
Análisis del deber de evitar y mitigar el daño como norma primaria en Colombia*

› MANUEL OVIEDO-VÉLEZ**

› TOMÁS CUARTAS ORREGO***

RESUMEN. Según algunos doctrinantes nacionales, el deber de evitar y mitigar los daños carece de consagración legal en Colombia. Este artículo, en primer lugar, explora si existe tal deber, y, en segundo lugar, analiza distintas fuentes normativas del ordenamiento jurídico nacional que permiten afirmar su vigencia –como el principio constitucional de buena fe y la disposición del artículo 2357 c. c.–, además de algunos razonamientos jurisprudenciales. Por último, el artículo señala la estructura de la norma primaria que da lugar a dicho deber en el ordenamiento jurídico colombiano.

PALABRAS CLAVE: evitar el daño, mitigar el daño, responsabilidad civil, culpa de la víctima.

* Fecha de recepción: 13 de julio de 2020. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2025.

Para citar el artículo: Oviedo-Vélez, M. y Cuartas Orrego, T., “Análisis del deber de evitar y mitigar el daño como norma primaria en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 49, julio-diciembre 2025, 151-174. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.49.05>.

** Universidad EAFIT, Medellín, Colombia; profesor asociado e investigador de la Escuela de Derecho. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia; director de la Línea de Derecho Privado y editor de la Colección EAFIT–Tirant. Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, Universidad EAFIT, Medellín Colombia; Abogado y músico, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: moviedo@eafit.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4321-0211>.

*** Ariza & Marín, Medellín, Colombia; abogado asociado. Magíster en Derecho, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia; abogado, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: tomas@cuartas.com.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9967-2808>.

Duty To Prevent and Mitigate Damages within Colombian Private Law

ABSTRACT. According to some national scholars, the duty to prevent or mitigate damages lacks legal recognition in Colombia. This article first explores whether such a duty exists and then analyses various normative sources within the national legal system that support its validity—such as the constitutional principle of good faith and the provision in Article 2357 of the Civil Code—as well as certain judicial reasoning. Finally, the article outlines the structure of the primary norm that establishes the validity of this duty within the Colombian legal system.

KEYWORDS: Damages prevention, damages mitigation, law of torts, negligence of the victim.

SUMARIO: Introducción. I. Tipología de la institución: obligación, carga o deber. II. El deber de evitar y mitigar el daño en Colombia. III. La norma con estructura de regla que da lugar al deber de evitar y mitigar el daño. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El deber de evitar y mitigar el daño implica que quien pueda sufrir o haya sufrido un daño adopte medidas razonables dirigidas tanto a evitar la concreción de los posibles perjuicios como a contener la extensión de los existentes. Si la víctima no cumple tal deber, el deudor o responsable podrá pretender que el juez excluya de la indemnización los daños que pudieron ser evitados con un actuar razonable y diligente. En Colombia este deber carece de consagración legal según la doctrina y no existe un fallo de la Corte Suprema de Justicia determinante o concluyente que ayude a depurar el concepto o a delimitar su alcance. Sin embargo, su aplicación resulta imprescindible, pues evita que la víctima o el acreedor puedan pretender la indemnización de los perjuicios que tuvieron origen en su propia negligencia.

En este estudio se formula la tesis de que sí existen normas que contemplan tal deber: por un lado, este se deriva del principio constitucional de buena fe, indispensable para el correcto desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en los distintos ámbitos de la responsabilidad civil; por otro lado, existen normas de las cuales se puede derivar su consagración positiva, en particular el artículo 2357 c. c. que dispone que “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Este artículo puede servir al intérprete como base para derivar el deber y descartar el pago de perjuicios que tuvieron como causa la conducta pasiva de la víctima.

Ahora bien, dentro de los argumentos en contra de considerar que existe tal deber se señala el *principio de reparación integral*, que se ha erigido como uno de los pilares fundamentales de la responsabilidad civil en Colombia. Este principio, que propende por que se pague a la víctima la totalidad del daño sufrido, entra en

tensión con el deber de evitar y mitigar los daños, comoquiera que este le impone a la víctima un deber de evitar la propagación del perjuicio o de aminorarlo con conductas razonables que de no ser ejecutadas limitarían la indemnización de los daños que hubiesen podido ser evitados. Aun cuando el primer llamado a sufragar la totalidad de los perjuicios es el responsable, la conducta negligente de la víctima no resulta irrelevante y puede acarrearle consecuencias adversas en caso de incumplir con los mandatos del deber objeto de estudio. En el ordenamiento jurídico colombiano existen herramientas para salvaguardar el interés de la víctima, encaminadas a que el agente que ocasiona un daño lo indemnice en su totalidad; no obstante, es compatible con los postulados normativos vigentes, en especial el principio constitucional de buena fe, que se le exija a la víctima el comportamiento de un buen padre de familia ante el advenimiento del hecho dañoso.

Para explorar y tratar de resolver disyuntivas como la anterior, el presente texto propone un plan que se divide en tres secciones: en la primera, se parte de la teoría general del derecho para explicitar qué se entiende por *deber* y verificar si en efecto la institución que se estudia se corresponde con dicho concepto; esto permitirá identificar qué tipo de norma regula la conducta de la víctima a quien le corresponde evitar que el daño suceda o se acreciente. En la segunda, se identifican las distintas normas que permiten afirmar la validez del deber en el ordenamiento jurídico colombiano: se analizan las consagraciones constitucionales y legales, algunas reflexiones doctrinarias, y se hace un estudio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En la tercera parte se reconstruye la norma con estructura de regla que da lugar al deber, es decir, se define cuál es su supuesto fáctico y cuál es su consecuencia jurídica; además se hace una reflexión final a propósito de la idea de *razonabilidad*, que es un concepto que aparece de manera reiterada en las reflexiones a propósito del deber objeto de estudio¹.

I. Tipología de la institución: obligación, carga o deber

Para discernir el alcance del *deber de evitar y mitigar el daño* es necesario determinar si este reviste efectivamente las características propias de un deber o si se trata de una obligación o de una carga. Ello permitirá establecer no solo las consecuencias de cara a su inobservancia, sino también si el victimario tiene la posibilidad jurídica de exigir alguna conducta de la víctima.

