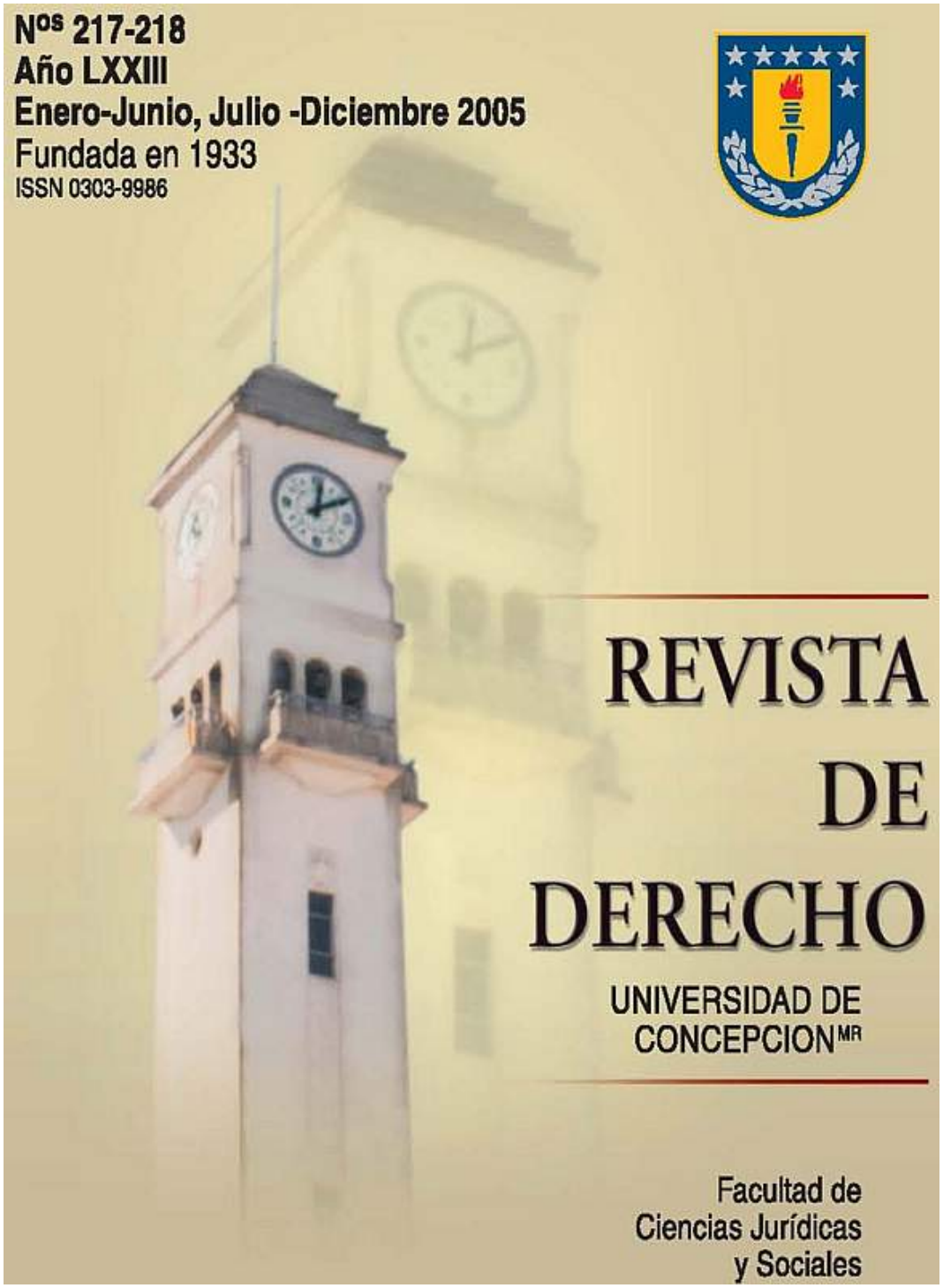
Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 217-218(1-2): 223-248, 2005 ISSN 0303-9986

EL DEBER DE EVITAR O MITIGAR EL DAÑO

RODRIGO FUENTES GUIÑEZ[1]
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción
Abogado

I. PLANTEAMIENTO

El deber de mitigar o evitar el daño se explica coloquialmente diciendo que la víctima no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las perdidas 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 hubiese cumplido o el ilícito no se hubiese producido[2].

La lectura de dos fallos nos ayudarán a entender mejor este principio.

1. ...***La actitud del arrendador a quien se ofrecen las llaves durante el juicio de desahucio y las rehúsa... impediría poner a cargo del arrendatario los daños que se hayan producido después de que quien los ha sufrido pudiera haberlos evitado al asumir el control y la salvaguarda de la cosa, cumpliendo así un deber, anclado en la regla de la buena fe, de evitar o de mitigar el daño, y así cabe entenderlo teniendo presente que el ejercicio de todos los derechos se ha de realizar en buena fe...***[3].

[1] DEA (Diploma de Estudios Avanzados) y DES (Diploma de Estudios Superiores) en Derecho Privado, Universidad de Salamanca.
[2] Burrows, Andrew: *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Butterworths, second edition, London, 1994, pág. 69.
[3] Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de octubre de 2005, considerando séptimo (RJ2005\7352). Las *cursivas* son del autor.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> 2. ***...Resulta inexplicable que el demandante, agricultor en tierras bajas cercanas al canal, cuyos flujos de agua debían ser regulados periódicamente, no hubiera tomado en todo el mes en que se mantuvo la inundación, medida alguna para corregir la situación ...La omisión del cuidado de su plantación en la etapa en que se encontraba, permite al tribunal presumir negligencia de su parte, pues una intervención oportuna hubiera podido, eventualmente, haber salvado parte de lo perdido***[4].

El primer fallo corresponde a una sentencia del Tribunal Supremo español, país donde se ha llegado a un reconocimiento expreso al deber de evitar o mitigar el daño como criterio autónomo de limitación a la indemnización por hecho ilícito o incumplimiento contractual. El segundo corresponde a una sentencia de nuestra Corte Suprema, la cual en más de una oportunidad ha hecho uso, expresa o tácitamente, del deber de mitigar o evitar el daño como razón para reducir e incluso denegar la indemnización.

En nuestro medio, el acogimiento de este criterio de limitación del daño sin duda es positivo; pero vemos un problema en el fundamento dado al deber de mitigar el daño, al estimarlo, por regla general, como una cuestión meramente causal.

Por ello, junto a la descripción del contenido y características del deber de evitar o mitigar el daño, así como su aplicación jurisprudencial, se buscará dar respuesta al tema que se ha presentado como el de mayor complejidad: su fundamento.

Partamos por aclarar que el deber de mitigar el daño no es un problema de concurrencia del acreedor en la producción del daño. Es decir, no es un problema causal, al menos en la acepción fáctica del término. Para explicar lo anterior, debemos referirnos, brevemente, a las dos funciones atribuidas a la causalidad en el derecho de daños.

La primera función decide si un resultado dañoso puede o no ser atribuido a una determinada persona, para hacerla responsable de las consecuencias indemnizatorias. Esta función trata el problema del "***an respondeatur***"[5]. No está

[4] Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Chile de fecha 5 de diciembre de 2002, rol 300-2002, considerando primero. Sentencia no publicada. Las *cursivas* son del autor.

[5] Aquí "la causalidad sirve para decidir si el resultado dañoso puede ser atribuido o no a una determinada persona, o bien a una o varias y, en este caso, si a todas ellas conjuntamente o sólo a alguna o algunas por separado". León González, José María: "Gravedad de la Culpa y Extensión del Resarcimiento (Notas para una interpretación de los artículos 1.103 y 1.107 del Código Civil)", obra inédita, págs. 36 y sgts. Y "Acotaciones históricas al artículo 1.107 del Código Civil", en *Estudios Jurídicos In Memoriam del*

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de más aclarar, que aunque esta función del nexo causal se presenta íntimamente ligada a la culpabilidad, se trata de dos elementos de la responsabilidad diferentes[6].

Una vez afirmada la existencia de responsabilidad y determinados los sujetos que habrán de asumir la obligación de indemnizar, entra en juego ***la segunda función de la causalidad*** destinada a fijar el ***quantum respondeatur***, esto es, determinar desde el punto de vista jurídico hasta dónde se extiende la obligación de indemnizar o cuáles son los daños que deben, en definitiva, ser puestos a cargo del responsable del hecho ilícito o incumplimiento contractual[7].

En el Derecho anglosajón la cuestión no es diversa y también se distingue entre la causalidad de hecho, que denominan ***best for test*** o ***causation in fact***, y la causa jurídica, que denominan ***proximate consequences*** o ***causation in law***[8].

Luego, cuando el hecho de la víctima ha sido concausa del daño (conocida comúnmente bajo la incorrecta denominación de concurrencia de culpa del acreedor), el deudor no debe responder de la totalidad del daño por la sencilla razón de que sólo en parte lo ha causado. En el deber de mitigación, por el contrario, la situación es diferente, ya que este criterio limitativo solamente entra en juego cuando ya no puede atribuirse el daño a un nuevo curso causal introducido por el acreedor, por otro sujeto o por un hecho de la naturaleza; es decir, una vez resuelta la causalidad en su primera función. En palabras de Soler Presas: "El deber de mitigar el daño es un criterio ulterior de delimitación del ***quantum respondeatur***. Presupone pues la causación fáctica de un daño y la imputación jurídica del mismo al deudor incumplidor"[9].

