

La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño

MARÍA ISABEL TRONCOSO*

Sumario. I. La obligación de moderar el daño en materia contractual. A. Concepto de la obligación en los diferentes sistemas de derecho. B. Concepto y contenido de la obligación en diferentes normas supranacionales. II. La obligación de moderar el daño en materia extracontractual. A. Concepto de la obligación. B. Aplicación por el juez

Resumen: Principios como el de la indemnización integral del daño ponen en evidencia que la filosofía de la responsabilidad civil es que la víctima de un daño antijurídico obtenga reparación de aquel que es declarado "responsable". Para alcanzar su objetivo, el régimen de responsabilidad civil cuenta con una serie de fundamentos jurídicos, presunciones, principios y mecanismos orientados a que el responsable repare o indemnice el daño. No obstante, si la miramos desde el punto de vista del responsable, la situación sugiere que la víctima debería también ocuparse del daño que le ha sido causado: pues la víctima tiene la facultad de impedir la aparición de perjuicios derivados del daño y evitar que aquellos que ya tuvieron lugar se hagan más graves. Esto es lo que la doctrina denomina "la obligación de la víctima de moderar el daño". El análisis de esta obligación demanda un estudio de sus formas de aplicación en los diferentes sistemas de derecho y el de su fundamento jurídico, tanto en la responsa-

* DSU Droit Civil Paris I, Master Droit Privé Général Universiad Paris II, actualmente doctoranda en responsabilidad civil en la misma Universidad. Fue abogada del grupo de trabajo de la división de protección al consumidor y de la división de competencia desleal en la Superintendencia de Industria y Comercio. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: mariaisabel.troncoso@gmail.com
Fecha de recepción: abril 15 de 2011. Fecha de aceptación: 11 de julio de 2011.

bilidad contractual como en la extracontractual; el presente artículo da una primera mirada, general, a este propósito.

Palabras clave: Responsabilidad civil, reparación objetiva del daño, obligación de moderar o minimizar el daño.

Duty to mitigate the damage

Abstract: Principles as the complete damage compensation indicates that the essence of law of torts is that the victim of damage obtains compensation from who has been declared "liable". Otherwise, if we stand in the position of party who has been declared liable, the situation suggests that the victim should also occupy of damage that has been caused: it means that the victim have the duty to mitigate the damage and its consequences. The analysis of this duty demands a revision of the way that different legal systems apply this duty and its juridical basis in law of torts. This article proposes a general approach to the subject.

Keywords: Law of torts, objective damage compensation, duty to minimize the damage

INTRODUCCIÓN

Todo acto que cause un daño, impone una reacción¹. Pero esta reacción ¿debe ser de la víctima o de aquel que ha causado el daño? ¿Cuál debe ser la actitud de la víctima frente al daño que le ha sido causado? ¿Debe ella esforzarse para no permitir que su daño se agrave o se amplíe, o simplemente debe esperar la decisión del juez ordenando al responsable indemnizarla?

Una persona normalmente tiende a hacer su mejor esfuerzo para evitar las pérdidas que le serán imputadas, pero en el caso del deber de moderar el daño se requiere de la víctima la evasión de pérdidas imputables a otro². Esto significa que cuando se exige a la víctima tomar medidas para moderar el daño, este acto beneficiará también los intereses económicos del responsable.

Esta obligación es conocida de tiempo atrás por el sistema de *common-law* dentro de las reglas de los contratos, y más recientemente por el sistema Romano-germánico. Se trata de una obligación que a primera vista podría parecer "natural" al actuar de una persona, pero que como muchas otras obligaciones ha debido ponerse en evidencia por el derecho.

¹ RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général, sources des obligations*, Tome IV, Paris 1924, p. 117, n.º 455.

² MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos" revista de derecho privado n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 95.

A continuación veremos algunos conceptos cuyo contenido es importante para poder adentrarnos en el análisis de esta obligación.

Diferencia ente daño y perjuicio

Esta diferencia, comentada de forma escasa por la doctrina y normalmente indiferente para el juez, se revela importante en el análisis de la obligación de moderar el daño porque los actos que realiza la persona sobre la cual pesa esta obligación, tienen efectos directos sobre los perjuicios y solo de forma indirecta sobre el daño en sí mismo.

Algunos juristas consideran el daño como "un hecho objetivo", a saber, todo menoscabo contra una persona o un bien, y el perjuicio como la consecuencia subjetiva del daño en relación con la víctima, apreciada en función de ésta³.

Así, la diferencia entre daño y perjuicio, es la relación de hecho y consecuencia, los perjuicios son las consecuencias del daño. Mientras que el daño es único, el perjuicio puede ser múltiple: el daño es ese acto o hecho primero que viola o menoscaba la situación de una persona. El perjuicio es tan numeroso como las consecuencias que este hecho genere y sus facetas tan variadas como los aspectos afectados por el daño. En otras palabras, los perjuicios son las alteraciones negativas que el hecho dañoso provoca en las diferentes esferas de la persona (a niveles económico, físico y moral).

Ahora bien, esta diferencia se revela importante en el estudio de la obligación de la víctima de moderar el daño, porque es sobre los perjuicios que esta opera y no sobre el daño propiamente.

Si entendemos la relación daño-perjuicio es simple comprender el concepto de agravación del daño que supone la aparición de perjuicios o el agravamiento de los que ya tuvieron lugar, concepto contrario a moderación del daño.