Los términos *deber*, *obligación* y *carga* son polisémicos tanto desde el punto de vista de la dogmática jurídica como de la teoría del derecho, y además se suelen

1 Este texto, como el título lo sugiere, tiene su enfoque puesto en el ordenamiento jurídico colombiano y por lo tanto la observación del derecho extranjero es marginal y se hará solo para completar o enriquecer las definiciones y el contenido del deber en cuanto resulte consonante con el ordenamiento interno.

presentar confusiones y solapamientos entre sus significados. Por lo anterior, es necesario referir sus significados para luego discernir la manera en que distintos autores se refieren a la posición jurídica en la que se encuentra la víctima respecto de la mitigación de los daños, es decir, cómo el ordenamiento atribuye dicha conducta en los términos de las categorías referidas. Un sector sostiene que podría ser adecuado hablar de *obligación*, mientras que otro afirma que se trata de una *carga* o de un *deber*. Por ello, primero se estudiarán tanto el concepto *obligación* como las tesis que consideran que la víctima se encuentra en tal posición respecto de la mitigación de los daños; luego se hará el mismo ejercicio con la *carga* y con el *deber*, para concluir con las razones por las que parecería más razonable afirmar que el *deber* es la categoría más adecuada.

Según Alessandri, Somarriva y Vodanovich, el vocablo *obligación* tiene dos acepciones:

... en un sentido amplio designa la relación total crediticia, tanto en su aspecto activo como pasivo. Y desde este punto de vista se define como la “relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) se encuentra en la necesidad de realizar a favor de otra (acreedor) una determinada prestación, que último tiene la facultad de exigir, constriñendo a la primera a satisfacerla”. Pero en un sentido restringido, sólo se mira el lado positivo de la relación de derecho, la palabra obligación tiene el significado de deuda, y se define como “la necesidad jurídica en que se encuentra una persona de cumplir una prestación, positiva o negativa, respecto de otra”².

Si se consideran estas definiciones, la existencia de una obligación implica la existencia de una relación crediticia, es decir, de un derecho personal³. Entre quienes consideran que el deber de evitar y mitigar los daños podría considerarse como una obligación, y en efecto describen la relación que tal categoría implica, se encuentra María Isabel Troncoso. Sin embargo, ella misma precisa que el derecho correlativo no se encuentra presente. Por lo anterior, considera la idea común a los ordenamientos francés, alemán y suizo de *incombance*, esto es, de “una obligación que no es susceptible de ejecución forzada ni de indemnización en caso de inejecución, pero que debe ser respetada por el contratante si pretende conservar todos sus derechos”⁴.

2 Alessandri Rodríguez, A.; Somarriva Undurraga, M. y Vodanovich, A., *Tratado de derecho civil*, t. II, *Partes preliminar y general*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1998, 58.

3 Nótese que el término “derecho personal” parece compartir la ambigüedad propia de la obligación: se refiere tanto a la relación entre el acreedor y el deudor como a la posición de uno de los sujetos.

4 Troncoso, M. I., “La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2011, 357.

El razonamiento anterior parecería implicar que *incombance* es una “especie” del tipo “obligación”, dado que la definición se construye a partir de un procedimiento de género próximo y diferencia específica. Sin embargo, tal definición no sería aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que una obligación o derecho personal da cuenta de la correlación entre un deber, que en este caso se observa, y las competencias que tiene el acreedor como titular del derecho de crédito (por ejemplo, para extinguir el deber o ejecutarlo⁵), competencias que en este caso no se observan. Asimismo, esta opción implica introducir una nueva categoría al ordenamiento jurídico, lo cual solo sería aceptable si en el mismo no hubiera categorías suficientes que permitieran explicar la institución. En conclusión, se descarta la idea de que existe una relación crediticia entre la víctima y el victimario en virtud de la cual la primera debe contener los daños que se produjeron a favor del victimario, titular de un derecho de crédito. La enunciación de este derecho inusual, tan artificial en la descripción del sistema jurídico colombiano, hace necesario indagar por otras opciones.

En segundo lugar, algunos autores defienden la idea de que la víctima tiene una *carga* de contener el daño. La *carga* ha sido especialmente desarrollada por Carnelutti, quien señala que “[e]n cuanto que el Derecho tutela el interés de una parte contra el de otra puede subordinar esa tutela al sacrificio de un interés distinto, pero perteneciente al sujeto del interés tutelado”⁶. La persona que tiene una carga no se encuentra, como en la *obligación*, en la necesidad de escoger entre la sanción y el sacrificio libre de su propio interés para favorecer a otro, sino que debe decidir entre alguno de dos intereses suyos; por ejemplo, en el caso de la *carga* de la prueba, la idea de *carga* implica todos los esfuerzos tendientes a probar un hecho, con lo cual se satisface un propio interés que consiste en la prosperidad de la pretensión.

En los últimos años, la doctrina nacional y extranjera se ha inclinado por afirmar que el deber de evitar y mitigar los daños es una carga prototípica. Entre quienes defienden dicha postura está Eduardo Mahecha, quien señala que, dado que las cargas no son imperativas como los deberes, no pueden ser exigidas coactivamente, y solo implican que su titular perderá un beneficio⁷. De manera específica, señala que “la conducta de mitigación no puede ser coactivamente exigida a la víctima y su incumplimiento no genera ningún tipo de responsabilidad a cargo

5 En este sentido, véase nuestro trabajo previo sobre las competencias que conforman un derecho personal: Oviedo-Vélez, M., *Conceptos al derecho. Un análisis de la distinción entre derechos personales y reales*, Medellín–Bogotá, EAFIT – Tirant lo Blanch, 2024, 109-114.

6 Carnelutti, F., *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, 83.

7 Tal como en el caso de la *carga de la prueba*: por ejemplo, al demandante no se le puede exigir que pruebe nada, pero su esfuerzo en hacerlo bien podría valerle un beneficio. Su conducta está regulada para la satisfacción de un interés propio, no de uno ajeno.

de esta y a favor del agente del daño o terceros. En otras palabras, incumplir la carga de mitigar los daños no es un hecho antijurídico o ilícito”⁸.

En el mismo sentido, San Martín Neira⁹ ha advertido que más que de un *deber* se debería hablar de una *carga*, dado que esta se caracteriza por no ser exigible y porque no hay lugar al resarcimiento en caso de que la conducta debida no sea observada. Señala, al igual que Carnelutti, que “la carga constituye la subordinación de un interés en favor de otro interés del mismo sujeto, y sería éste quien, con base en una valoración económica de sus diversos intereses en juego, decide si actúa o no”¹⁰.

En síntesis, quienes consideran que la víctima tiene una *carga* de evitar que el daño se extienda afirman que esta categoría es adecuada por dos razones: de un lado, porque la víctima evita o mitiga el daño en *beneficio propio*; de otro lado, porque no hay posibilidad de coerción propiamente, pues el victimario no podría ejecutar a la víctima por el incumplimiento. Sin embargo, más que justificar la precisión del concepto de *carga*, la argumentación se dirige a descartar las ideas de *obligación* y *deber*: se enfatiza en la ausencia de los elementos típicos de estos conceptos, específicamente de una prestación del deudor que satisface un interés ajeno, el del acreedor, quien en caso de incumplimiento puede pretender la ejecución de la obligación incumplida, lo cual conduce a la idea de *sanción*.