---

profesor Alfredo Calonge, Vol. II, Impresora Gráfica Varona, Salamanca, España, 2002, págs. 580 y sgts. En el derecho nacional, por todos Domínguez Aguila, Ramón: "Aspectos de la Relación de Causalidad en el Derecho Chileno", en Revista ***Roma e América***, Mucchi Editore, págs. 121 y sgts., y Araya Jasma, Fernando: "La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil", Memoria de Prueba, Concepción, Chile, año 2000, págs. 8 y sgts.

[6] La causalidad es un criterio rigurosamente objetivo que implica una imputación física o fáctica del resultado; corresponde a lo que los prácticos de la edad media denominaban ***imputatio facti*** y responde a la pregunta: "¿debe ser considerado este o aquel sujeto como autor del daño?". La culpabilidad, en cambio, es un elemento psicológico, se trata de una imputación moral o jurídica del resultado; los prácticos de la edad media la denominaban ***imputatio juri***, y responde a una pregunta diferente: "¿ha de ser considerado también como culpable, a efectos de la declaración de responsabilidad? León González, José María: "Gravedad de la culpa...", ob. cit., pág. 37, y "Acotaciones históricas al artículo 1.107...", ob. cit., págs. 581 y sgts. Vid. También Jasma, Fernando: Ob. cit., págs. 43 y 44.

[7] Problema aparte es determinar si esta segunda función es realmente de naturaleza causal.

[8] Diez-Picazo, Luis: ***Derecho de Daños***, Edit. Civitas, Madrid, España, 1999, pág. 332; Pantaleón, Fernando: "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en ***Centenario del Código Civil (1889-1989)***, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, t. II, 1990, ob. cit. pág. 1562, y Domínguez Aguila, Ramón: "Aspectos..." ob. cit. pág. 120.

[9] Soler Presas, Ana María: ***La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa***, Edit. Aranzandi, Navarra, España, 1998, pág. 63.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el ***common law,*** en igual sentido, se distingue entre ***Contributory negligence*** y ***Duty of mitigate,*** según se explicará más adelante.

II. NATURALEZA, CONTENIDO Y CARACTERISTICAS DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO[10]

Respecto a la naturaleza del deber de mitigación, podemos indicar que parece existir consenso en la doctrina sobre el hecho de tratarse de ***una carga (onere)*** y no de una obligación. Ello, porque en el extremo opuesto de la obligación está el derecho a la ejecución del comportamiento que conforma el contenido de la obligación. En cambio en el deber de mitigación no se contempla un derecho de quien daña para que el dañado evite el daño. Además, se dice que el incumplimiento de este deber no lleva aparejada sanción alguna, sino simplemente una reducción de la indemnización por los daños que se podrían haber evitado[11]. Aunque es discutible la idea de no ser sanción la reducción indemnizatoria.

Con relación a su contenido, se pueden indicar dos ideas:

Primero. En doctrina se ha señalado que comprende dos deberes: por un lado, un deber de evitar la verificación de un daño que aún no se ha producido (deber a que alude en forma expresa el tenor literal del artículo 1227 del ***Codice)***. Por otro lado, comprende el deber de mitigar un daño que ya se ha producido[12].

Segundo. En cuanto al grado o nivel de exigencia que se impone al acreedor en el cumplimiento de este deber, en Derecho comparado han existido soluciones parecidas pero no iguales. En el Derecho anglosajón el dañado debe adecuar su conducta destinada a mitigar el daño al estándar objetivo de la razonabilidad (***reasonable steps***)[13]. Igual patrón ha sido adoptado en las convenciones internacionales[14]. En el Derecho italiano, por el contrario, se ha optado por el estándar

[10] De reciente aparición en nuestro medio es el artículo titulado "***Notas sobre el deber de minimizar el daño***" del profesor Ramón Domínguez Aguila, en ***Revista Chilena de Derecho Privado,*** Nº 5, año 2005, págs. 73 y sgts.
[11] Criscuoli, Giovanni: "***Il Dovere di mitigare il danno subito***", en ***Rivista Di Diritto Civile,*** Nº 6, 1972, pág. 562; Soler Presas, Ana María: ***La Valoración del Daño...***, ob. cit. pág. 64, y "Comentario al artículo 77", en obra colectiva ***La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena,*** Editorial Civitas, 1998, pág. 622, y Carrasco Perera, Angel: "Comentario a los artículos 1.101, 1.102, 1.104, 1.105, 1.106 y 1.107 del Código Civil", en ***Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,*** t. XV, volumen 1, Edit. Revista de Derecho Privado, 1989, pág. 734.
[12] Criscuoli, Giovanni: Ob. cit., págs. 560 y sgts.
[13] "British Westinghouse Electric v. Underground Electric Railways Co of London Ltd".
[14] Artículo 77 de la Convención de Viena.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la ordinaria diligencia (1227 II).

Se dice que no siempre lo que es "ordinario" es también "razonable" y ambos criterios difieren. El criterio inglés es neutro, constituido por un dato puramente racional que deja a la conciencia del juez determinar su eventual variación en el tiempo y su valoración con las circunstancias del caso concreto. El criterio italiano, por el contrario, está determinado por un parámetro de responsabilidad fijado ***a priori*** que vincula al juez[15].

A falta de norma expresa, estimamos que en Chile se debe imponer al acreedor la adopción de medidas mitigadoras útiles y razonablemente exigibles, atendiendo al modelo del buen padre de familia. Además se debe tener siempre presente que el alcance de este esfuerzo debe medirse con flexibilidad, sin ser riguroso en la conducta exigida al acreedor, porque no debe olvidarse que él es la víctima del incumplimiento.

En la jurisprudencia y doctrina, fundamentalmente comparada, se han ido asentando algunas reglas que van delimitando los contornos y alcance de este deber. Ellos se pueden sintetizar de la siguiente forma.

1. El dañado no está obligado a poner en riesgo su propia vida o su reputación moral o comercial. En virtud de ello, el dañado no estará obligado a someterse a operaciones quirúrgicas objetivamente peligrosas. Pero no revistiendo tal peligro, sí tiene el deber de someterse a todo tratamiento médico y operación que no sea excesivamente arriesgada para evitar males mayores.

2. El deber de mitigar no puede implicar comportamientos que puedan dañar a terceras personas.

3. El dañado no es obligado a mitigar el daño, si su condición económica no se lo consiente. En la jurisprudencia inglesa se menciona el caso "***Clippens Oil Co Ltd v Edimburgh an District Water Trustees***", según el cual se debe tomar a la víctima tal cual es y si por su posición después se agrava, porque no tiene los medios para mitigar, tanto peor para el responsable.

4. El dañado no debe soportar un riesgo excesivo en el propio capital. Es una regla diferente a la anterior, porque se orienta a no exigir medidas extraordinarias y gravosas por parte del dañado. Cuestión nada más lógica si se piensa que el estándar en el cumplimiento de este deber es la racionabilidad, la exigencia ordinaria o la mediana diligencia. Así, por ejemplo, se ha decidido que el comprador no está obligado a procurarse en otra parte del mundo la mercadería

[15] Criscuoli, Giovanni: Ob. cit., págs. 587 y 588.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

comprada y no entregada por el vendedor[16]. Tampoco lo está el dueño de un terreno víctima de una inundación culposa a realizar inmediatamente un cultivo de reemplazo, si para ello debe proceder a costosas extracciones del material dejado por la inundación.

Por el contrario, se ha decidido que falta a este deber un odontólogo que no arrienda una máquina análoga a la comprada durante el tiempo que el vendedor demora en entregarla. De la misma forma, incumple su deber de diligencia el adquirente de una máquina de café que haya mantenido inactivo su local de cafetería hasta la resolución del contrato[17].

5. Si el daño se puede evitar con una reparación, al acreedor se le imputa la tardanza en la misma.

6. El acreedor debe siempre procurar el empleo de la alternativa mitigadora más económica posible. En definitiva, el acreedor no puede lucrar con su daño[18].

Dos son las consecuencias de la aplicación del deber de mitigar el daño:

1. ***Limita el resarcimiento a las pérdidas no razonablemente evitables.*** Dicho en términos negativos, excluye el resarcimiento de los daños que pudieron haberse evitado, y

2. Como contrapartida de la limitación anterior, ***incluye el coste de las medidas mitigadoras razonablemente adoptadas por el acreedor,*** aunque hayan sido infructuosas.

