esto no es así.³⁶

En la jurisprudencia italiana se sostiene que el acreedor debe, en el marco del art. 1127, párr. 2º, adquirir en otra parte las cosas que debían constituir el objeto de la prestación incumplida cuando el género no entregado es fácil de conseguir en el mercado. Así, en una sentencia, frente al incumplimiento de la entrega de una maquinaria objeto de una compraventa, se decidió que obtener en otro lado la prestación entra en la diligencia exigida por el mencionado artículo al comprador si, en relación con las circunstancias concretas, la inercia aparece culposa³⁷.

Los Comentarios incluyen un ejemplo en donde se ilustra una "medida razonable" omitida por el acreedor que daría lugar a la atenuación del daño en el ámbito del art. 7.4.8:

"El 2 de mayo 'A' solicita a 'B', una agencia de viajes, que reserve una habitación en un hotel de París para el día 1º de junio y a un costo de 200 euros. El 15 de mayo, 'A' se entera de que 'B' no ha hecho reserva alguna. 'A' espera hasta el 25 de mayo, fecha en que hace una nueva reserva y sólo puede encontrar una habitación a un costo de 300 euros. Si la reservación se hubiera hecho el 15 de mayo, el precio de la habitación hubiera sido de 250 euros. 'A' sólo puede recobrar 50 euros de 'B'".

En otro caso uruguayo en donde se reclamaban daños a una unidad de propiedad horizontal como consecuencia de la rotura del caño de subida de agua a los tanques del edificio que inundó el inmueble, se rechazó en primera instancia uno de los rubros objeto de reclamo: costo de un placar dañado por el agua; la jueza de primera instancia argumentó para no ampararlo que de haberse ventilado el apartamento en los días posteriores a la rotura del caño de agua probablemente se hubieran evitado los daños al placar. Es decir, entendió que una medida razonable que podía exigirse al acreedor reclamante era ventilar el apartamento para evitar el daño al placar, cuya inobservancia determinó el rechazo del rubro. Sin embargo, la sentencia de segunda instancia revocó el fallo en este aspecto e hizo lugar a la pretensión, indicando que no "era exigible a

³⁶ SEGALERBA y BIANCA, citados por J. L. GAMARRA, ob. cit., p. 90.

³⁷ Ver los casos jurisprudenciales italianos en VISINTINI, ob. cit., p. 271.

³⁴ CAFFERA-MANTERO MAURI, ob. cit., p. 108.

³⁵ ADCU, Tomo XXXIV, Caso 777.

la actora que estuviera 'ubicable' en forma permanente, sin perjuicio de señalar también por la ubicación del apartamento (al cual se accede por escalera desde el piso 7) no era fácilmente (sic) sacar el placar del lugar para evitar la acción del agua que como surge de la pericia el problema del agua no fue solucionado en forma inmediata sino que tardaron varios días. Esto determina que la acción del agua sobre el mueble fue importante independientemente se ventilara el apto o no"³⁸. En el trayecto de la sentencia de primera instancia hacia la de segunda se observa la aplicación de la regla general pero operando bajo la limitante de la otra regla: no se puede exigir al acreedor más que una conducta razonable en la contención del daño. En el caso se entendió que no era exigible al propietario estar permanentemente ubicable para darse cuenta de la inundación y ventilar el placar; además de que esta medida se visualizó como inoperante para mitigar el perjuicio, razón por la cual no se excluyó la indemnización.

III.6) El acreedor puede reclamar como perjuicio los gastos razonables incurridos en la contención del daño

Finalmente, cabe indicar que el art. 7.4.8 de los Principios en su numeral (2) consagra que "[l]a parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño", lo cual resulta absolutamente lógico. No se puede cargar al acreedor con los gastos en que incurrió para reducir el daño, pues ellos sí entran en relación de causalidad adecuada con el incumplimiento. Se expresa en los Comentarios que "[l]a reducción del resarcimiento en proporción a la omisión por la parte perjudicada de las medidas necesarias para evitar los daños, no debe sin embargo ocasionar mayores pérdidas a la parte perjudicada. Puede recuperar de la parte incumplidora los gastos efectuados para mitigar el daño, siempre que dichos gastos sean razonables conforme a las circunstancias". En cuanto a esta exigencia de la razonabilidad de los gastos, J. L. GAMARRA menciona una aplicación concreta de la misma en un caso jurisprudencial, en el que se

descartó el derecho al resarcimiento de los gastos derivados de una intervención en el exterior promovida por la víctima para reparar la lesión sufrida, cuando la misma atención podía ser brindada en nuestro país con igual eficiencia³⁹.

IV. CONCLUSIONES

A) Según las reglas generales de la responsabilidad civil, el incumplidor no debe resarcir aquellos daños que una conducta activa y medianamente diligente del acreedor pudo haber evitado, solución recogida expresamente en los Principios Unidroit (art. 7.4.8).

B) Esta consecuencia no se explica en una sanción al acreedor omiso como resultado del incumplimiento de un deber.

C) La ausencia total o parcial de resarcimiento se fundamenta en la falta de causalidad adecuada entre el incumplimiento y los daños ulteriores que deben ser atribuidos al acreedor omiso; se trata de una aplicación particular del conocido hecho de la víctima.

D) El hecho del acreedor es causalmente relevante cuando éste no emplea "medidas razonables", según las circunstancias del caso, para contener o no agravar el daño. No se puede exigir al acreedor esfuerzos extraordinarios, ni tampoco que sustituya la prestación incumplida cuando ésta es fuertemente infungible.

E) Si, adoptada una conducta diligente, el daño igualmente se produce, el mismo debe ser resarcido en su totalidad por el deudor.

F) Los gastos en que incurra el acreedor para minimizar los daños derivados del incumplimiento deben ser indemnizados por el deudor, siempre que éstos sean razonables.

³⁸ Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil (DJC), Año I, Tomo I, caso 343, p. 470. El caso fue juzgado como una hipótesis de responsabilidad contractual.

³⁹ GAMARRA, J. L., ob. cit., p. 85.