Ahora bien, quizá no sea aceptable sostener que se trata de una *carga* por dos razones que se corresponden precisamente con las características previamente señaladas: el interés que se satisface con la conducta de la víctima y la ausencia de una sanción por el incumplimiento. Respecto de lo primero, la afirmación de que evitar y mitigar el daño se hace en ejercicio de una carga implica que la víctima obtiene de ello un beneficio para sí; pero este beneficio no es evidente. Aquí conviene descartar algunas ideas. El beneficio no es la indemnización, pues la misma se deriva de una norma diferente: si alguien causa daño con su conducta imputable, debe indemnizar; si la víctima evita que el daño se expanda, no obtendrá por ello la indemnización, pues esta es la consecuencia de la referida norma. Asimismo, si el beneficio es que el daño no se extienda, este es un beneficio fáctico, que no depende del ordenamiento jurídico, y en esa medida tampoco sería un beneficio propio de las cargas; estas no son consejos respecto de la mejor forma de hacer las cosas en el mundo, sino respecto de la manera de obtener ventajas jurídicas.

8 Gamboa Mahecha, E., “La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 51, 2014, 8.

9 Esta posición la comparte Rodríguez Fernández, para quien la carga tiene las mismas dos características principales: no coercibilidad, y el estar dispuesta para la satisfacción de un interés de su titular. Véase Rodríguez Fernández, M., “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 15, 2008, cit.

10 San Martín Neira, L., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 71.

En el caso de la carga de la prueba, para retornar al uso más general del término, la carga indica qué se debe probar para que prospere la pretensión, lo cual es en efecto un beneficio jurídico.

Respecto de lo segundo, se ha afirmado que se trata de una carga porque su incumplimiento no implica una sanción, como en cambio sí sucede típicamente con los deberes y las obligaciones: si alguien se pasa el semáforo en rojo será sancionado, y la amenaza de dicha sanción es una buena razón que orienta la conducta. Si se consideran las normas subyacentes a un deber, este implica que en el ordenamiento jurídico haya una norma primaria que sancione la conducta contraria a la debida; en el caso específico del imperativo de evitar y mitigar los daños, se requeriría una norma primaria que sancionara la conducta de la víctima que no evitó o que no contuvo el daño. Si tal norma existe, se suman buenas razones no solo para descartar la opción de una *carga*, sino además para afirmar que la víctima mitiga o evita los daños en observancia de un típico deber.

Pues bien, podría afirmarse que en el ordenamiento jurídico colombiano, en efecto, existe una norma que impone una sanción a quien incumpla con el mandato instruido por el deber de evitar y mitigar los daños. El artículo 2357 c. c. señala que “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Resulta oportuno preguntarse si tal reducción implica para la víctima una consecuencia adversa, una sanción, que podría implicar la atribución de un deber. Dicha norma incentiva a la víctima de un hecho antijurídico para que tome medidas razonables que eviten la propagación de un mal ya ocurrido o que está por ocurrir; propende por que quien sufre un daño se comporte como un buen padre de familia, que obre diligentemente.

Si bien el análisis de la norma se realiza en detalle en la sección siguiente, conviene anticipar que lo anterior se corresponde con las características propias de una norma primaria en términos de Hart, lo que implica que se trata de una norma que da lugar a un *deber*: el término *deber* explicita la posición de un sujeto con respecto a una norma primaria; se afirma que una persona tiene el deber de realizar una conducta cuando la no realización de esta satisface el supuesto fáctico de una norma cuya consecuencia es una sanción¹¹. En el mismo sentido, San Martín, al establecer la distinción entre deber y carga, afirma que “[e]l deber jurídico no es nada diverso de la norma jurídica. Es simplemente la norma jurídica en su relación con el individuo, a cuyo comportamiento la norma conecta una sanción”¹². Ello significa que hay un deber siempre y cuando la omisión de la conducta debida satisfaga el supuesto de hecho de una norma primaria, norma de la cual se derivan efectos adversos para quien incumple. En este sentido, la sanción es el elemento esencial del cual depende la existencia de un deber, y que

11 En este sentido, véase nuestro trabajo previo sobre las competencias que conforman un derecho personal: Oviedo-Vélez, M., *Conceptos al derecho*, cit., 85.

12 San Martín Neira, L., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., 69.

parece verificarse respecto de la contención y la mitigación del daño: si la víctima no evita o no contiene el daño, su derecho a la reparación integral será menguado, y aquí hay una verdadera sanción.

En conclusión, no evitar y mitigar el daño pudiendo haberlo hecho satisface el supuesto de hecho del artículo 2357 c. c. que dispone una consecuencia adversa para la víctima; consecuencia que, si se entiende como una sanción, implica que la víctima se encuentra ante un *deber*.

II. El deber de evitar y mitigar el daño en Colombia

En esta sección se exploran las fuentes que justifican la validez del deber de evitar y mitigar los daños en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicha exploración se divide en cuatro apartes: así, se estudian el principio de buena fe; las normas del código civil que a él se refieren; la referencia frecuente de la doctrina a la *causalidad* como justificación de la existencia del deber, y, finalmente, la atención se dirige a su desarrollo en la jurisdicción de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

A. La buena fe

A propósito de la buena fe es necesario diferenciar entre la *buena fe objetiva*, entendida como principio, y la *buena fe subjetiva*, entendida como la convicción o creencia de comportarse conforme al ordenamiento¹³. Respecto del deber de evitar y mitigar los daños, la *buena fe objetiva* es la que resulta relevante. A propósito de esta, Martha Lucía Neme ha señalado que “este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de [...] su profuso carácter normativo”¹⁴. Esta *buena fe objetiva* introduce modelos de conducta que se corresponden con la manera como una persona honesta y proba se comportaría. Por ejemplo, Arturo Solarte señala que algunos deberes en el ámbito contractual se derivan de la buena fe en este sentido:

Los deberes a los que estamos haciendo alusión, dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto

13 En este sentido, Neme Villarreal, M. L., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009, 48-50.

14 *Ibid.*, 49-50.

al acreedor como al deudor de la relación obligatoria, pero es en relación con la actividad de este último [...] que se encuentra mayor desarrollo. Su carácter secundario o complementario se predica de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación, que, en todo caso, se sigue considerando como la finalidad principal perseguida por las partes. Señalemos también que los deberes secundarios de conducta no se presentan solamente en la ejecución del contrato, como complemento de las obligaciones nucleares, sino que tales deberes también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y poscontractual¹⁵.