Para que el acreedor esté obligado a reembolsar estos gastos que finalmente resultaron inútiles, se requiere simplemente que al inicio aparezcan como útiles o razonables, aunque después aparezcan como superfluos debido a circunstancias sobrevenidas. También se indemnizan los gastos inútiles, desembolsados debido a un error inicial del dañado, por un error acerca de su oportunidad que haya sido causado por una situación de apariencia creada por el mismo acto ilícito. Se menciona el caso del dueño de un caballo herido que adoptó los razonables pero inútiles gastos para salvar al animal y en el ínterin arrendó otro. Se aceptó el reembolso de

[16] ***Lesters Leatherr and Skin Co. v. Home and Overseas Brokers.*** Esta situación es aplicable fundamentalmente a mercaderías no fácilmente adquiridas en el mercado. En el caso concreto se trataba de la compra de piel de serpiente y el demandado alegaba que pudo y debió efectuar la compra de reemplazo en la India.
[17] Criscuoli, Giovanni: Ob. cit., págs. 589 y sgts. y Rossello, Carlo: "Il Danno Evitable con l' Ordinaria Diligenza", en ***Risarcimento del Danno Contrattuale ed Extracontrattuale*** a cura di Giovanna Visintini, Milano - Dott. A Giuffrè Editore, 1984, págs. 55 y sgts.
[18] Carrasco Perera, Angel: Ob. cit., págs. 734 y sgts., y Soler Presas, Ana María: "Comentario al artículo 77", ob. cit., págs. 626 y sgts.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estos gastos, no obstante que al final se percibió que lo más adecuado habría sido adquirir inmediatamente otro animal. La razón para condenar al deudor a estos gastos es el simple hecho de que no parece justo que el acreedor que incurre en ellos en cumplimiento de su deber deba finalmente soportar su costo, cuando considerados al momento en que debió desembolsarlos parecían razonables[19].

Finalmente, en lo que dice relación al peso de la prueba del deber de mitigar el daño, podemos decir que, en términos generales, corresponde su carga al demandado, ya que será él quien en definitiva se beneficie de una disminución del monto a indemnizar por aplicación de este criterio limitativo[20].

III. BREVE REFERENCIA AL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO

1. Derecho inglés

Entre los límites a la indemnización del daño, aplicable al ámbito contractual y a los "torts", se encuentran la ***"Contributory negligence"*** y la "***Duty of mitigate***"[21].

La ***"Contributory negligence"*** señala que los daños son reducidos cuando la negligencia del demandante ha contribuido a ellos, siendo una causa parcial de sus pérdidas. Es lo que en el sistema continental se estudia como "la culpa del perjudicado"[22].

[19] Criscuoli, Giovanni: Ob. cit., págs. 604 y sgts., Soler Presas, Ana María: *La Valoración del Daño...*, ob. cit., págs. 68 a 72, y "Comentario al artículo 77", ob. cit., págs. 627 y sgts.
[20] Soler Presas, Ana María: "Comentario al artículo 77", ob. cit., pág. 627.
[21] Burrows, Andrew, ob. cit., pág. 36.
[22] En el common law se da la circunstancia particular de que este principio es sólo aplicable a algunos *torts* y es inaplicable para el incumplimiento contractual, pues la "Law Reform (contributory negligence) Act 1945" no rige, por regla general, en materia contractual. En este sentido, Stone señala que la aplicación de la "*Contributory negligence*" en materia contractual fue considerada por la corte de apelaciones en "*Forsikringsaktiezelskapet Vesta v Butcher*" (1989), donde se estableció un obiter de la *Law Reform (Contributory Negligence), Act* 1945 que indica que se aplica cuando concurre responsabilidad en *tort* y contrato, esto es, cuando el incumplimiento se da en una situación donde existía también un "tortious duty of care". Esto fue también aceptado como correcto por la House of Lords en "*Platform Home Loans Ltd v. Oyston Shipways*" (2000). Por otro lado, en los contratos basados en responsabilidad objetiva no se aplica la contribución a la negligencia y el acta de 1945 es irrelevante, lo que fue confirmado por la Court of Appeal Barclays *"Bank plc v. Faircolough Building Ltd."*. Ante esta situación, "*The Law Commission*" ha recomendado que la "*Contributory of Negligence*" pueda estar disponible donde ha existido el incumplimiento contractual de un deber de razonable cuidado, exista o no coincidencia con *tort*. Stone, Richard: *The Modern Law of Contract*, Cavendish Publishing Limited, fifth edition, London, 2002, pág. 451. Finalmente, repetimos la opinión de Cattaneo indicada en nota 22, en el sentido de que en la regulación de la culpa del perjudicado como reducción de la responsabilidad, el civil *law* ha sido pionero

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El "***Duty of mitigate***" ya no mira a un problema concausal y se comprenden en él dos principios. uno enfocado a una acción razonable y otro a abstenerse de realizar acciones irracionales. El primero consiste en la carga del actor de tomar todos los razonables pasos para minimizar las pérdidas. Su formulación clásica se encuentra en "***British Westinghouse Electric v. Underground Electric Railways Co of London Ltd***" (1912) y correspondió su elaboración al vizconde Haldane, quien señaló que se impone al actor el deber de tomar unos razonables pasos para mitigar las pérdidas provenientes del incumplimiento y si el actor no hace nada, no se le indemnizarán los daños que se deban al incumplimiento de su deber de mitigar los daños. En todo caso, como no podría ser de otra forma, no se le puede imponer al actor un rigor excesivo en el cumplimiento de este deber, sino por el contrario, se debe juzgar con suficiente flexibilidad. En este sentido, se ha fallado en "***Wroth v. Tyler***" que la falta de recursos financieros es un razonable motivo para no ir al mercado y hacer una compra alternativa.

El segundo principio señala que el acreedor no debe incurrir en gastos no razonables como consecuencia del incumplimiento, es decir, aquellos que supusieran un despilfarro. Generalmente se le considera un caso de intervención de causa, pero cuando la irracionalidad consiste en gastos que se incurren después del incumplimiento, es considerado como un aspecto del deber de mitigar. Al igual que el principio anterior, el determinar lo irracional de la acción depende de los hechos concretos de la causa. En todo caso, se hace presente que debe indemnizarse el valor de las medidas ruinosas cuando juzgadas ex-ante, esto es, al momento de adoptarlas el acreedor, pudieran considerarse razonables[23].

2. El Derecho alemán

Señala el § 254 del BGB:

"1. Si cualquier tipo de culpa por parte de la persona dañada ha contribuido

y menciona los códigos civiles austriaco, suizo e italiano. Cattaneo, Giovanni: "Concorso di colpa del danneggiato", en ***Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*** a cura di Giovanna Visintini, Milano - Dott. A Giuffrè Editore, 1984, págs. 40 y 41. Por el contrario, en Inglaterra sólo se estableció en el Act. de 1945, y en Norteamérica fue pionero el estado de Mississippi en 1910. Vid. Yzquierdo Tolzada, Mariano: ***Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual***, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2001, pág. 206.

[23] Mayores antecedentes, en lengua castellana, sobre el "Deber de mitigar el daño en el ***common law***" se pueden encontrar en el trabajo del profesor Domínguez "*Notas...*", ya citado, págs. 77 y siguientes. También puede verse una descripción de la situación doctrinaria y jurisprudencial en el Derecho francés, págs. 80 y sgts.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a causar el daño, la obligación de indemnizar a la parte perjudicada y el alcance de la indemnización a realizar depende de las circunstancias; sobre todo de hasta qué punto el daño ha sido causado predominantemente por una u otra parte.

2. Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió sólo en una omisión a la hora de llamar la atención del deudor acerca del peligro de un daño anormalmente alto que el deudor ni conocía ni debiera haber conocido, ***o en una omisión a la hora de evitar o mitigar el daño.*** La disposición del § 278 se aplica ***mutatis mutandis***"[24].

El sistema alemán puede considerarse el prototipo del ordenamiento que fija los límites de la indemnización "sobre criterios puramente objetivos, es decir, prescindiendo en absoluto del grado de culpabilidad del obligado y atendiendo tan sólo a la entidad de los daños y su derivación causal con el hecho que fundamenta el deber de indemnizar"[25].

La doctrina alemana ha criticado en duros términos a su sistema, pues siente la falta de un criterio de delimitación del daño, como el de la previsibilidad de los sistemas latinos o un poder moderador del juez, como el establecido en el Código Civil suizo. Es por ello que se considera el sistema alemán de extremadamente duro, y se le da el calificativo del "todo o nada"[26].

Pero el sistema alemán no sólo carece del criterio de la previsibilidad para limitar la cadena de daños, sino que también considera que son indemnizables los daños directos e indirectos. Se debe hacer presente que en Alemania los conceptos de daño directo e indirecto son diferentes a los que se manejan en el sistema latino; pero de los ejemplos dados por los autores se desprende que se indemnizan incluso los daños que son indirectos según el sentido dado por el Code[27].

[24] Las disposiciones del Código Civil Alemán, en su traducción al castellano, son obtenidos en la obra ***Código Civil Alemán Comentado BGB,*** cuya traducción corresponde a Eiranova Encinas, Emilio, Edit. Marcial Pons, Madrid, España, 1998.

[25] León González, José María: "Gravedad de la Culpa y Extensión del Resarcimiento...", ob. cit., págs. 4 y 5.