Situaciones en las que se excluye la aplicación de esta obligación

Cuando el daño ha sido causado con dolo

Cuando el daño es causado con dolo, de acuerdo con los principios de equidad y justicia, la víctima no estará llamada a tomar las medidas necesarias con el objeto de moderar su daño, lo que no significa que no pueda hacerlo en caso de ser su voluntad. Esto significa que en caso de dolo del responsable, la obligación de moderación por parte de la víctima se convierte en una potestad abandonando su carácter imperativo.

³ MARYSE DAGUERGLIE, *Les petites affiches*, 2000 p.65 " Enfin, une troisième conception considère le dommage comme un fait objectif, à savoir toute atteinte à l'intégrité d'une chose ou d'une personne, et le préjudice comme la conséquence subjective du dommage à l'égard de la victime, apprécié en fonction d'elle ".

En caso de que la víctima modere el daño causado con dolo, es posible que el daño punitivo sea aplicado, es decir, que ninguna moderación se tendría en cuenta al momento de calcular el monto de la indemnización a cargo del responsable⁴.

Cuando la víctima ha sido parte en el origen del daño

No debe confundirse el daño que es causado con participación de la víctima, y el concepto de agravación del daño. En la primera situación la víctima es también responsable del daño que padece, mientras que en la segunda situación el daño ha sido causado entera y exclusivamente por un tercero a quien le es efectivamente imputado. En esta situación por ejemplo, es importante hacer la diferencia entre daño y perjuicio.

Cuando la víctima es agente activo en la ocurrencia del daño, de forma parcial o total, nos encontramos ante una situación de exoneración de responsabilidad por parte del tercero de forma parcial o total, y las reglas aplicables son diferentes a aquellas que son aplicadas cuando la víctima es responsable de la aparición de nuevos perjuicios después de causado el daño.

Cuando existe fundamento para creer que el contrato no será cumplido

Cuando en la etapa de ejecución del contrato, una de las partes informa con anticipación que no podrá cumplir con su obligación, el contratante debe tomar medidas para evitar las pérdidas que podrían ser ocasionadas por este evento. Sin embargo, nos encontramos ante una situación de previsión del daño en la medida que éste no ha sido causado. Es así que si el daño no existe, la obligación de moderarlo no opera.

Dicho sea de paso, es ésta la razón por la cual situamos esta obligación dentro del campo de la responsabilidad civil, porque sea que nos encontremos en el campo del contrato o no, se trata de un daño que fue causado y que debe indemnizarse, es por esto que es una obligación que no se aplica en todos los casos en los que existe una vicisitud del contrato sino en aquellos en los que existe concretamente un daño.

Terminología de la obligación

Nos preguntamos: ¿Qué es más apropiado, hablar de obligación o de deber de moderar el daño? Según Carbonnier "la obligación aparece como un lazo de derecho que existe especialmente entre dos personas, en virtud del cual una de ellas *debe* hacer algo por la otra. El verbo *deber* está en el centro de la noción (un verbo

⁴ Al respecto, en la ley de los Estados Unidos y en el sistema inglés, esta obligación no es aplicable cuando el daño fue causado con dolo, imponiendo de cierta forma la condena a daños punitivos, una forma de moralizar la responsabilidad.

que es más fácil sentir que definir). Pero, humanamente ¿el deber, no supone él un poder? En el derecho, de forma general, la obligación existe solamente en la medida de lo "posible". El *deber* y lo *posible* son dos caras de la obligación"⁵.

De modo que en toda obligación hay un deber, pero en todo deber no hay una obligación. Para que, en sentido técnico, exista una obligación, el lazo que vincula a las dos personas tiene como fundamento un presupuesto jurídico, es decir, que esto implica una sanción legal.

De otro lado, en relación con la fuente, una obligación es un lazo por el cual una persona es deudora de otra y tiene a su cargo en beneficio de esa otra persona una prestación. Esta carga puede existir en virtud de un contrato, de un cuasi-contrato, de un delito o de la ley.

En lo que concierne a la obligación objeto de estudio, nos encontramos ante un vínculo entre dos personas que obliga a la parte insatisfecha de la relación a hacer o realizar actos calificados como "razonables" para limitar la dimensión del daño que le ha sido causado. ¿Pero, existe una sanción en caso de incumplimiento? ¿Supondría aquello que esta obligación puede ser el objeto de una ejecución forzada o incluso, de una demanda en reparación a través de una acción de responsabilidad? La respuesta debe ser no.

Una obligación como ésta, que se deriva de la inexecución del contrato o del daño causado fuera del vínculo contractual, tiene como efecto, en caso de incumplimiento, la pérdida de una ventaja que la víctima-acrededor hubiera podido normalmente aprovechar. Es lo que en ciertos países como Alemania o Suiza se denomina "*incombance*", es decir, una obligación que no es susceptible de ejecución forzada ni de indemnización en caso de inexecución, pero que debe ser respetada por el contratante si pretende conservar todos sus derechos.

El derecho alemán es más concreto que el derecho inglés respecto a la terminología de esta obligación y precisa que las consecuencias de no minimizar el daño, no obedecen a la naturaleza de las consecuencias o sanciones de la inexecución de una obligación, por lo que minimizar el daño no es propiamente una obligación sino lo que los alemanes llaman una "*obliegenheit*" y que equivale al concepto de "*incombance*" antes mencionado.

Ni obligación, ni deber. Esta carga de la víctima de intentar mediante medidas razonables moderar su daño, es una "*incombance*", sin embargo por practicidad en el presente escrito hablaremos de "obligación".