De manera semejante, en virtud de la *buena fe objetiva* parecería necesario afirmar que una víctima razonable haría lo que estuviera a su alcance para evitar que el daño que sufre, aunque haya sido causado por otro, se empeore; asimismo, si un hombre razonable pudiera tomar una medida para evitarse un perjuicio que resulta de la acción de otro, parecería razonable esperar que lo hiciera. Por lo tanto, cuando otro ha causado un perjuicio, el hecho de que la víctima omita las medidas que podrían evitar y morigerar la ocurrencia del daño sería una conducta contraria a la idea de honradez y probidad que supone el principio, sería una conducta contraria a la *buena fe objetiva*. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia colombiana:

El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83 C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan –sentido positivo– o que se abstienen de hacerlo –sentido negativo– parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo negocial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.)¹⁶.

En la misma línea de razonamiento, la Corte Suprema de Justicia concluye:

... resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o

15 Solarte Rodríguez, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Vniversitas*, n.º 108, 2004, 304-305. En el mismo sentido, Domínguez Hidalgo, C., “Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor”, *Revista IARCE. Estudios en homenaje a Javier Tamayo J.*, 2011, 133-134.

16 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010, 49.

afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo *razonables*, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido¹⁷.

Llama particularmente la atención que el fragmento anterior señala la *buena fe* no solo como el fundamento, sino también como el límite que tiene el deber de evitar y mitigar el daño: la víctima no se encuentra obligada a lo imposible, y solo le son exigibles las conductas *razonables* para evitar la agravación del daño causado por el victimario.

En la justicia arbitral también se encuentran referencias a la buena fe como fundamento del deber. En el laudo de *Geofundaciones S.A. en contra de Conascol S.A.*, el tribunal señaló que, respecto del deber de evitar y mitigar los daños, que fundamentó ampliamente en el derecho anglosajón, “estas pautas de conducta también deben ser observadas plenamente en nuestro derecho por tratarse de una clara y saludable aplicación del principio de la buena fe, plasmado expresamente en nuestro derecho positivo, y condición insustituible para la convivencia social”¹⁸.

De este modo, se puede concluir que con fundamento en los principios que informan el ordenamiento jurídico colombiano resulta exigible que la víctima de un daño deba desplegar las conductas tendientes a evitarlo o a mitigarlo. Ahora bien, de manera adicional es posible encontrar normas que expresamente se refieren al deber de realizar tal conducta, como se demuestra en el siguiente aparte.

B. El deber de mitigar y evitar los daños en la legislación colombiana

En este apartado se analizan algunas normas positivas de las cuales se puede deducir la existencia del deber: de manera inicial, el artículo 2357 c. c., como una consagración general del deber de evitar y mitigar los daños; posteriormente, algunas normas específicas que imponen el deber en situaciones particulares.

El artículo 2357 c. c. señala que “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Esta imprudencia de la víctima que se suma a la imprudencia del victimario se ha referido en la doctrina como “compensación de culpas”, aunque quizá este término no es del todo acertado, como lo explica Adriano De Cupis:

... de antiguo se ha empleado una expresión poco afortunada para referirse a la concurrencia de culpa en el perjudicado, y es el término *compensación de culpas*.

17 *Ibid.*, 50.

18 Colombia. Tribunal de arbitraje, *Geofundaciones S.A. contra Conascol S.A.*, Cámara de Comercio de Bogotá, 22 de abril de 1998.

Su falta de adecuación puede verse prácticamente con sólo observar que el estado de ánimo culposo del perjudicado ni puede eliminar ni reducir el estado de ánimo culposo de la persona que ocasionó el daño; si existe un determinado estado psicológico en una persona, no puede destruirse su entidad o disminuirse por la existencia de un análogo estado psicológico en otro sujeto. Por ello es absurdo pensar en la compensación de las culpas, como algo de naturaleza precisamente compensatoria, análogamente a lo que se dice respecto a la compensación de créditos¹⁹.

Más allá de esta denominación, lo que la norma parecería referir es que si para la producción de un resultado dañoso concurren conductas reprochables del victimario y de la víctima, parecería razonable fijar la indemnización en atención a la gravedad de las faltas de cada uno. Lo anterior evita una forma de razonar bastante más compleja que trata de preguntarse por la incidencia causal de ambas culpas en el mundo real. A manera de ejemplo, piense el lector que si para la producción del fuego se aportaron una chispa y un material combustible, no es fácil determinar la incidencia causal de cada uno de estos. En contraste, se podría preguntar si hubo una mayor negligencia en el hecho de aportar la chispa o el material combustible, para lo cual habría que atender a las circunstancias y a la normatividad que regula cada supuesto específico. En el caso de una estación de servicio, por ejemplo, parecería más reprochable el hecho de fumar que el hecho de contar con gasolina; a la vez parecería más reprochable un derrame de gasolina que resulta de una manguera rota que la chispa que podría desprender un vehículo al ser encendido. De esta manera, la norma referida permite establecer la forma de distribuir el perjuicio entre el victimario y la víctima en atención a la gravedad de sus culpas cuando hay una conducta de este que resulta reprochable.

Del modo anterior se ha entendido la norma en la justicia arbitral. A manera de ejemplo, en el laudo que en 2019 puso fin al conflicto entre Impala y el Consorcio Ayr Berlín, el tribunal señaló:

Es ampliamente conocido que el precepto legal contenido en el artículo 2357 del Código Civil se ha encuadrado tradicionalmente en la figura de la concurrencia de comportamientos frente a la producción de un daño. Se ha sostenido que esta regla [...] se inspira esencialmente en la equidad, razón por la cual debe observarse también en los casos de responsabilidad contractual, de suerte que la concurrencia de culpas entre el deudor y el acreedor debe ser atendida para fijar el monto de la indemnización o aun para exonerar integralmente al deudor si la culpa del acreedor neutraliza totalmente la de aquél²⁰.

19 De Cupis, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975, 276.

20 Colombia. Tribunal de arbitraje, *Consorcio Ayr Berlín contra Impala Terminals Barrancabermeja S.A.*, Cámara de Comercio de Bogotá, 27 de junio de 2019.

Si lo anterior se considera en consonancia con las reflexiones que en la primera parte de este texto se hicieron con respecto al concepto de *deber*, habría que señalar que el artículo 2357 c. c. en efecto da lugar a dicha posición subjetiva: existe un deber de precaver y mitigar dado que la norma dispone una sanción si se actúa de la manera contraria; si la víctima omite actuar diligentemente respecto de la mitigación del daño, la consecuencia de su pasividad, de la inobservancia del deber, es la reducción de la indemnización para excluir de esta los perjuicios que pudieron ser evitados con un actuar diligente; a la víctima le corresponde asumir dichos perjuicios, una limitación del principio de reparación integral que constituye una sanción.

Este deber, en pleno desarrollo del principio constitucional de buena fe, hace un llamado a que los individuos que interactúan en el tráfico jurídico actúen diligentemente, incluso si ostentan la calidad de víctima; el artículo 2357 se ocupa de sancionar a quienes ignoran tal llamado. Aunque a esta consagración no se le ha dado generalmente el tratamiento que propone nuestro análisis, sirve claramente de fundamento para justificar la aplicación del deber en el ordenamiento colombiano, si bien la norma parece referirse de manera indistinta a dos supuestos: aquel en el que la culpa de la víctima concurre con la del victimario, y aquel en el que la culpa de la víctima es posterior.