[26] Weyers, Hans-Leo: "La reforma del derecho de la contratación en Alemania", en ***Congreso internacional sobre reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores,*** ponencias, Zaragoza, 15 - 18 de noviembre de 1993, pág. 21; Medicus, Dieter, ***Tratado de las relaciones obligaciones,*** Edición española, Editorial Bosch, 1995, Barcelona, España, págs. 272 y sgts.

[27] Larenz, Karl: "Derecho de Obligaciones", t. 1, versión española y notas de Jaime Santos Briz, edit. ***Revista de Derecho Privado,*** Madrid, España, 1958, pág. 194. Von Thur, A: ***Tratado de las Obligaciones*** traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editorial Reus, reimpresión de la 1ª edición, 1999, España. El primer autor citado señala como ejemplo de daño indirecto aquel que "no se manifiesta en el mismo objeto que sufrió el daño, sino únicamente en el patrimonio del perjudicado. Von Thur, por su parte, da como ejemplo el deterioro de una máquina, donde el daño inmediato sería la disminución de su valor y las consecuencias ulteriores serían el paro de la industria con el perjuicio por pérdidas de

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta forma, el Derecho alemán carece de los dos criterios clásicos del sistema latino para impedir la indemnización ilimitada (previsibilidad y daño directo). Como consecuencia de lo expuesto, la codificación alemana se encontró sin regla de discriminación entre los daños resultantes de un incumplimiento, y por ello la determinación del daño resarcible se plantea en Alemania –casi exclusivamente a nuestro entender–, como un puro problema de causalidad[28].

Una de las pocas normas que permite reducir la indemnización en el Derecho alemán es el § 254, cuyo párrafo primero establece la concurrencia causal del daño producido conjuntamente por culpa del acreedor y deudor, con lo cual el deber de indemnizar puede disminuir e incluso desaparecer[29]. Sin embargo, no se trata de una norma destinada a adecuar el ***quantum respondeatur***, pues aquí la disminución de responsabilidad no se debe a que la intensidad de la culpa del deudor haya disminuido por la intervención de la culpa del acreedor. Dicho en otra forma, no es porque exista una compensación de culpas, sino porque la culpa del deudor sólo en parte ha causado el daño, correspondiendo el resto de las consecuencias dañosas al acreedor[30].

Donde sí podríamos señalar que se establece un criterio de delimitación, específicamente el de la evitabilidad del daño, es en el párrafo segundo parte final del § 254, el que vendría a romper el principio del "todo o nada" consagrado en el § 249. Medicus indica que esta norma se utiliza preferentemente en los accidentes de tráfico donde el perjudicado ha contribuido de forma imputable al nacimiento o incremento del daño, por ejemplo no se ha preocupado de una

ganancias y puede también sobrevenir el vencimiento de una pena convencional por demora. Este mismo autor, en nota al margen, hace presente la diferencia con el Derecho francés, heredero de las enseñanzas de Pothier, donde la indemnización no tendría una amplitud tan extendida.

[28] Carrasco Perera, Angel: Comentario al artículo 1.107, ob. cit., pág. 718.

[29] Se indica comúnmente que el BGB fue el primer código civil en establecer el requisito de la concurrencia de culpas entre el perjudicado y el agente. Así, el profesor Izquierdo expresa que en el Derecho alemán se considera expresamente como una exigencia de la buena fe, y existe también reconocimiento expreso en los códigos civiles argentinos, suizo de las Obligaciones y portugués. Yzquierdo Tolzada, Mariano: ***Sistema de Responsabilidad Contractual y Extracontractual,*** Editorial Dykinson, Madrid, España, 2001, págs. 205 y 206. En la doctrina italiana, Cattaneo expresa que en este aspecto el ***civil law*** ha sido pionero y menciona los códigos civiles austríaco, suizo e italiano, Cattaneo, Giovanni: "Concorso di Colpa del Danneggiato", en ***Risarcimento del Danno Contrattuale ed Extracontrattuale*** a cura di Giovanna Visintini, Milano - Dott. A Giuffrè Editore, 1984, págs. 40 y 41. Sin embargo, se ignora que casi 50 años antes que el BGB el Código Civil chileno estableció en su artículo 2330: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". El profesor Domínguez Aguila indica que los antecedentes probables de esta disposición serían el artículo 2199 del código prusiano o el 1304 del código austríaco. Domínguez Aguila, Ramón: "Aspectos de la Relación de Causalidad en el Derecho Chileno", en Revista ***Roma e América,*** Mucchi Editore, págs. 124 y 125

[30] León González, José María: "Gravedad de la Culpa y Extensión del Resarcimiento...", págs. 5 y 6.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reparación momentánea del coche estropeado o ha ido tarde a un médico. Aquí sería injusto que se respondiera de todo el daño, y por eso el § 254 abre la posibilidad de distribuir los perjuicios entre el causante del daño y el perjudicado y quiebra el principio jurídico de "todos los daños o nada"[31].

3. Derecho italiano

Para el objeto de nuestro estudio, interesa destacar los artículos 1227 y 1223 del ***Codice.***

> Art. 1223: Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.
>
> Art. 1227, Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate (c. 2056).
>
> ***Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza[32].***

Pinori nos indica que el artículo 1227 representa una nueva norma introducida en el ***Codice Civile*** de 1942; norma que contiene dos hipótesis distintas. El primer apartado contempla el caso del concurso de culpa del acreedor, entendida por la doctrina y jurisprudencia dominante como una regla de causalidad material o de hecho, que disciplina el caso en que la conducta del acreedor dañado ha contribuido a producir el perjuicio. En otras palabras, representa una hipótesis particular del concurso de autores en el hecho dañoso.

El segundo apartado del 1227 establece la no-indemnización del daño que el acreedor habría podido evitar con la ordinaria diligencia. Aquí se contempla la hipótesis en que la conducta del deudor fue suficiente para provocar el daño, sin que existiera un concurso de causas, por lo que el daño sólo resulta agravado a consecuencia de la violación de diligencia del acreedor dañado. Luego, el segundo apartado no mira a un problema de concausas, sino de extensión del daño indemnizable[33].

[31] Medicus, Dieter, ob. cit., p. 271. Se aprecia de los ejemplos (no arreglar oportunamente el coche o no ir al médico), que el autor le da una interpretación cercana al criterio de la exigencia de mitigación del daño.
[32] Normas que también deben considerarse en la responsabilidad extracontractual por imperativo del artículo 2056.
[33] Pinori, Alessandra: *Il Danno Contrattuale*, t. I, Cedam Editores, 1998, Italia, págs. 342 y sgts.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Importante también resulta la precisión dada por Visintini, en el sentido que el artículo 1223 del ***Codice*** expresa un criterio de delimitación del daño que excluye la indemnización de las consecuencias dañosas mediatas e indirectas. Esta norma –agrega la autora– derivaría del artículo 1229 del código de 1865 y del 1151 del ***Code***, que comprendían los criterios limitativos de la causalidad directa e inmediata y el de la evitabilidad de parte del acreedor con normal diligencia. Sin embargo, en el actual ***Codice,*** este último criterio viene formulado en forma autónoma en el artículo 1227 inciso 2º[34]. Con ello, nos aclara que, mientras no exista disposición autónoma del deber de mitigar el daño, su fundamento normativo se encontraría en la exigencia del daño directo. Volveremos sobre el punto al tratar el tema del fundamento de este deber en nuestro derecho.

4. Derecho español

España carece de un texto expreso que con carácter general reconozca el deber de mitigar el daño[35]. No obstante ello, la jurisprudencia ha hecho aplicación de este principio con carácter general, en forma expresa o tácita. La decisión de aplicar el deber de mitigación es apoyada por la doctrina, la que a falta de texto expreso ha tenido que dar respuesta a su fundamento.

La doctrina española mayoritaria señala como fundamento del deber de mitigar el daño la aplicación del principio de la buena fe; idea que desde los años sesenta del siglo pasado viene preconizando Santos Briz y que modernamente es también sostenida por autores como Carrasco Perera, Diez-Picazo, Soler Presas y Navas Navarro, entre otros.

Así, Soler presas indica que la exigencia de esta labor de mitigación se fundamenta en razones de política socioeconómica, que promocionan el uso diligente de los recursos y el desincentivo de actitudes pasivas que permitan incrementar las pérdidas sufridas. "Razones que, a su vez, conforman lo que actualmente debe entenderse como un comportamiento conforme a la buena fe, principio general en el que debe situarse la justificación de esta carga"[36].

Carrasco Perera, por su parte, expresa que una de las razones para negar al

[34] Visintini, Giovanna: "El Criterio Legislativo delle Conseguenze Dirette ed Inmediate", en ***Risarcimento del Danno Contrattuale ed Extracontrattuale*** a cura di Giovanna Visintini, Milano - Dott. A Giuffrè Editore, 1984, págs. 9 y siguientes.
[35] Sin embargo, encuentra acogida específica en el artículo 17 de la Ley 50/1980, sobre contrato de seguros.
[36] Soler Presas, Ana María: "La Valoración del Daño...", ob. cit. págs. 64 y 65, y "Comentario al artículo 77", ob. cit., pág. 622.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

acreedor la indemnización de los daños consecuenciales es su deber de mitigar el daño, señalando que en el derecho común se fundó esta carga en la máxima de que no se considera que la persona sufre un daño, si lo sufre por su propia causa, y actualmente se funda en el principio de la buena fe, y que en el Derecho español se utiliza en alguna ocasión a través del criterio de "la culpa del acreedor[37].