Esta idea de moderar el daño antes de la orden de indemnización por parte del juez no es nueva. La doctrina se ha preguntado frecuentemente si la víctima debería tomar medidas para moderar su daño, pues si bien es cierto que aquel declarado como responsable deberá asumir el pago de la indemnización, no resulta menos cierto que una actitud pasiva de la víctima podría incluso ser calificada como una

⁵ JEAN CARBONNIER, *Les obligations*, Tome 4, 22^e édition refondue, ed. Thémis, collection Droit Privé. p. 25.

conducta de mala fe. Un tal comportamiento puede ser nocivo para las partes y generar efectos negativos que pueden reflejarse más allá de la esfera de éstas, afectando indirectamente la sociedad.

En Francia las primeras alusiones a esta obligación fueron expresadas por Domat en el siglo XVIII; según él lo primero que debe hacerse es determinar si la víctima tuvo o no la posibilidad de minimizar su daño, luego, teniendo en cuenta que ella tiene una obligación explícita de moderar su propio daño, deberá buscar una solución de remplazo para atenuar el incumplimiento de su contraparte, la solución más frecuente en el caso de las obligaciones derivadas de un contrato, es la de intentar obtener una prestación equivalente de la parte de un tercero⁶.

Luego, en el siglo XX varios autores se muestran favorables a la adopción de esta obligación dentro del régimen de la responsabilidad civil; por ejemplo, Demogue pensaba que es evidente que la víctima debe tomar las medidas necesarias para disminuir su daño. Tunc, estimaba que "la víctima no puede asistir de forma pasiva al surgimiento de las diversas consecuencias del daño, sino que debe reaccionar con todo vigor contra estas consecuencias siempre que estas agraven el daño"⁷.

Actualmente los dos sistemas jurídicos tradicionales conocen esta obligación, sin embargo, no todos los países que pertenecen a estos sistemas la contienen en su ordenamiento, como Colombia, y aquellos que la consagran en su ordenamiento jurídico hacen una adaptación que representa a la realidad social de cada país, presentando sus particularidades, las cuales lejos de ser superficiales, crean diferencias significativas en cuanto a la situación de la víctima.

Por esto nos parece interesante ver cómo cada país refleja la realidad de sus intereses y sus prioridades en la adopción de esta obligación, una visión amplia que nos permitirá adquirir referencias útiles respecto de esta "incombance" u obligación de moderar el daño.

Este escrito pretende hacer una presentación clara del concepto y contenido de la obligación de moderar el daño y su estado actual en el campo legal y jurisprudencial. Para abordar este análisis nuestro razonamiento tendrá dos partes: En la primera nos interrogaremos sobre los aspectos generales de esta obligación y su aplicación en materia de responsabilidad civil contractual (I), para luego abordar el

⁶ En cuanto a POTHIER, él cita en su tratado de obligaciones algunos ejemplos de la minimización del daño: "Así, en caso de destrucción de su rebaño como consecuencia de la compra de un animal enfermo, el agricultor deberá recurrir a otros medios para cultivar sus tierras, o podrá comprar o arrendar otros animales, o dejar sus tierras en arriendo para minimizar su pérdida. La esencia está en adoptar una actitud razonablemente diligente". Si el acreedor-víctima se queda pasivo, los perjuicios originados en su negligencia le serán imputables y el autor del daño no estará obligado a indemnizarlos.

⁷ TUNC ANDRÉ, "les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation", RIDC, 1953 p.29 : "la victime ne peut assister passive au déclenchement des diverses conséquences de la faute, mais doit réagir de toute sa vigueur d'homme contres ses conséquences dans la mesure où elles aggraveraient le dommage".

análisis del funcionamiento de esta obligación en el campo de la responsabilidad civil extracontractual (ii), en el cual esta obligación es apenas mencionada.

I. LA OBLIGACIÓN DE MODERAR EL DAÑO EN MATERIA CONTRACTUAL

A. El concepto de la obligación de moderar el daño en los diferentes sistemas de derecho

1. Concepto en el sistema de la common-law

a. Derecho del Reino Unido:

En el derecho inglés la *mitigation of damages* es la obligación legal del acreedor de adoptar toda medida pertinente para limitar el daño que le ha sido causado por la inexecución del contrato. Esta obligación se basa en principios económicos y su objetivo es de estimular la efectividad de las relaciones comerciales.

La *mitigation of damages* aparece por primera vez en el derecho inglés a partir de caso *Staniford Vs. Lyall* (1830), donde el juez, tiene en cuenta las medidas que habían sido tomadas por la víctima para moderar su daño.

Posteriormente, entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, una serie de decisiones permite asentar la regla según la cual, será excluida de la reparación del daño la suma de dinero proporcional a la parte del daño que la víctima hubiera podido evitar tomando medidas razonables.

En 1872, en el caso *Frost Vs. Knight*, el juez COCKBURN C.J. afirma: "Cuando se realiza el cálculo de la suma de dinero que deberá ser pagada a la víctima a título de daños y perjuicios, el jurado deberá tomar en cuenta todo lo que el acreedor hubiera hecho o tenía los medios de hacer y como un hombre diligente hubiera debido hacer para disminuir su pérdida"⁸. Esta fue, al parecer, la primera formulación general del principio.

Consecutivamente, en 1879, con ocasión del conflicto *Dunkirk Colliery Co. Vs. Lever*, el derecho inglés conoce la formulación clásica de esta obligación: "Los acreedores tienen derecho a ser indemnizados del monto total del daño que han sufrido en razón de la inexecución del contrato, al mismo tiempo, aquel que incumplió el contrato no debe estar sujeto a una pérdida suplementaria proveniente del hecho de que los demandantes no hicieron aquello que ellos debían hacer, en tanto que hombres razonables, con el fin de limitar la dimensión del daño"⁹. Luego en la decisión *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. Vs. Underground Electric Ry. Co. Of London Ltd.*, se afirma que "el principio fundamental, es la indemnización

⁸ STÉPHAN REIFEGERSTE, "Pour une obligation de minimiser le dommage", Tesis de doctorado publicada por presses universitaires d'Aix-Marseille- Puam, Faculté de droit et de science politique, Francia 2002, p. 35.