De manera adicional, existen en el ordenamiento jurídico colombiano referencias expresas al deber de evitar los daños, como es el caso del artículo 1074 c. co., que en materia de seguros dispone que “[o]currido el siniestro, el asegurado estará obligado²¹ a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones”.

Esta norma señala que hay una conducta debida para el asegurado, que consiste precisamente en evitar que el daño se extienda o propague. Esta norma, que es una consagración más específica de la ya discutida del código civil, limita su aplicación específicamente al contrato de seguro y tiene una diferencia relevante respecto de los sujetos, pues en lugar de regular la relación entre la víctima y el victimario se ocupa de la relación de aquel con el asegurador, quien asumió el riesgo en virtud de una relación contractual. Al respecto, expresa María Isabel Troncoso:

Es necesario tener en cuenta que el escenario en el contrato de seguros es diferente a aquel en el que se encuentran víctima y responsable. En el contrato de seguros

21 Si *obligación* se refiere en este caso a la relación entre un acreedor y un deudor, parecería ser un término equivocado para describir la posición entre el asegurado y la compañía de seguros respecto de esta conducta: esta no podría, por ejemplo, pretender la ejecución del asegurado por las precauciones no tomadas, como sí podría hacerlo un verdadero acreedor. Lo anterior parecería indicar que el concepto apropiado en este caso sería *deber*, en los términos previamente discutidos.

las partes se encuentran en diferentes posiciones: en el extremo de la parte que debe indemnizar el daño, no se encuentra la persona “responsable” del daño sino un tercero que actúa en forma de “garante” del patrimonio de la víctima ante la ocurrencia de ciertos eventos previamente establecidos. En ese orden de ideas, los intereses de las partes no están en “pugna” como aquellos de “responsable vs. víctima”, pues finalmente la víctima ha pagado una póliza de seguros para asegurar sus intereses, entonces, ocurrido el evento previsto (daño), la aseguradora solamente cumple con su parte del contrato²².

De manera semejante, la Ley 518 de 1999, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, dispone en su artículo 77:

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultado del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

Esta norma se sirve de la noción de *deber* como se ha desarrollado en este texto: ordena una conducta cuya realización se incentiva con una sanción. Si bien se trata de una norma de aplicación limitada al caso específico (*i.e.*, la compraventa internacional), en todo caso deja entrever, junto con las demás normas consideradas, que en el ordenamiento hay un llamado a las víctimas para que hagan aquello razonable para evitar que el daño suceda o se agrave.

C. La doctrina: un deber que se explica en la causalidad

La doctrina nacional ha justificado con frecuencia el deber de evitar y mitigar el daño en la causalidad: “desde un punto de vista jurídico, el fundamento de la obligación de moderar el daño se encuentra en la causalidad”²³, señala Troncoso. No obstante, tal entendimiento es problemático, pues la causalidad es fáctica, describe relaciones entre hechos que suceden en la realidad, en el mundo del ser, mientras que un deber supone un sistema normativo, no es fáctico, y su existencia

22 Troncoso, M. I., *La obligación de tomar medidas*, cit., 367.

23 En este sentido, *ibid.*, 383-384: “Teoría que, como ya habíamos mencionado, además de resultar perfectamente lógica jurídicamente, le imprime a esta obligación la objetividad que al mismo tiempo le proporciona seguridad jurídica, en la medida que la libera de la connotación moral y subjetiva”. En el mismo sentido, en la doctrina extranjera, Domínguez Águila R., “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5, 2005, 91, expresa: “Pero es indudablemente en el plano de la causalidad y dentro de ella en el papel de la culpa de la víctima que puede encontrarse más exactamente un fundamento técnico y general de la obligación de minimizar el daño”.

depende de la validez de la norma que lo consagra. De este modo, justificar un deber en la causalidad es confundir lo fáctico y lo jurídico; no sería posible entender que un deber, como el deber de mitigar el daño, se derive de la realidad. Lo que sí podría suceder es que una norma considere elementos propios de esa realidad, como la causalidad, para disponer una consecuencia jurídica. Si la causa del daño que alega la víctima no es la conducta del victimario sino la suya propia, no se completa el esquema que el código civil en términos generales dispone para el surgimiento de una obligación indemnizatoria: un daño que es consecuencia de un hecho imputable a otro.

La causalidad desempeña un papel de suma relevancia dentro del deber de evitar y mitigar los daños, pero no como fuente ni fundamento de este, como algunos tratadistas han afirmado, sino en cuanto excluye de la indemnización aquellos perjuicios que pudieron ser evitados con la ejecución de conductas razonables de la víctima. Si bien el origen de dichos perjuicios fue un curso causal que se inició con la conducta del victimario, la víctima habría podido suspender este curso causal con medidas razonables. En síntesis, la conducta omisiva de la víctima, que no interfiere en el curso causal debiendo haberlo hecho, es la razón por la cual se limita la indemnización de los perjuicios, de suerte que los daños que resultan de la pasividad de la víctima no son indemnizables. Dado que la víctima incumple su deber, incurre en actuar culpable y limita la responsabilidad del victimario.

Para terminar este análisis del derecho positivo se podría concluir que existen razones sistemáticas, con alcance incluso de orden constitucional, para incluir el deber de evitar y mitigar los daños en la responsabilidad civil: atribuir este deber a la víctima significa exigirle que se comporte de manera diligente y cuidadosa respecto del daño que padece y que ha sido causado por otro. Respecto de la sanción por el incumplimiento de dicho deber, el artículo 2357 c. c. contiene una norma general, que encuentra eco en normatividades específicas como la regulación del contrato de seguro. Finalmente, en una reinterpretación de la referencia doctrinaria a la causalidad, habría que señalar que si la víctima, pudiendo hacerlo, no interrumpe la cadena causal que dio lugar al daño, resulta razonable considerar una reducción de la indemnización pues tal omisión sería culposa en atención al deber omitido.

D. El deber de evitar y mitigar los daños en la jurisprudencia colombiana

En este aparte se analizan tres sentencias²⁴ proferidas por la Corte Suprema de Justicia que se ocupan del deber de evitar y mitigar los daños. Se trata de fallos

24 La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto controversias, más recientes, en las cuales ha analizado la figura del deber de mitigar el daño propio. No obstante, aquellas se fundamentan, en lo esencial, en argumentos semejantes a los propuestos en las sentencias que se estudian. Véanse Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC282 de 2018, SC5176 de 2020 y SC512 de 2018.

de 2008, 2010 y 2012, donde la Corte partió del supuesto de la inexistencia de una norma que consagrara positivamente el deber; no obstante, reconoció su validez en el ordenamiento jurídico colombiano. Estas sentencias son relevantes pues subrayan la necesidad de una disposición que regule la conducta de la víctima respecto de los daños que padece, aunque el punto de partida de la Corte difiere de nuestro entendimiento de que sí existe una norma que regula el deber expresamente. El análisis de dichas sentencias se realiza de manera independiente y en orden cronológico.