No obstante esta opinión mayoritaria, estimamos que el deber de mitigar el daño es un criterio que encuentra acogida en la exigencia de la necesariedad del daño –equivalente a nuestro daño directo– establecida en el artículo 1107 del Código Civil español, como lo ha puesto de manifiesto León González[38]. Idea también preconizada por Forchielli en el Derecho italiano.

La jurisprudencia española ha aplicado en más de una ocasión este criterio delimitativo del daño. Así, tenemos el conocido caso de un viajero frecuente que compraba sus boletos de avión con la tarjeta de crédito del banco del cual era cliente. La compra del pasaje con la tarjeta tenía incorporado un seguro de vida por veinte millones de pesetas en caso de accidente con resultado de muerte.

Sin embargo, cierto día al intentar realizar esta operación se encontró con que su tarjeta de crédito se encontraba cancelada, consultó rápidamente al banco donde se le informó que se debía a un error, razón por la cual tuvo que comprar su pasaje con dinero efectivo, pero ya no tenía incorporado el seguro, a menos que pagara una cantidad extra de 330 pesetas, cosa que no hizo.

El avión en que viajaba sufrió un accidente, falleciendo el sujeto en cuestión, sin gozar del seguro de vida complementario.

Los parientes demandan al banco por la suma de veinte de millones de pesetas, pretensión que es acogida por la Audiencia Provincial.

Deducido el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, determinó que no existía duda en cuanto a la responsabilidad del banco, pero atendido al bajo monto que significaba contratar un seguro al momento de comprar el pasaje y el principio de la buena fe y la facultad de moderación del artículo 1.103, redujo la pretensión a diez millones de pesetas[39].

[37] Carrasco Perera, Angel: Ob. cit., págs. 734 y 735.
[38] León González, José María: "Acotaciones históricas al artículo 1.107...", ob. cit., págs. 590 y sgts.
[39] Sentencia Tribunal Supremo Nº 1013/1994 de fecha 15 noviembre de 1994 (RJ 1994\8488). Otro caso que los autores indican como una aplicación del principio del deber de mitigar el daño, es el caso del actor que contrató con RENFE el traslado de un circo a precio especial, pero en su momento RENFE se negó a respetar el precio y exigió la tarifa normal, cuatro veces superior. El actor se negó a pagar y exigió la devolución del circo y la indemnización por los beneficios dejados de percibir. Aunque la razón aparente para denegar la indemnización fue la falta de pruebas del actor, la doctrina se pregunta si la verdadera razón no fue que en razón del presente principio el actor debió pagar la tarifa, realizado el espectáculo y después reclamar la devolución de lo pagado en exceso.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Aunque técnicamente se baso en la facultad moderadora de la responsabilidad concedida al juez en el artículo 1.103 del Código Civil español, estimamos que es un ejemplo puro de la teoría del deber de mitigar el daño y específicamente del deber de evitar un daño.

El principio en estudio también recibió aplicación en el caso de demanda indemnizatoria por daños causados por un incendio en un local de acceso público (bar). Se estableció que la causa originaria del siniestro ***fue la conducta de una menor, que prendió fuego a una planta artificial existente en dicho local***. La compañía aseguradora, una vez pagada la indemnización al asegurado y subrogada en la posición del mismo, entabló demanda indemnizatoria contra los padres de la menor que identificó como causante del siniestro cubierto por el contrato de seguro. Sin embargo, los dos tribunales de instancia rechazaron la demanda, al negar eficacia causal a este hecho. Ante ello, la compañía aseguradora recurre de casación ante el Tribunal Supremo, fundado en violación del artículo 1.902 del Código Civil y que, en aplicación de dicho precepto, debía imputarse a la menor a título de culpa la totalidad del resultado producido.

Por sentencia de fecha 27 de junio de 2005, el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación. Para ello parte de la distinción entre la causalidad en el plano de la lógica (condición ***sine qua non***), y desde la perspectiva de la imputación objetiva, en que ya no basta que la causalidad exista lógicamente, sino que se requiera que la actuación del autor sea adecuada para producir el resultado, según las reglas de la experiencia, y en este caso la conducta de la menor no lo es, porque las consecuencias que se le atribuyen eran evitables, de haber estado dotado el local de elementos no inflamables, y de haber contado con los necesarios aparatos extintores[40].

Resulta evidente que en este caso la causa del incendio fue el fuego sobre una planta artificial realizado por la menor, pero desde el punto de vista de la causalidad jurídica se le dio mayor trascendencia a que el local tuviera en su decoración elementos inflamables y no contara con los extintores adecuados para evitar su propagación. Típico ejemplo, por lo demás, de la diferencia entre la causalidad fáctica y la jurídica.

Hacen también lugar a la aplicación del deber de mitigar el daño, las

[40] Considerando segundo: "...Esa matización jurídica de la causalidad lógica se traduce en la posibilidad de que entre causas concomitantes o cooperantes a la producción de un resultado se pueda establecer una graduación de eficacia, por razón, por ejemplo, de la inadecuación de cualquiera ***o de la evitabilidad de sus consecuencias inmediatas.*** E, incluso, en que se entienda que alguna de ellas, por su mayor relevancia o significación, absorbe y elimina la influencia causal de las demás". RJ2005\4438. Las *cursivas* son del autor.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sentencias del Tribunal Supremo de fecha 28 de octubre de 2005, ya referida al inicio de este trabajo y la de fecha 26 octubre de 1981, en las cuales se rechaza indemnizar determinados daños por considerarlos evitables[41].

En otros casos, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el deber de mitigación en forma negativa, es decir, para declarar que la indemnización no puede reducirse por tratarse de un daño no evitable. En este sentido, la sentencia de fecha 14 de mayo de 2003[42].

III. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO EN EL DERECHO CHILENO

Para el Derecho nacional lo que nos interesa es ver el tema de su fundamento y su aplicación jurisprudencial.

1. Doctrina

La doctrina no ha sido especialmente prolífica en el tratamiento de este criterio delimitador, por lo que fuera de las referencias al tema hechas por Alessandri, Gatica, Rodríguez Grez y Corral Talciani no hay mayor desarrollo doctrinal. En el último tiempo se debe agregar un estudio más acabado completo del tema por parte del profesor Domínguez.

La escasa doctrina existente tiende a ver el fundamento del deber de evitar el daño como un problema de concurrencia causal, y además lo tratan como un problema de conculpabilidad del acreedor.

Así, Gatica Pacheco, siguiendo de cerca la doctrina alemana, no se refiere expresamente al deber de mitigar el daño, pero en el hecho si lo trata dentro de los casos de conculpabilidad del acreedor y en conjunto con los daños en los cuales el acreedor ha contribuido a su causación. En opinión de Gatica, la conculpabilidad puede manifestarse en forma coetánea con el origen del daño o

[41] Señala esta sentencia en su parte pertinente: "Ya en la fecha de 4 diciembre 1974 (carta de la demandada advirtiendo de no ser dueña) las compradoras, conociendo la situación anómala dominical dicha, pudieron haber evitado el gasto hecho por pago de salarios e indemnizaciones por despido de personal, con sólo no haber mantenido la plantilla desde aquella fecha, puesto que no solicita el cierre de la industria hasta junio 1975, no puede ser estimado". RJ 1981\4001.

[42] Considerando cuarto "... Por otra parte, no hay lugar a una disminución del lucro cesante, pues ***no se ha demostrado, ni intentado siquiera, que la compradora pudo adquirir en el mercado la misma mercancía a un precio menor al que corría en él para mitigar el daño,*** que es una obligación de todo acreedor basada en la buena fe (art. 1258), naturalmente siempre que ello sea posible en sus circunstancias. La profesora Soler Presas considera indebidamente aplicado el principio del deber de mitigar el daño. Comentario suyo en ***Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,*** Nº 64, enero/abril de 2004, Nº 1719, págs. 133 y sgts.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

agravando el daño ya producido. Este último caso –agrega el autor– se da "cuando el acreedor omite las precauciones que las circunstancias aconsejan para aminorar el daño...", y da el ejemplo del comprador que no obstante causarle perjuicios la falta de entrega por parte del vendedor, no se pone a cubierto adquiriendo un bien a un tercero[43]. Es evidente que aquí el acreedor no ha contribuido a causar el daño, pues el mismo autor reconoce que el daño ya está producido, por lo que no estamos ante un problema de concurrencia de causas, sino de infracción al deber de mitigar el daño ya causado. Por lo demás, señala las características que la doctrina típicamente establece para este deber[44].

Para Gatica el fundamento de la reducción de la indemnización es la concurrencia causal; el que aparece cuando indica: "Es menester que la conducta del perjudicado pueda ser estimada concausa del daño experimentado, o, por lo menos, de su mayor gravedad..."[45]. Además, pese a la denominación que le da al epígrafe de "Conculpabilidad del acreedor", Gatica aclara que no nos encontramos ante un caso de culpa del acreedor[46].