⁹ Ibidem.

de la pérdida pecuniaria que deriva normalmente de la inejecución". El término "normalmente", usado como una precisión en términos de causalidad para indicar que un perjuicio que habitualmente no deriva del daño causado no deberá ser indemnizado por la parte que incumplió el contrato; inmediatamente añade: "Este primer principio es corregido por un segundo, que impone al acreedor-víctima el deber de adoptar todas las medidas razonables para limitar la extensión de la pérdida que resulta de la inejecución, y le prohíbe reclamar la pérdida causada por su negligencia"¹⁰.

En el mismo sentido, el juez Lord Wrenbury considera algunos años más tarde que "se encuentra bien establecido que el acreedor-víctima que intenta, en un proceso de responsabilidad civil, el pago de una indemnización por daños y perjuicios, tiene el deber de tomar las medidas razonables con el objeto de limitar la dimensión de la pérdida resultante de la inejecución, y por lo tanto no puede reclamar que le sea indemnizado el daño que deriva de la inobservancia a dicho deber". En efecto, "la pérdida que se debe evaluar, es la pérdida al día de la inejecución. Si en esta fecha, el acreedor-víctima podía hacer alguna cosa o hizo algo que limitó los perjuicios, el responsable tiene derecho a aprovechar la ventaja de dicha situación"¹¹.

Después de esta reiterada posición jurisprudencial, la ley inglesa adoptó este principio en la actualización del Acto contentivo de las normas de venta de bienes (*Sale of Goods Act*) en 1979, el cual consagra en los artículos 50¹² y 51 la inejecución del comprador y vendedor respectivamente: "El comprador o el vendedor según el caso, se presume que modera su daño cuando procura la conclusión de un contrato similar con un tercero, en otros términos, aquel que se procura un contrato de remplazo para continuar con el curso normal de sus actividades".

Si la parte afectada por el incumplimiento no adopta comportamientos diligentes para encontrar un contrato de remplazo, podrá ver reducido el monto de su indemnización¹³.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Sale of goods Act: 50. Damages for non-acceptance (1) where the buyer wrongfully neglects or refuses to accept and pay for the goods, the seller may maintain an action against him for damages for non-acceptance. (2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting in the ordinary course of events, from the buyer's breach of contract. (3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted or (if no time was fixed for acceptance) at the time of the refusal to accept.

¹³ En el momento de la evaluación del monto de la indemnización, en caso de inejecución de un contrato, el jurado, sin duda, tendrá en cuenta todo aquello que el acreedor hizo o tuvo los medios de hacer, o que en el lugar de un hombre prudente, hubiese podido hacer para que su pérdida sea mínima.; *Dunkirk Colliery Co. V. Lever (1879)* ("El principio de la reparación integral del daño se conjuga con la obligación de limitar su propio daño mediante medidas razonables". Para el derecho inglés, la reparación es integral cuando el acreedor se asegura de obtener la ventaja esperada sobre el fundamento del contrato); *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. V. Underground Electric Ry. Co. Of*

El principio se aplica de forma simétrica, así si la mercancía no le es entregada, el comprador deberá comprar mercancías similares (de remplazo) al precio del mercado, y del mismo modo, si sus mercancías son rechazadas, el vendedor deberá intentar venderlas al mismo precio a un tercero.

El derecho inglés ha sido precursor en la adopción de esta obligación que estimula a la víctima a actuar en tiempo útil para no sufrir pérdidas importantes a causa de la inexecución del contrato, lo que conlleva a una dinámica eficiente del mercado. Estados Unidos, país que pertenece al mismo sistema de derecho, incluye esta obligación dentro de sus normas.

b. Derecho de los Estados Unidos de América:

En los Estados Unidos esta doctrina es conocida como "consecuencias o pérdidas evitables" (*avoidable consequences*). Como en el derecho inglés, la obligación está contenida en la ley pero su origen es jurisprudencial.

El primer antecedente del que se tiene noticia se remonta a 1677, en un caso en donde un vendedor que vio rechazar la entrega de su mercancía, dejó sus caballos, que la transportaban, expuestos a una tormenta; los caballos que estaban aún agitados y cubiertos de sudor murieron. El vendedor víctima del incumplimiento de su comprador, además de los daños y perjuicios causados por la inexecución contractual solicitó la indemnización por la pérdida de sus caballos. La corte rechazó la solicitud de indemnización derivada de la pérdida de los animales argumentando que el vendedor hubiera podido liberar los caballos del carruaje evitando así su exposición a la tormenta y su consecuente pérdida. Después el principio se reafirmó en este sistema, reduciendo el monto de la indemnización a la víctima negligente.

Este principio está contenido en el *Uniform Commercial Code* (UCC), que establece una regla de evaluación del monto de la indemnización en caso de inexecución de un contrato de compra-venta. En virtud del artículo 2-715 del UCC, dentro los perjuicios subsecuentes (*consequential damages*), resultado de la inexecución no serán comprendidas en la indemnización las pérdidas que el comprador hubiese podido evitar mediante la adopción de medidas razonables.