En primer lugar, los hechos que dieron lugar a la sentencia de 2008 fueron los siguientes²⁵: entre una empresa de telecomunicaciones (demandante) y una empresa de aviación (demandada) se celebró un contrato de transporte aéreo internacional de mercancías en virtud del cual la segunda se comprometía a trasladar una antena telefónica desde Nueva York hasta Bogotá. Dicha mercancía fue retenida por la DIAN pues faltaba la documentación necesaria para ingresarla al país. Después de concluir el trámite administrativo tendiente a recuperar la mercancía, la DIAN ordenó la entrega al destinatario, aunque se reservó el derecho de solicitar su restitución. Ante dicha decisión, la empresa de telecomunicaciones se abstuvo de retirar la mercancía, por lo cual se extendió su imposibilidad de cumplir con obligaciones contractuales ya adquiridas y sufrió un daño patrimonial consistente en lucro cesante y daño emergente.

La demandada (empresa transportadora) señaló en su recurso de casación que el hecho de la demandante, consistente en no haber utilizado los equipos que tenía a disposición, constituía una conducta culposa y negligente, pues no hizo nada para evitar los daños²⁶: se habría vulnerado “el principio de buena fe y su proyección especial en materia contractual, ‘*el deber de mitigar los propios daños*’, pues en virtud de este postulado el acreedor debe realizar conductas encaminadas a facilitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, incluso una vez haya sobrevenido el incumplimiento, que pueden determinar que las consecuencias económicas de éste sean menos gravosas o dejen de producirse”²⁷.

A raíz de estos argumentos de la recurrente (parte demandada), la Corte hizo un análisis respecto del supuesto incumplimiento que se le endilgaba a la demandante, y expuso en sus consideraciones: “nadie discute que es natural que una persona adopte las medidas necesarias para eliminar o atemperar los efectos nocivos y deletéreos de determinada conducta omisiva y lesiva de sus intereses en los que incurra otra en relación con la cual tenga un vínculo contractual, pero ello no implica *per se* o de forma automática que esté obligada a compartir siempre que no obre en esta dirección la asunción de los daños padecidos”.

25 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de junio de 2008.

26 *Ibid.*, 53.

27 *Ibid.*, 57.

Adicionalmente, y para posteriormente rechazar la solicitud de la recurrente, la Corte planteó:

En suma, si bien, dentro del comportamiento lógico, razonable y mesurado que se le impone a todo contratante dentro del desarrollo o ejecución de los acuerdos de voluntades que celebren, está el de adoptar las medidas necesarias a su alcance para evitar un perjuicio o disminuir o amainar sus resultados nocivos, en este asunto, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que lo rodearon y que han sido descritas, es indudable e indiscutible que la accionante actuó siempre bajo el sendero de la buena fe, puesto que su conducta la realizó bajo parámetros de corrección al abstenerse de hacer negociaciones con terceros relacionadas con unos equipos de telecomunicaciones que en cualquier momento, según una de las interpretaciones posibles del acto administrativo expedido por la DIAN, tenía que poner a disposición inmediata de este organismo estatal y devolverlos²⁸.

Esta sentencia resulta interesante porque la Corte parecería señalar que la simple omisión del deber no da lugar a la reducción de la sanción, lo cual casi parecería contradecir la literalidad del artículo 2357 c. c. Al respecto, cabe preguntarse si dicha omisión es culposa, lo cual podría ocurrir incluso cuando la parte actúa de buena fe. Conviene recordar que la buena fe subjetiva consiste en la creencia de estar actuando conforme a derecho; por tanto, es concebible que una parte, creyendo que su conducta se ajusta al ordenamiento, actúe por debajo del modelo de comportamiento que le es exigible. En tal caso, concurren la culpa y la buena fe subjetiva, aunque esta última resulta irrelevante en el ámbito contractual. Un ejemplo sería el del transportador a quien se le encomienda un cargamento de lechugas y cree que congelar la mercancía es la mejor manera de transportarla; si bien su actuación es culposa, podría decirse que actuó de buena fe. Ahora bien, lo que no resulta claro en la sentencia es si, a juicio de la Corte, la referencia a la buena fe implicaba la exclusión de la culpa de la víctima, cuya ausencia permitiría descartar la reducción de la indemnización.

Por su parte, la propia Corte, en sentencia del 16 de diciembre de 2010²⁹, discutió un caso de responsabilidad civil extracontractual entre una compañía de transporte (demandante) y una distribuidora, que habían celebrado un contrato de transporte de mercadería cuya destinataria era la Caja Agraria³⁰ (demandada). Para poder desembarcar en el muelle se requería el pago del flete por parte de la destinataria, la cual incumplió. Como consecuencia de este incumplimiento, la

28 *Ibid.*, 61.

29 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010.

30 Entre la demandante, empresa transportadora y la demandada Caja Agraria no mediaba una relación contractual, esta era únicamente la destinataria de la mercancía.

nave tuvo que permanecer en el puerto por un largo tiempo y se generaron perjuicios para la empresa transportadora, consistentes tanto en el lucro cesante, pues la nave dejó de producir ingresos, como en el daño emergente, que comprendía el mantenimiento del barco.

El cargo que dio lugar al estudio por parte de la Corte del deber de mitigar los daños estaba encaminado a que se revocara parcialmente la sentencia de segunda instancia en la medida en que el recurrente (demandante) consideraba improcedente la reducción de la indemnización que se le había hecho en virtud de la aplicación de la “compensación de culpas”. Al respecto, la Corte realizó un examen exhaustivo sobre la culpa de la víctima y su concomitancia en la producción del resultado, y expuso:

Cabe señalar que en el campo de la responsabilidad civil contractual y extracontractual la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo. Ejemplo dicente de lo anterior, en relación con el contrato de seguro, es la previsión del artículo 1074 del Código de Comercio colombiano que impone al asegurado, una vez ocurrido el siniestro, la obligación de “evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas”, o la disposición que al respecto está consagrada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, artículo 77, incorporada, como bien se sabe, al ordenamiento nacional a través de la Ley 518 de 1999^[31].

Con fundamento en lo anterior, la Corte no acogió los argumentos de la recurrente, pues se encontró probado en el sumario que la empresa transportadora (víctima) tardó injustificadamente en solicitar autorización ante la jurisdicción para subastar la mercancía que contenía la embarcación. En consideración a esta omisión de la víctima, la Corte dio plena aplicación a la consecuencia jurídica del artículo 2357 c. c., esto es, a la reducción de la indemnización.