El profesor Alessandri, en su obra sobre la responsabilidad extracontractual, considera el deber de mitigar el daño como un caso de culpa del acreedor, al señalar: "La hay asimismo –se refiere a la culpa del acreedor– si la víctima omite hacer lo necesario para precaverse del daño o para aminorar sus consecuencias"[47].

El profesor Corral Talciani, siguiendo de cerca la doctrina española y en especial al profesor Diez-Picazo, funda la exigencia del deber de evitar el daño en el principio de la buena fe[48]. Sin duda este fundamento significa un avance respecto

[43] Gatica Pacheco, Sergio: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1959, págs. 189 y 190.

[44] Se exige solamente la diligencia de una persona medianamente diligente (buen padre de familia), excluyendo la que implique un grave peligro para la vida o salud del acreedor, y se indemnizan todos los gastos razonables, aunque no haya logrado su objetivo de aminorar el daño. Gatica Pacheco, Sergio, ob. cit., pág. 188.

[45] Gatica Pacheco, Sergio, ob. cit., pág. 188.

[46] Al concebir este deber como un caso de concurrencia de culpas, su fundamento debería la culpa. Sin embargo, Gatica reconoce que técnicamente no nos encontramos ante un caso de culpa, "...ya que ésta es elemento subjetivo de una trasgresión jurídica; y la ley, en parte alguna, ha impuesto el deber de precaverse de los daños que uno mismo se causare (a menos que con ellos se pretenda lucrar). De ahí por qué en los casos de conculpabilidad no surja para el acreedor el deber de indemnizar, sino que sólo sea procedente una deducción en la cantidad que tiene derecho a exigir a título de indemnización de perjuicios...". Por ello prefiere hablar de circunstancia imputable al acreedor, lo que por supuesto no aclara mucho. Gatica Pacheco, Sergio, ob. cit., págs. 188 y 189.

[47] Alessandri Rodríguez, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno*, Ediar Editores Limitada, Santiago de Chile, 1983 (reimpresión), Nº 479, pág. 572.

[48] Corral Talciani, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 340.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guiñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a la posición anterior, pero la estimamos insuficiente.

Por último, el profesor Domínguez Aguila distingue claramente la diferencia entre un problema de concurrencia causal y el deber de mitigar el daño. Sin embargo, para efectos de su fundamentación y fuera de las razones morales y económicas esgrimidas, indica que "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..."[49].

Por nuestra parte, estimamos que el fundamento inmediato del deber de mitigar el daño se encuentra en la exigencia del daño directo. Para explicarnos deberemos realizar una regresión histórica sobre el requisito del daño directo.

El antecedente romano del daño directo se encontraría en un pasaje del Digesto (D. 19, 21,3), correspondiente a un texto de Paulo, el cual establece: "Cuando hubiere dependido del vendedor que no se entregase la cosa, ha de hacerse la estimación de toda la utilidad de la cosa misma para el comprador, pues no ha de estimar, por ejemplo, si pudo negociar con el vino y obtener algún lucro, como tampoco si hubiese comprado el trigo y por el hecho de no haberle sido entregado, sus esclavos hubiesen trabajado con hambre: consigue pues, el precio del trigo y no el de los esclavos muertos de hambre, y la obligación no aumenta porque se reclame tardíamente, aunque crezca, por ejemplo, si el vino valiese más en el momento presente, y con razón, porque, tanto si hubiese sido entregado, pues lo tendría yo como comprador, como sino, pues al menos hay obligación de dar hoy lo que se debía haber dado anteriormente"[50].

A primera vista, podría parece un tanto absurdo considerar este texto el antecedente histórico de nuestro actual daño directo, no sólo porque no lo menciona con tal nombre en ninguna parte (ni el Derecho romano ni el justinianeo conocieron esta clasificación), sino, sobre todo, porque se trata de un texto mezquino en la indemnización que otorga, al punto que si lo consideramos sin más el antecedente histórico, nos encontraríamos con la paradoja de que no habría diferencia entre el quantum indemnizatorio del deudor culposo que responde sólo del daño previsto, con el deudor doloso que en teoría debería responder de más, pero que en la realidad según su antecedente histórico respondería de lo mismo o incluso de menos, y podría ser un excelente antecedente para quienes postulan que daño directo y previsible son lo mismo.

En verdad, lo consideramos el antecedente histórico no tanto por lo que

[49] Ramón Domínguez Aguila: "Notas ..." ob. cit., págs. 85 y siguientes y pág. 90.
[50] "El Digesto de Justiniano", ob. cit., t 1, pág. 703.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dice, sino por la interpretación que de él hicieron, a partir de la doctrina pandectística, para armonizarlo con los demás pasajes del Digesto que establecían una mayor extensión indemnizatoria. En efecto, de la lectura del pasaje de Paulo aparece con claridad que solamente se indemniza el daño directo entendido en su significado literal o común (el precio del trigo y el precio del vino) –sentido literal que la doctrina siempre ha rechazado–, y no serían resarcibles todos los demás daños, incluidos los lucros cesantes (muerte de los esclavos por falta de comida y ganancia del vino por reventa), en circunstancias que otros textos del Derecho justinianeo admiten su resarcimiento (D 19, I, 3; 19, I, 13, pr; 19, 2, 19, §1 y la propia Constitución de Justiniano, C, 7, 47, entre otros).

Para superar esta contradicción, la doctrina pandectística interpreta el texto en el sentido que la solución negativa en ella adoptada con relación al lucro cesante por la venta del vino, o la pérdida de los esclavos, depende de la concomitancia de la culpa del comprador por no haber evitado este daño, adquiriendo en otro lugar el vino o el grano, y en definitiva existirá falta o insuficiencia del nexo causal entre tales daños y el incumplimiento. De esta forma, permanece a salvo el principio de su resarcibilidad, cada vez que el dañado lograra suministrar la prueba no fácil de que aunque hubiese actuado con diligencia, no habría encontrado otro vino o grano para reemplazar el no entregado. Según esta interpretación, el texto rechaza indemnizar los daños indirectos en sentido literal por la inercia del dañado en evitar el daño, pudiendo hacerlo. En el fondo se considera muy anormal que no pueda efectuar una compra de reemplazo y por ello, salvo prueba en contrario, lo declararía no indemnizable[51].

Con esta explicación, que armoniza los textos del digesto y explica el motivo del carácter restrictivo del texto de Paulo, tenemos la primera pauta interpretativa del significado atribuido al concepto daño directo por el sistema latino, que lo separa de su sentido literal, concibiéndolo como aquel daño derivado del incumplimiento –o del ilícito– y que el acreedor no pudo evitar con un actuar diligente.

Es finalmente Pothier quien establece el verdadero sentido y alcance de la expresión daño directo o necesario. Para ello, parte de la base de que no se deben indemnizar todos los perjuicios, sino que es preciso distinguir entre el deudor doloso y el que no lo es. Si el deudor no ha incurrido en dolo, sólo responde de aquellos daños que se pudieron prever al tiempo de celebrarse el contrato y en la

[51] Forchielli, Paolo: ***Il Rapporto di Causalita nell' Illecito Civile***, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1960, págs. 39 y sgts.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cuantía que corresponda, según la facultad moderadora aplicada por el juez.

En el caso del deudor doloso, no rigen los principios anteriores y la indemnización debe ser completa, ya sean daños intrínsecos y extrínsecos, y sin necesidad de averiguar si puede o no presumirse que el deudor pensó en ellos al tiempo de obligarse.

Evidentemente, la indemnización no puede ser ilimitada, por lo que la falta del criterio de la previsibilidad para el deudor doloso obliga a redefinir el área del daño jurídicamente relevante mediante una regla de clausura o cierre, que será constituida por la limitación al daño directo o necesario[52].

Para ilustrar la extensión del daño según esta nueva regla de delimitación, Pothier se vale del ya clásico ejemplo de la venta de la vaca enferma que contagia al resto del ganado, y en que –al decir del autor– el dolo sujeta al pago completo de los daños que resultan del contagio, es decir, no sólo al pago de las vacas vendidas, sino también al resto del ganado. Luego se pregunta si la responsabilidad se extenderá a los perjuicios que más lejana e indirectamente derivan del dolo, como serían la imposibilidad de cultivar las tierras por el contagio de los bueyes, y el remate de su finca a vil precio por parte de los acreedores que no pudo pagar por la falta de cultivo de las tierras. El autor sienta la regla de que no deben comprenderse los daños que además de ser una consecuencia remota del dolo no son una consecuencia necesaria y pueden tener otras causas[53].

Pothier señala que este vendedor no será obligado por el embargo que el agricultor ha sufrido en sus bienes. Este daño es solamente una consecuencia muy alejada y muy indirecta y no hay una relación necesaria, pues aunque la pérdida de las bestias haya influido en el trastorno de la fortuna del comprador, él puede haber tenido otras causas.