Es de resaltar cómo estos países que no incluyen el principio de buena fe en su sistema, han adoptado esta obligación en el cuerpo normativo relativo al contrato de compra-venta. En este sistema, el interés de esta obligación es lograr la efectividad de la transacción comercial evitando así que la actividad mercantil se traumatice y pueda continuar su curso normal, beneficiando en últimas el sistema económico.

London Ltd. (1912) ; Charter and Sullivan (1957) "el acreedor tiene la obligación de reaccionar razonablemente y de minimizar las pérdidas tanto como le sea posible".

2. Concepto en el sistema jurídico Romano-germánico

a. Derecho civil alemán:

El derecho civil alemán consagra esta obligación a cargo de la víctima: El BGB en su art 254¹⁴ establece que la no moderación de su propio daño es considerada como una falta que conlleva a una reducción o incluso a un rechazo de la pretensión de indemnización. Esta obligación corresponde a una aplicación del principio de buena fe consagrado en el artículo §242 BGB: El deudor deberá ejecutar la prestación como lo exige la buena fe y según la costumbre comercial.

En la primera parte del texto normativo, vemos como la ley alemana observa no un incremento del daño sino una participación de la víctima en la ocurrencia del mismo, es decir, que el código alemán prevé la situación en la que la víctima mediante su conducta es también parte en el origen del daño, o en el caso de su incremento, pues finalmente el daño o la parte del daño causada por la víctima es considerada como un ítem fuera de la órbita de indemnización por parte de quien es declarado responsable.

La situación establecida por la norma alemana como supuesto de hecho podría asimilarse a la de cualquier daño, y en algunas situaciones es posible no encuadrar la hipótesis prevista por la norma. Es una situación en la que el concepto de daño y perjuicio se confunden, razón por la cual cuando la víctima permite la aparición de nuevos perjuicios o el incremento del daño, deberá ver reducida su indemnización o incluso podrá ver su solicitud de indemnización rechazada por el juez, de acuerdo con el grado de "culpa" que haya tenido en el incremento del daño.

Un aspecto que marca la diferencia entre el derecho inglés y el derecho alemán respecto de esta obligación, es que el derecho inglés para fijar el monto de

¹⁴ § 254 BGB Mitverschulden: Gesetzestext, (Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung: 1. März 2010), : (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung

§254 BGB (BürgerlichesGesetzBuch) Libro de leyes ciudadanas (Mietverschulden) Deudas de alquiler, Texto de la Ley (se ha de tomar en cuenta la ley al momento de su publicación: 1º de marzo de 2010) Si en el momento de ser efectuado el daño se reconoce que el afectado tomó parte activa en el origen de la avería, el deber de reemplazar el objeto así como el proceso con el cual se realiza esta substitución (es decir la reparación del daño), dependen pues en especial de saber en qué medida el daño ha sido causado preponderantemente por una de las dos partes.

Esto aplica también cuando la culpa del afectado se limita a la omisión de advertir sobre el advenimiento de un daño grave no usual, daño que el deudor no conocía o que no debía conocer, o si el afectado omitió prevenir o minimizar la avería. La ordenanza del §278 determina una puesta en práctica correspondiente.

la indemnización evalúa el daño el día de la inejecución mientras que el derecho alemán establece todo un mecanismo para dar oportunidad a la persona incumplida de ejecutar la obligación a su cargo: Así, la ley exige al acreedor que sufre el incumplimiento poner en mora al deudor mediante una comunicación que le dará también un término suplementario para cumplir con la obligación. Todo esto antes de poder demandar la indemnización del daño que le ha sido causado. Como consecuencia de esto, el monto de la indemnización, así como la oportunidad de replazo, serán evaluadas a partir del día de la notificación de la acción solicitando la reparación del daño hasta la expiración del plazo suplementario concedido al deudor, pues el acreedor no puede recurrir a ninguna medida de remedio durante este término.

Esta solución del derecho alemán no busca que la parte que sufre el incumplimiento realice un contrato de replazo o adopte una medida que frene la aparición de perjuicios lo más pronto posible para optimizar la rentabilidad del contrato. Podríamos pensar que la solución adoptada cuenta con un fundamento diferente, dando a las partes una segunda oportunidad de cumplir con sus promesas, privilegiando así a la persona como tal y no la transacción. Una visión que podría ser más romántica en la medida que deja de lado la utilidad económica y el funcionamiento comercial, y da prioridad a la persona dejándole una oportunidad para cumplir con su palabra.

De otro lado, actualmente la jurisprudencia alemana aplica este artículo a las situaciones que se presentan con ocasión de un contrato o fuera de él.

b. Derecho civil italiano:

En Italia, el artículo 1227 del *código civile* trata de la misma forma el concurso de faltas de la víctima en la realización del daño y la obligación de minimizar el daño.

Según el artículo 1227: Si el hecho culposo del acreedor está también en el origen del daño, la indemnización será disminuida según la gravedad de la culpa y de la entidad de la consecuencia que de ella deriva. El resarcimiento no comprenderá la parte del daño que la víctima hubiera podido evitar haciendo uso de una diligencia ordinaria¹⁵.