En este caso resulta importante la fundamentación del deber de evitar los daños o su agravación hecha por la Corte, en particular con referencia analógica a la norma sobre el contrato de seguro y al derecho internacional. En contraste con la sentencia anterior, en este caso se evaluó el deber de mitigar y evitar los daños en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, lo que implica que en este ámbito la Corte también reconoce y aplica tal deber.

Por último, en la sentencia del 21 de febrero de 2012^[32] se trató el siguiente caso: entre dos personas se celebró un contrato de mutuo civil. Posteriormente,

31 *Ibid.*, 48.

32 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012.

por circunstancias ocurridas durante la ejecución del contrato, la obligación del mutuario se tornó excesivamente onerosa. A raíz de esta situación, la demandante solicitó ante la jurisdicción que se le devolviera el exceso pagado, lo que constituía un daño material, en aplicación de la teoría de la imprevisión. Sin embargo, la Corte no acogió la tesis propuesta por la recurrente y justificó que no era posible alegar la teoría de la imprevisión pues la demandante no había actuado de manera diligente ni había adoptado las medidas para mitigar su perjuicio. En palabras de la corporación:

La negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (*duty to mitigate damages*), y en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extraneidad, además de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos³³.

En este caso, la Corte no parecería haber reconocido una consagración positiva del deber, o al menos no hizo referencia expresa a una consagración positiva del mismo. Sin embargo, los argumentos basados expresamente en la sana lógica jurídica dieron lugar a un resultado equivalente. Esto permite ver la importancia en el ordenamiento jurídico del razonamiento que subyace al deber, como un criterio para determinar el correcto obrar de las víctimas o las personas a quienes el hecho imputable a un tercero podría causarles daño.

III. La norma con estructura de regla que da lugar al deber de evitar y mitigar el daño

Tradicionalmente, en el ámbito de la responsabilidad civil, el responsable o deudor es el protagonista y sobre él recaen todos los reproches en el juicio de responsabilidad. Sin embargo, el deber de evitar y mitigar el daño, en pleno desarrollo del principio constitucional de buena fe, hace un llamado a los acreedores o víctimas para que se comporten diligentemente ante el acaecimiento del hecho dañoso, sea

33 *Ibid.*, 40.

para evitarlo o para mitigar sus consecuencias. Esta institución se puede explicar indicando que la víctima de un hecho antijurídico o el acreedor a quien se le ha incumplido deberá, por medio de medidas que se entiendan razonables, moderar o evitar los daños procedentes de la conducta del responsable o del deudor. La consecuencia de la pasividad de la víctima, esto es, la inobservancia del deber, da lugar a la reducción de la indemnización por la exclusión de los perjuicios que pudieron ser evitados con un actuar diligente de la víctima³⁴.

Respecto de este deber, su objeto es “evitar o mitigar el daño”. La norma propende por que la víctima *contenga* o *evite* los efectos adversos del daño causado por otro, pero que se encuentra en posibilidad de controlar. De manera específica, respecto de la conducta de “evitar”, Carlos Ignacio Jaramillo ha señalado:

El deber de evitar, como se desprende de su simple denominación, hunde sus raíces en el vivo propósito de procurar que el daño, un *posterius*, no irrumpa en el cosmos, en cuyo caso se ubica antes de su materialización y manifestación, por cuanto su consigna es procurar impedir su gestación, precisamente (*ex ante*). De ahí que sea una manifestación de la dimensión preventiva del moderno Derecho de daños, interesado en que hasta donde racionalmente sea posible, no aflore, no asome a la realidad ontológica, como ya la anticipamos³⁵.

Ahora bien, respecto de la conducta de “mitigar”, el mismo tratadista diferencia de la siguiente manera:

El deber de mitigar, minimizar, reducir o atenuar el daño, entre otras denominaciones más, se sitúa en otro entorno y momento: el post-daño, o sea después de que se asome en la realidad factual y jurídica (*ex post*), con un objetivo diferente: el propender que sus efectos no se propaguen, no se extiendan o ensanchen, siendo lo deseable frenar su desenvolvimiento, de ordinario indeseable y desestabilizador, pues puede adquirir proporciones impensadas³⁶.

En síntesis: la conducta de *evitar* tiende a impedir que aparezcan nuevos perjuicios producto del daño; la conducta de *mitigar* está encaminada a contener los

34 En este sentido, el chileno Domínguez Águila cita a Dobbs, quien señala que “al demandante que fue dañado por una conducta del demandado que puede ser objeto de acción se le niega ordinariamente la recuperación de todo *item* de daño especial que habría podido evitar con actos razonables, incluyendo los gastos razonables en que ha incurrido después que la conducta accionable tuvo lugar. [...] Así, entonces, el demandado no es responsable de los daños que el demandante pudo razonablemente evitar, como tampoco y con mayor razón, de los que efectivamente evitó”. Dobbs, D. B. “Remedie the Law remedies-Damages, Equity and Restitutions”, citado por Domínguez Águila, R., “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, cit., 75.

35 Jaramillo Jaramillo C., *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Bogotá, Temis, 2013, 129.

36 *Ibid.*, 130.

efectos nocivos del daño. Estas conductas no aluden a lo imposible; no se está imponiendo a la víctima o al acreedor ejecutar cualquier tipo de conducta; de allí la importancia del concepto de *razonabilidad*. La doctrina ha sugerido que las conductas debidas por la víctima se podrían separar en medidas conservativas, medidas de reparación y medidas de sustitución, como sigue:

1. Medidas conservativas: por conservar se entiende “mantener o cuidar de la permanencia o integridad de algo o de alguien”³⁷. Así, el alcance de esta conducta se puede describir con claridad desde el lenguaje natural, pues lo que debe intentar la víctima es que la entidad del daño no aumente, en otros términos, debe contener el daño. La Ley 518 de 1999, sobre compraventa internacional de mercaderías, en sus artículos 85 a 88^[38] contempla expresamente dicha medida.
2. Medidas de reparación: estas medidas están orientadas a que la víctima o acreedor mitigue el daño que le ha sido generado, esto es, a que tome medidas para mermar el daño que el responsable le causó. Contrario a la literalidad del nombre, no es que deba reparar el daño exactamente, sino que solo debe procurar atenuarlo, como si se tratara de una obligación de medios y no de resultado: se debe reparar aquello que sea necesario para que el daño no se agrave.
3. Medidas de sustitución: en algunos casos, la normatividad señala que el acreedor insatisfecho debería celebrar otro contrato³⁹ que satisfaga el interés que el deudor ha defraudado. Estas medidas no tienen que ser exitosas, pues no se obliga a la víctima o deudor a obtener un resultado donde se mitigue o se evite efectivamente el daño; no obstante, las medidas sí deben ser razonables para que deban luego ser sufragadas por el victimario.