Respecto al daño por el no cultivo de las tierras, expresa que parece ser una consecuencia menos alejada del dolo del vendedor. Sin embargo, estima que no debe ser obligado a la indemnización o al menos no a la totalidad del daño. La razón es que la falta de cultivo de las tierras no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de las bestias causada por el dolo del vendedor, y el comprador podría, no obstante la pérdida de las vacas, obviar este daño, haciendo cultivar las tierras por otras bestias que habría comprado o si no tenía los medios que habría arrendado, o en último término arrendando las tierras, si no tenía los

[52] Barcellona, Mario, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano-Dott. A Giuffrè Editore, 1980, págs. 153 y sgts.
[53] Pothier, R. J.: *Traite des Obligations*, Banchs Editor, Barcelona, 1974, Nos 166 y 167, págs. 189 y 190.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guiñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

medios de hacerlo él mismo. Sin embargo, como habiendo recurrido a estos expedientes no habría obtenido tanto provecho de sus tierras, como si lo hubiese hecho por sí mismo con sus bueyes que ha perdido por el dolo de este vendedor, algo de estos daños e intereses deben ser indemnizados[54].

Luego, del ejemplo se desprende en él la existencia de tres clases de daños claramente diferenciados: El valor de la vaca enferma y el demás ganado contagiado, la falta de cultivo de las tierras, y el daño derivado del desastre económico.

El primer tipo de daño se considera totalmente indemnizable, sin lugar a ningún tipo de duda.

Respecto a las otras dos clases de daños, podemos decir que se formulan dos reglas o principios.

La primera regla –que es la que interesa en este momento– indica que el nexo de causalidad no se interrumpe por el carácter remoto de los daños, sino por la evitabilidad de los mismos. En el ejemplo, esta regla es aplicada en los daños por no cultivo de la tierra.

De este modo, se niega el resarcimiento por el daño de la falta absoluta de cultivo, sobre el presupuesto que esta consecuencia habría podido ser evitada por el comprador mediante el recurso a medios de cultivos extraordinarios. Con ello se le reprocha al comprador una actitud negligente y se imputa a esta negligencia el daño en cuestión, excluyendo la existencia de un nexo causal necesario o suficiente entre el mismo daño y el contenido culpable del vendedor. Pero, como se reconoce que aún el acreedor diligente no habría podido evitar la totalidad de este daño, se admite la reparación de un daño típicamente indirecto en el sentido literal del término, como es el menor provecho derivado de una cultivación de emergencia respecto de la que habría obtenido laborando el terreno con las propias bestias[55].

De esta forma, resulta evidente la coincidencia de esta regla con la interpretación más autorizada del texto de Paulo (D. 19, 1, 21, 3)[56].

En opinión de Forchielli, el único punto sobre el cual Pothier no toma decisión es el supuesto en que el comprador usando la normal diligencia no hubiese logrado cultivar la tierra, pero esta duda desaparece si se toma en cuenta la parte de su relato, cuando dice que no obstante el cultivo extraordinario la ganancia será menor y el deudor debe resarcir la diferencia, por lo que se deduce

[54] Pothier, R. J.: *Traite...*, ob. cit., Nº 167, págs. 190 y 191.
[55] León González, José María: *Gravedad de la culpa...*, ob. cit., págs. 48 y sgts., y *Acotaciones históricas...*, ob. cit., págs. 591 y sgts; y Forchielli, Paolo, ob. cit., págs. 44 y sgts.
[56] León González, José María: *Acotaciones históricas...*, ob. cit., pág. 592.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que para Pothier son resarcibles todos los daños que el acreedor usando la normal diligencia no habría podido evitar[57].

Resumiendo, según este criterio, debe indemnizarse todo el daño causado por el incumplimiento, sin importar que sea remoto o alejado, siempre que sea un daño necesario, esto es, no evitable por el acreedor utilizando la mediana diligencia[58].

En conclusión, de acuerdo a los antecedentes históricos, uno de los criterios delimitadores comprendidos en la expresión daño directo o necesario es la exclusión de todo daño que, aunque causado por el incumplimiento, pudo ser evitado o mitigado[59]. Esta es, por lo demás, la opinión de Visintini y Forchielli en Italia y de León González, en España, como ya lo señalamos.

De esta forma, al acudir al daño directo para negar la indemnización del daño evitable se logra, por un lado, dar contenido a la regla del daño directo, como diferente al mero requisito de la exigencia causal desde un punto de vista material, y, por otro, separar claramente lo que son problemas jurídicos de los meramente fácticos.

2. Jurisprudencia

La jurisprudencia, en forma expresa o tácita, ha tenido ocasión de aplicar el principio del deber de evitar el daño. Entre dichas aplicaciones podemos mencionar la siguientes:

La Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 25 de octubre de 1999[60] confirmó la reducción de indemnización decretada por el tribunal de primera instancia por incumplimiento de su obligación de evitar el daño. El caso en cuestión trata de una demanda de indemnización de perjuicios por venta de pegamento defectuoso que el actor utilizó en productos confeccionados para ser exportados. Para su decisión, el tribunal tuvo en vista que el demandado entregó al comprador cincuenta kilogramos de pegamento con antelación a la venta de la mayor cantidad solicitada, por lo que este último debió examinar, detenidamente, el resultado final del producto por él elaborado; "...pues, a su vez, se encontraba

[57] Forchielli, Paolo, ob. cit., pág. 46.
[58] Vid. León González, José María: ***Gravedad de la culpa...***, ob. cit. pág. 51, y ***Acotaciones históricas...***, ob. cit., pág. 592; y Forchielli, Paolo, ob. cit., págs. 47 y sgts.
[59] El otro criterio delimitador del daño indemnizable comprendido en la expresión daño directo es la exclusión del daño anormal por predisposición económica de la víctima, conocido en el derecho anglosajón como ***Impecuniosity***.
[60] ***Gaceta Jurídica*** Nº 232, Rol Nº 6.490-95.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la necesidad de cumplir fiel e íntegramente sus obligaciones para con sus terceros co-contratantes; y a los que debía proveer de los aludidos productos" (considerando segundo).

Sobre la base de lo anterior, se señala en el considerando tercero: "Que al omitir hacerlo, habría incurrido en incumplimiento grave de sus personales obligaciones para con aquellos terceros; y si bien es cierto tal incumplimiento sería eventualmente motivo de agravio sólo respecto de aquéllos, en lo que hace referencia al caso concreto de estos autos, ***importa la concurrencia de una concausa en la generación del resultado dañoso sufrido por su propio patrimonio,*** perjuicio que se debió tanto a la impropia calidad del producto elaborado por la demandada, cuanto a la dejación o ligereza con que obró el actor, al no verificar la calidad del producto último, destinado por él, a la referida exportación. La negativa reacción comercial respecto del producto final, ***evitable y previsible,*** fue necesariamente consecuencia de comportamientos causales" (la itálica es del autor).

En este fallo se puede observar que se sigue muy de cerca las opiniones de Gatica, tanto en lo relativo a tratarse de un problema de concausas, según se indica en el considerando tercero ya trascrito, como también respecto a la aclaración de que no estamos ante un problema de culpabilidad del acreedor, como lo deja claramente establecido el considerando quinto del fallo[61].

Es incorrecto considerar el deber de evitar o mitigar el daño como concausa por las razones ya enunciadas y que no corresponde reiterar. Lo que aquí interesa es destacar las decisiones erradas a que nos puede llevar la consideración de este deber como un caso de concausa. En efecto, al considerarse como un problema de causalidad, se corre el riesgo del "todo o nada", es decir, de acoger la indemnización por el total o rechazarla por completo. Ello es particularmente peligroso cuando se sigue la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta que el hecho imputado sea una de las condiciones ciertas del daño para ser obligado a indemnizar, sin importar que concurran otras condiciones. Dos casos jurisprudenciales nos ilustrarán lo que queremos expresar.

Caso resuelto por la sentencia de fecha 18 de agosto de 1999. Por error atribuible a un banco, se menciona en el acto de protesto de un cheque un

[61] Considerando Quinto: "Que tratándose de responsabilidad contractual, ***no obstante hablarse general y doctrinariamente de conculpabilidad o co-culpabilidad entre acreedor y deudor, lo cierto es que no surge para el primero el deber de indemnizar propiamente tal, según lo dicho precedentemente; haciéndose sólo procedente una deducción en la cantidad que tiene derecho a exigir a título de indemnización de perjuicios.*** Es más exacto señalar, en consecuencia, que se produce la concurrencia de circunstancias imputables al acreedor que contribuyen a generar o agravar su propio daño, originado u ocasionado, principalmente, por el deudor". La itálica es del autor.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nombre distinto al de su verdadero girador. Ante esta situación, el titular del documento entabla demanda indemnizatoria, solicitando, entre otros conceptos, el monto del cheque. Argumenta el demandante que debido a este error del banco inició una acción contra alguien que no era el girador, y se encontró impedido de recobrar el documento dentro del plazo de prescripción de las acciones que emanaban de él.