El derecho italiano da prioridad a un aspecto fundamental de la responsabilidad civil, la imputación del daño, es decir, que de forma diferente al sistema anglosajón, la economía del contrato no es ni siquiera tenida en cuenta, lo importante es que aquel que causa el daño debe resarcirlo, entonces la víctima cuyo comportamiento

¹⁵ Il Codice civile italiano: Libro quarto, delle obbligazioni, titolo I, delle obbligazioni in generale, capo III, Dell'inadempimento delle obbligazioni: 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. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 ss).

ha sido también al origen del daño deberá tomar parte de la responsabilidad y por lo tanto no será indemnizada de forma proporcional.

c. Derecho civil canadiense:

El nuevo código civil de Canadá, que fue votado en 1991 y entró en vigor en 1994, y del cual uno de los objetivos más importantes de sus redactores era el de integrar la responsabilidad civil contractual y extracontractual, contiene un capítulo de disposiciones comunes a estas dos esferas de la responsabilidad civil (art. 1457 – art. 1481). Entre estos, el artículo 1479 dispone: *“La persona que debe reparar un daño no responde de la agravación de éste, cuando la víctima estaba en situación de evitar dicha agravación”*.

El legislador hace una consagración negativa de la obligación, es decir, que se refiere de forma positiva a la carga del responsable y solo de forma indirecta o negativa a la carga que pesa sobre la víctima, indicando la sanción en caso de inobservancia.

Esta forma de expresar la obligación cuenta con la virtud de ser objetiva, es decir, que evita el “moralismo” imprimiendo un carácter objetivo a esta obligación, sin hacer explícitamente alusión a la carga del acreedor de “colaborar”, a pesar de que es él quien sufre las consecuencias negativas del incumplimiento de su contraparte.

d. Derecho civil belga

En el código civil de Bélgica no existe una norma que haga referencia explícita a esta obligación. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia están fuertemente influenciadas por esta obligación, influencia que obedece a una tradición que existe de tiempo atrás en el ámbito del derecho de seguros.

La ley del 11 de junio de 1874 afirma que el asegurado debe minimizar el daño del cual él demanda la indemnización a su asegurador, concretamente el artículo 17 dice: *“En todo contrato de seguros, el asegurado debe hacer todos aquellos actos que corresponden a una persona diligente, para prevenir o atenuar el daño”*.

Norma que va más allá, conteniendo no solamente la situación en la cual un daño ha sido causado sino aquella en la que es posible prever la ocurrencia de un daño, imponiendo a la víctima la obligación de tomar las medidas que estén a su alcance para evitarlo o mitigarlo en caso de que efectivamente ocurra.

e. Derecho colombiano

En Colombia esta obligación al igual que en Bélgica y en Francia, no existe en las normas relacionadas con la responsabilidad civil. No obstante, existe una norma del

código de comercio dentro del régimen de las aseguradoras en la cual se impone al asegurado esta obligación¹⁶.

La sala civil de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de la inexistencia legal de esta obligación, la aplicó recientemente en un caso de responsabilidad, cuya fuente era un contrato de transporte¹⁷. Las circunstancias del caso fueron las siguientes: Entre dos personas se celebró un contrato en virtud del cual una de las partes se comprometió a darle una mercancía a la otra para que la transportara a otro país por vía marítima. El contrato se ejecutó en tiempo por parte del transportador, sin embargo, al llegar al país de entrega se presentaron circunstancias que le impidieron al transportador descargar la mercancía, circunstancias fuera de la órbita de control del transportador y debido a las cuales el barco se vio obligado a permanecer en puerto por un tiempo prolongado impidiéndole de esta forma circular y generar ganancias para la empresa transportadora.

Consecuencia de la situación antes descrita, la empresa transportadora sufre un daño: de un lado este daño se traduce en los gastos necesarios para el mantenimiento del barco y del personal a bordo (daño emergente) y, de otro lado, en la pérdida de ingresos (lucro cesante). Por esta razón la transportadora demanda ante la justicia a los posibles responsables para que le sean reparados los perjuicios ocasionados.

El cuestionamiento que surge es: ¿La víctima en las circunstancias descritas se encontraba en la posibilidad de tomar medidas razonables para evitar el incremento del daño que le fue causado?

Para poder establecer si la víctima actuó de forma razonable o negligente frente a daño, el juez deberá evaluar todas las circunstancias que rodearon la situación y las circunstancias susceptibles de causar el incremento del daño. De esta forma podrá deducir si el actuar de la víctima es el origen de los perjuicios que siguieron al daño.

Se encontró probado en el expediente que las circunstancias que indujeron al bloqueo del barco en puerto no fueron imputables a ella, sin embargo, ¿Frente a tales circunstancias podía la sociedad transportadora tomar alguna medida para evitar que el daño que le estaba siendo ocasionado cesara o fuese atenuado?

Se demostró en el expediente que la víctima hizo uso tardío de la potestad de solicitar ante la jurisdicción la autorización de vender la mercancía que cargaba para poder liberarse, por esta razón la decisión de segunda instancia condenó al pago de perjuicios a una de las empresas demandadas y decidió también que la demandante debía asumir parte del daño, pues estimó que la sociedad demandante

¹⁶ Artículo 1074 C. Com: Obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro: Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado 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.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 diciembre 2010.

"fue negligente al esperar más de cuatro meses para solicitar ante la jurisdicción autorización para el descargue de la mercancía, su depósito y venta", fallo confirmado en casación.

Las consideraciones de la Corte fueron interesantes en la medida en que se hizo un análisis exhaustivo de las razones por las cuales esta obligación podía ser impuesta a la víctima. Así entre el artículo 2357¹⁸ del C.C.C., la teoría causalidad y la buena fe, el juez concluye que la obligación de la víctima de tomar medidas para moderar el daño que le es causado encuentra su fundamento en la buena fe¹⁹.