37 Véase: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=APSYcwO> [consultado el 10 de junio de 2020].

38 A manera de ejemplo, véase el artículo 85: “Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, *deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación*. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado” (cursivas fuera de texto).

39 Al respecto podemos citar el artículo 75 de la Ley 518 de 1999 que dispone: “Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”.

Ahora bien, el cumplimiento o incumplimiento de cualquiera de estas tres conductas, cuya pertinencia depende del caso específico, da lugar a los efectos jurídicos que se enumeran a continuación:

1. La principal consecuencia jurídica que se deriva de la propia aplicación del artículo 2357 c. c. es la reducción de la indemnización; esto es, la víctima o acreedor no puede pretender la indemnización del daño que pudo evitar con un actuar diligente. El “daño evitable” por la víctima se excluye de la indemnización.
2. Los gastos razonables en los que incurrió la víctima o acreedor en aras de mitigar o evitar el daño deben ser sufragados por el deudor o responsable, aun si las medidas llevadas a cabo fracasan o no son suficientes. La razón por la cual la víctima incurre en esos gastos es el daño; dichos gastos son una de las consecuencias previsibles del daño.
3. Si la víctima sufre un perjuicio complementario en ejecución de su deber de evitar y mitigar el daño, aquel también debe ser cubierto por el responsable, pues se entiende que es consecuencia del hecho generador de este último.
4. Si la víctima mitiga el daño de tal forma que obtiene beneficio propio o logra eludir la aparición del perjuicio, el responsable se verá beneficiado y solo tendrá que indemnizar los gastos en que la víctima incurrió para evitar y mitigar el daño.

Con lo anterior queda claramente configurada la norma con estructura de regla que consagra el deber: de un lado, las conductas debidas, cuyo incumplimiento satisfaría el supuesto fáctico; de otro lado, las consecuencias jurídicas. Ahora bien, respecto de dichas conductas debidas se ha mencionado reiteradamente un límite que merece atención: la *razonabilidad*. Esta ha sido considerada como la mensura de las conductas mitigadoras y de evitación. Respecto de la razonabilidad, San Martín ha señalado que se trata de un concepto indeterminado, y respecto de este tipo de conceptos explicita: “En la técnica legislativa, se trata de conceptos que el legislador intencionalmente abandona a la vaguedad, porque la indeterminación intrínseca de su contenido constituye un factor de adaptación del Derecho, los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos ‘determinables’ y ‘re-determinables’ conforme a las circunstancias y las épocas (Bergel, 2001, 115)”⁴⁰.

Esta calificación como *indeterminado* no ofrece certeza respecto de las conductas que debe realizar la víctima, pero tal falta de certeza es necesaria en el sistema. Ahora bien, para acotar su alcance conviene comprender el sentido de *razonable* en el lenguaje natural. Según la Real Academia Española, “razonable”

40 San Martín Neira. L., *La carga del perjudicado*, cit., 386.

es algo “adecuado, conforme a razón”⁴¹. De acuerdo con esta definición, en principio, se podría afirmar que una conducta es razonable si se considera adecuada o conforme a razón para evitar y mitigar el daño. De manera específica, respecto de su significado frente a las medidas de evitar y mitigar, aduce Maximiliano Rodríguez que “la opinión más aceptada indica que una medida tendiente a mitigar un daño es razonable si en buena fe puede esperarse en las circunstancias que rodean la transacción, la ejecución de dicha conducta o medida. Lo anterior se determinará según las acciones que una persona razonable ejecutaría en las mismas circunstancias”⁴².

En síntesis, una medida será razonable si de acuerdo con los postulados de buena fe y conforme a las circunstancias se puede considerar como idónea para mitigar o evitar el daño sufrido. Adoptar medidas razonables para evitar y mitigar el daño puede implicar gastos. Estos gastos, para ser considerados razonables y por lo tanto indemnizables, deben ser proporcionales con el daño que se pretende aminorar y evitar; serán proporcionales en la medida en que la suma destinada no sea mayor que el costo del perjuicio.

Conclusiones

1. De conformidad con los postulados constitucionales y legales vigentes, es posible afirmar que en Colombia existe para la víctima o el acreedor insatisfecho un deber de evitar y mitigar los daños a través de la adopción de medidas razonables.
2. Respecto de sus fundamentos, el deber de evitar y mitigar los daños en Colombia encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico: el artículo 2357 c. c. lo señala expresamente, y hay normas que lo consagran para supuestos específicos como el contrato de seguro. Asimismo, el deber de evitar y mitigar los daños encuentra fundamento adicional en la buena fe y ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia colombiana.
3. La razonabilidad es el límite y la guía para la aplicación del deber: una medida será razonable si de acuerdo con las circunstancias y la buena fe se considera adecuada para evitar y mitigar el daño.

41 Véase: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=razonable> [consultado el 24 de junio de 2020].

42 Rodríguez, M., “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, cit., 134. En una senda similar se halla la definición empleada en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, cuyo artículo 1:302 dispone: “[...] lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”.

Referencias

- Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovich, Antonio, *Tratado de derecho civil*, t. II, *Partes preliminar y general*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1998.
- Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.
- De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975.
- Domínguez, Carmen, “Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor”, *Revista IARCE. Estudios en homenaje a Javier Tamayo J.*, 2011, 113-138.
- Domínguez Águila, Ramón, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5, 2005, 73-95.
- Gamboa Mahecha, Eduardo, “La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 51, 2014, 5-23.
- Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Bogotá, Temis, 2013.
- Neme Villarreal, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva: equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009, 45-76.
- Oviedo-Vélez, Manuel, *Conceptos al derecho. Un análisis de la distinción entre derechos personales y reales*, Medellín–Bogotá, EAFIT–Tirant lo Blanch, 2024.
- Oviedo Albán, Jorge, “La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2014, 219-253.
- Rodríguez, Maximiliano, “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 15, 2009, 109-142.
- San Martín Neira, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Solarte, Arturo, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Universitas*, n.º 108, 2004, 282-315.
- Suescún, Jorge, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, Bogotá, Legis, 2003.
- Troncoso, María Isabel, “La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2011, 353-391.

Jurisprudencia

Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1194 de 2008.

Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de junio de 2008.

Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010.

Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012.

Laudos arbitrales

Colombia. Tribunal de arbitraje, *Geofundaciones S.A. contra Conascol S.A.*, Cámara de Comercio de Bogotá, 22 de abril de 1998.

Colombia. Tribunal de arbitraje, *Consortio Alyr Berlín contra Impala Terminals Barrancabermeja S.A.*, Cámara de Comercio de Bogotá, 27 de junio de 2019.