El tribunal de primera instancia rechaza la demanda; pero la Corte de Apelaciones, por sentencia de fecha 10 de julio de 1996, revoca el fallo de primer grado y en su reemplazo dicta sentencia que acoge la demanda indemnizatoria, aunque sólo en cuanto ordena pagar el valor del cheque protestado, desechándola en lo demás. Finalmente la Corte Suprema, por sentencia de fecha 18 de agosto de 1999, acoge el recurso de casación en la forma interpuesto por la parte demandada, invalida la sentencia de segunda instancia y dicta sentencia de reemplazo, en virtud de la cual se confirma la sentencia de primera instancia, y, consecuentemente, se rechaza la demanda indemnizatoria. Para fundar su decisión indica que "...el no pago de la obligación que representa dicho cheque, no es directa ni necesariamente imputable al Banco demandado...". Refuerza esta idea, señalando más adelante: "Que, bajo otro punto de vista, no puede afirmarse categóricamente que al darse cuenta del error del Banco, el actor no hubiere podido recuperar el cheque o presentar dentro de la querella iniciada una acción por estafa..." (considerando segundo de la sentencia de reemplazo)[62].

En un segundo caso, según sentencia de fecha 26 de enero de 2004[63], la Excma. Corte Suprema debió resolver una situación muy semejante al anterior; pero en este caso la decisión del máximo tribunal fue exactamente la contraria. Se trataba también de una demanda de indemnización de perjuicios contra un banco que cometió un error al estampar el protesto de un cheque (indicó incorrectamente el domicilio del girador). El titular del documento entabló demanda de indemnización de perjuicios por la suma de los cheques involucrados en el error. El banco alegó que la actora no actuó con diligencia y cuidado para evitar los perjuicios sufridos. El tribunal de primera instancia rechazó esta alegación y acogió la demanda indemnizatoria, señalando en su considerando decimoctavo, entre otros argumentos: "...En todo caso lo realmente significativo es que la acción u omisión culpable o dolosa sea la causa directa y necesaria del daño, y no tienen mayor trascendencia la existencia de circunstancias puntuales que hubiesen contribuido a modo de comportamiento en escala, o en forma coetánea

[62] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 96, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 91 y sgts.
[63] *Gaceta Jurídica* Nº 283, págs. 121 y sgts.

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con la producción del resultado dañoso.

Que en consecuencia, conforme a lo que se ha señalado debe tenerse por configurada la relación de causalidad existente entre la actitud culpable del banco demandado, consistente en el incumplimiento de la obligación de verificar domicilio, y los perjuicios sufridos por la demandante, consistentes en la pérdida de las acciones legales tendientes a su cobro".

La Corte de Apelaciones de Santiago, por su parte, siguiendo la doctrina establecida por la Excma. Corte Suprema en el fallo anterior, revocó la sentencia de primera instancia, declarando en su considerando sexto: "Que conforme a lo anterior, la circunstancia de no haber notificado al girador de los cheques del protesto de los mismos para así configurar el delito de giro doloso de cheques, también dar la posibilidad de originar un juicio ejecutivo no puede imputarse únicamente al error del Banco Sud Americano demandado en autos, pues el demandante tuvo múltiples posibilidades de notificar válidamente dicho protesto, sin que conste de los antecedentes que lo haya intentado, de donde resulta que no ha sido determinante respecto de la falta de cobro de los cheques y por lo tanto no ha sido impedimento, según se ha visto, para el ejercicio de las acciones del demandante".

No obstante su decisión de años antes, la Corte Suprema casó la sentencia de segunda instancia y dictó en su reemplazo otra que confirmaba la sentencia de primera instancia. Para fundar su nueva doctrina argumentó que en los daños producidos por una pluralidad de causas no se exige la presencia de una causa única, exclusiva y excluyente y que "...el daño sufrido por la sociedad demandante, en la especie, consiste en la pérdida de las acciones legales y fundamentales para su cobro,.... está en estricta y directa relación con la actuación negligente de la entidad financiera demandada por estimar erróneo no considerar al error del banco como la causa del daño demandado" (considerando 7)[64].

Resulta evidente que se dan dos soluciones contrarias para casos prácticamente idénticos. En nuestra opinión, ninguna de las sentencias resolvió en problema en forma correcta, incurriendo ambas en el error de estimar el deber de

[64] Mencionemos, aunque sea en forma tangencial, que en este último fallo la Corte Suprema da un vuelco radical a su doctrina sobre la naturaleza del nexo causal. De esta forma, pasa de estimar la causalidad como una mera cuestión de hecho, a considerar que en ella existen también aspectos jurídicos, al decir se distinguen elementos naturalísticos y normativos: "La causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto –el naturalístico–, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de derecho y, como tal, es susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo" (considerando sexto).

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

toda víctima de evitar o mitigar su daño como un problema meramente causal. En el primero se estimó que el protesto irregular no fue la causa directa y necesaria del no pago, y sobre la base de ello se aplicó el deber de evitar el daño por parte de la víctima. En el segundo caso, por el contrario, se estimó que el protesto irregular fue una de las causas que contribuyeron al no pago y se desechó la exigencia de un deber de evitar el daño por parte del actor.

Al confundir el deber de evitar o mitigar el daño con un problema causal, se llega a la aplicación del "todo o nada", es decir, a considerar que la falta de diligencia del actor fue o no la causa del daño, y en consecuencia a rechazar toda indemnización o a otorgar la indemnización por el total.

En nuestra opinión, debe partirse por estimar que el deber de mitigar el daño no es una cuestión propiamente causal, sino que ella entra a operar cuando ya no se puede atribuir un nuevo curso causal; y en base a este deber corresponderá al juez, en su caso, reducir la indemnización, considerando las mayores o menores posibilidades de éxito en la evitación del daño y los costos que el actuar diligente le irrogarían al actor (como lo indica Pothier en el caso de la falta de cultivo por contagio de las vacas).

En los casos analizados, se debió haber determinado si la víctima pudo tomar las medidas propias de un buen padre de familia para evitar las consecuencias del protesto irregular. De estimarse que no se habrían podido adoptar las medidas necesarias, debió haberse dado lugar a la indemnización solicitada, representada por los valores de los cheques, y para el caso de considerarse relativamente improbable el éxito de su cobro, debió otorgarse, a lo menos, la indemnización representativa de la pérdida de la expectativa del cobro. De llegar a la conclusión contraria, esto es, estimar que la víctima pudo realizar las gestiones necesarias para evitar el daño, lo procedente habría sido el rechazo de la indemnización, tanto por el valor de los documentos como por el valor que representa la expectativa de su cobro, pero de todas maneras debió indemnizarse el valor de las gestiones que la víctima pudo tomar para evitar el daño, aunque en el hecho no las hubiese realizado. De esta forma, se evitan los extremos del "todo o nada" y siempre deberá concederse alguna indemnización –sujeto, claro está, al cumplimiento de los demás requisitos de la acción indemnizatoria–, pero no necesariamente por el daño efectivamente causado, quedando al tribunal la tarea de determinar el concepto por el cual se da la indemnización (daño causado, pérdida de expectativas o costos que habrían implicado las gestiones para evitar el daño) y su monto.

Es por ello que estimamos más acorde con la verdadera naturaleza del

Artículo: El deber de evitar o mitigar el daño
Revista: Nº217-218, año LXXIII (En-Dic, 2005)
Autor: Rodrigo Fuentes Guíñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

deber de mitigar el daño a la sentencia de fecha 19 de abril de 1944. El caso trataba de la venta de trigo no entregado. El comprador demandó resolución con indemnización de perjuicios, solicitando la diferencia de precios entre la fecha del contrato y la fecha de la demanda. La Corte Suprema, aunque entremezclo el problema con el criterio de la previsibilidad (al declarar que sólo es prevista la diferencia entre fecha del contrato y la fecha en que debía entregarse el trigo), el criterio realmente aplicado fue el deber de mitigar el daño. Ello se demuestra al señalar el máximo tribunal que no se puede considerar, como pretende el actor, el momento de la demanda para calcular la diferencia de precios, pues ante la falta de entrega él pudo comprar el trigo en otra parte[65].

Para finalizar, mencionamos la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2002, ya reseñada al inicio del presente trabajo. Dicho fallo resolvió la demanda de indemnización de perjuicios interpuesto por un agricultor contra una municipalidad por la pérdida de su cosecha, debido a que el municipio ordenó cerrar sus compuertas para evitar la inundación del pueblo; pero inundándose su terreno a consecuencia de esta medida. La Corte Suprema consideró que el agricultor actuó negligentemente al no hacer nada durante todo el mes que duró la inundación. Señala en su considerando primero: "La omisión del cuidado de su plantación en la etapa en que se encontraba, permite al tribunal presumir negligencia de su parte, pues una intervención oportuna hubiera podido eventualmente, haber salvado parte de lo perdido". En todo caso, para reducir el monto de la indemnización fijada en la instancia, no aplicó derechamente el principio de mitigar el daño, sino que declaró que no resultaba convincente que un agricultor poco diligente hubiera podido obtener la ganancia que declararon los testigos, y procedió a reducir su monto en un cuarenta por ciento aproximadamente.

El fallo es acertado, porque no aplicó la teoría del todo o nada, sino que redujo la indemnización por falta de diligencia del agricultor a la hora de evitar el daño. El argumento dado para reducir la indemnización es probablemente una demostración del descuido doctrinario a este importante criterio delimitador del daño, pero que el máximo tribunal salva ingeniosamente.

[65] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 42, 2ª parte, sec. 1ª, págs. 78 y sgts.