Para concluir sobre la posición de esta obligación en nuestro sistema jurídico, un estudio profundo se hace necesario. Sin embargo podríamos decir que en Colombia a pesar de no existir una consagración legal de esta obligación, ésta es no solo conocida sino aplicada con rigor por el juez; y si bien es cierto que existe una protección a la víctima, esto no impide que exista un límite y se le exija a ésta una conducta diligente ante el daño que le ha sido ocasionado.

f. Derecho civil francés

El *Code civil* francés no contiene ninguna previsión respecto de esta obligación, la ley, al igual que la jurisprudencia, son reticentes a la inclusión de esta obligación en el sistema de responsabilidad. La razón de este rechazo es el temor de ver afectado el principio de la indemnización integral, ya que los derechos de la víctima se podrían ver afectados.

No obstante, existe en el código de seguros (*code des assurances*) una disposición dentro de las reglas del contrato de seguros de transporte marítimo, fluvial o lacustre. La norma establece:

"Artículo L 172-23: "El asegurado debe contribuir al salvamento de los objetos asegurados y tomar todas las medidas necesarias para conservar sus derechos frente a los terceros responsables.

El asegurado es responsable ante el asegurador del daño causado por la inejecución de esta obligación cuando dicha inejecución tiene origen en su culpa o en su negligencia."²⁰

¹⁸ Artículo 2357 C.C.C: La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

¹⁹ Sentencia de la Corte suprema de Justicia Sala de Casación civil, antes citada. " 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 la buena fe (...). En tal orden de ideas resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece,..., tiende a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues solo 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 padecido."

²⁰ Code des assurances, Article L 172-23: L'assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre toutes mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables. Il est responsable envers l'assureur du dommage causé par l'inexécution de cette obligation résultant de sa faute ou de sa négligence.

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 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 contrato.

La doctrina francesa ha mostrado siempre un interés sobre esta obligación, Demogue se refería a ella afirmando su existencia implícita dentro del régimen de responsabilidad contractual, lo cual se justifica por el deber de colaboración de las partes, deber que deriva al mismo tiempo de la buena fe impuesta en la ejecución del contrato en virtud del artículo 1134 del Código civil francés:

"Código civil francés, Artículo 1134: Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que son parte. Ellas podrán ser revocadas solamente por el mutuo consentimiento de estas, o por causas legales. Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe"²¹

Demogue decía a propósito de esta obligación: *"Cuando la falta se produce causando un daño de cierta magnitud, ¿Podríamos decir que la víctima comete una falta si ella no toma las medidas necesarias para disminuir el daño? Una respuesta afirmativa no deja la menor duda. Aquel cuya casa se está incendiando por causa de un tercero debe adelantar los actos necesarios para apagar el incendio. La persona que recibe una lesión se encontrara en falta si no toma las medidas necesarias para cuidar de su herida no se somete a las operaciones necesarias, salvo si ellas son graves o entrañan un riesgo alto. La víctima comete una falta si deja inútilmente los bienes (que recibieron el impacto dañoso) en ese estado por un tiempo prolongado. La utilidad social crea entonces un deber de frenar el daño en la medida de lo posible. Pero la víctima podrá cobrar los gastos de esta gestión contra el autor del daño. De acuerdo con el principio así expuesto, podemos concluir que en caso de traumatismo psíquico o psicológico causado por un accidente, la víctima debe tener voluntad para reaccionar. Si no lo hace, comete una falta. El juez, deberá entonces negarle la indemnización salvo si constata un estado psíquico o psicológico de la víctima que le impida reaccionar. [...] Así a un derecho rígido (orientado solo a la satisfacción de las partes del contrato), se sustituye un derecho solidario, obligando a la víctima a trabajar moderadamente en nombre del interés general, es decir, para impedir al daño de continuar."*²².

²¹ Art. 1134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

²² Lorsque la faute se produit et doit, si la victime ne fait aucun acte spécial, causer un dommage d'une certaine étendue, la victime est-elle en faute si elle ne prend pas d'elle-même les mesures nécessaires pour diminuer le dommage ? L'affirmative ne fait pour nous aucun doute. Celui dont la maison a pris feu par la faute d'un tiers doit travailler à éteindre l'incendie. Le blessé est en faute s'il ne se soigne pas et ne se soumet pas aux opérations

Más tarde TUNC, apoyando esta teoría, afirma: "La idea según la cual la víctima no puede asistir pasiva a la aparición de las diversas consecuencias del daño, sino que debe reaccionar de forma vigorosa contra sus consecuencias en la medida que lo agraven, nos parece irrefutable."²³

De esta forma, la doctrina se ha inclinado por la adopción de esta obligación influenciando la jurisprudencia que en cierta época impuso a la víctima la carga de moderar su daño en el ámbito contractual y extracontractual; sin embargo, en el año 2003 esta tendencia fue modificada por dos sentencias de la Corte de casación que rechazaron la idea de imponer esta obligación a la víctima de forma general²⁴, fijando la posición jurisprudencial en sentido contrario.

Para concluir, en el derecho civil francés esta obligación no es desconocida, por el contrario puede observarse un desarrollo del concepto de esta obligación a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia, desarrollos que han motivado la inclusión de esta obligación en los proyectos de ley para la modificación del régimen de obligaciones a nivel contractual y extracontractual.

B. Concepto de la obligación de moderar el daño en algunas normas supranacionales

1. Convenciones internacionales

a. Convención de La Haya

Contiene la ley uniforme sobre la venta internacional de bienes, la cual data del 1 de julio de 1964, el artículo 88 establece: "La parte que invoca la contravención al contrato está obligada a tomar todas las medidas razonables a fin de disminuir la pérdida sufrida; si ella no cumple con esto, la otra parte puede demandar la reducción de la indemnización²⁵."

nécessaires, sauf si elles sont graves et hasardeuses. La victime est en faute si elle laisse inutilement les choses en l'état un temps prolongé. L'utilité sociale crée donc un devoir d'arrêter le dommage si on le peut. Mais la victime pourra recouvrer les dépenses de cette gestion d'affaires contre l'auteur. Du principe posé, nous tirerons la conclusion qu'en cas de traumatisme psychique causé par l'accident, le blessé doit avoir la volonté de réagir. Si ne le fais pas, il est en faute. Le tribunal doit donc, de ce fait lui refuser l'indemnité, à moins qu'il ne constate un état pouvant résister à une volonté même énergique. [...]. Ainsi à un droit rigide se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer".
Ibidem, p.127 n.º 463 bis.

²³ ANDRÉ TUNC: Les récents développements de droit anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation, RIDC, 1953, p. 29: "L'idée selon laquelle la victime ne peut assister passive au déclenchement des diverses conséquences de la faute, mais doit réagir de toute sa vigueur d'homme contre ses conséquences dans la mesure où elles aggraveraient le dommage, nous semble incontestable".

²⁴ Bull. 19 juin 2003, D.2003.1809: (pour un refus de soins), D. 2003.1574 (pour la dévalorisation d'un fonds de commerce inexploité).

²⁵ Convention de La Haye: Dispositions Générales Concernant les Dommages-Intérêts:

b. Convención de Viena

Artículo 77: " La parte que invoca la contravención al contrato debe tomar las medidas razonables, de acuerdo con las circunstancias, para limitar la pérdida, dentro de la cual se incluye el lucro cesante resultado de la contravención. Si la víctima no observa esta obligación, la parte que ha cometido la contravención puede demandar una reducción de la indemnización igual al monto de la pérdida que hubiera podido ser evitada²⁶."

Vale la pena recordar que estas convenciones no son fuentes positivas de derecho, es decir, que no poseen un carácter coercitivo, sino que sus normas tienen un rol de "guía" para los árbitros en la formulación y en la aplicación de los principios generales del derecho de comercio internacional. Teniendo en cuenta lo anterior, es importante resaltar que ambas convenciones coinciden en la posición según la cual el acreedor contractual insatisfecho debe atenuar los perjuicios que resulten para él de la inexecución del contrato por parte del deudor. Del mismo modo, ambas normas prevén la consecuencia a la inobservancia de esta obligación, que consiste en la reducción de la indemnización proporcionalmente a la porción del daño que pudo ser evitada.

En la convención de Viena se prevé un aspecto importante a propósito de las consecuencias de la inobservancia de esta obligación, y es que si bien este "incumplimiento" de la obligación de moderar el daño afecta directamente el monto de la indemnización para el acreedor-víctima de forma negativa, esta inobservancia no afecta de ninguna forma otras acciones en cabeza de éste, es decir, el acreedor-víctima del incumplimiento podrá en todo caso solicitar al juez la ejecución del contrato, o resolver el contrato por el incumplimiento de la obligación esencial sin que estas acciones puedan ser total o parcialmente neutralizadas por la inobservancia de la obligación de moderar el daño.

Con todo, es de subrayar el silencio de estas normas respecto al alcance de esta obligación. Ninguna indica si el juez deberá exigir el cumplimiento de esta obligación frente a cualquier petición hecha al juez cuyo origen sea un incumplimiento contractual, o solo ante la petición del pago de indemnización de daños y perjuicios.

Article 88: La partie qui invoque la contravention au contrat est tenue de prendre toutes les mesures raisonnables afin de diminuer la perte subie. Si elle néglige de le faire, l'autre partie peut demander la réduction des dommages-intérêts.

²⁶ Convention de Vienne : Convention des Nations Unies sur les Contrats de vente Internationale de marchandises (1980), Chapitre v. Dispositions Communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur: Article 77: La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, au égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée.

c. Principios de Unidroit

El Instituto internacional para la unificación del derecho privado fue creado en Roma en 1926 y tiene como misión armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados, para preparar gradualmente una legislación de derecho privado uniforme.

Estos principios prevén una obligación de minimizar el daño y la sanción en caso de inobservancia, consistente en dispensar al deudor de asumir la parte del daño que hubiera podido ser evitada mediante las diligencias del acreedor. Así el artículo 7.4.8, prevé que el deudor no responde de los perjuicios en la medida que el acreedor hubiera podido evitarlos a través de medidas razonables.

El acreedor puede demandar al deudor incumplido además de la indemnización, el pago de la suma de dinero correspondiente a los gastos en los que él debió incurrir a fin de moderar los perjuicios. Esta obligación es completada por reglas concernientes a la evaluación de la indemnización y de los gastos efectuados para limitar el daño²⁷; a su vez esta obligación reposa sobre el deber general de las partes de actuar de buena fe y de adoptar un comportamiento razonable.

d. Principios Europeos de derecho contractual

La diferencia entre estos y los principios de Unidroit es el campo de aplicación geográfico de estos principios que es más restringido que el de los principios de Unidroit, pues estos conciernen solamente los países europeos, pero su alcance material es al contrario más extenso pues no está limitado a los contratos comerciales sino que son aplicables a todos los contratos. De otro lado, al igual que los principios Unidroit, estos principios no tienen fuerza coercitiva quedando limitados al rol de guía para juez.

Estos principios prevén en su artículo 9.505: "El deudor no está obligado a reparar los perjuicios sufridos por el acreedor cuando este último hubiera podido reducirlos mediante la adopción de medidas razonables", estando precisado en el inciso 2 que "el acreedor tiene derecho al reembolso de todos los gastos en los que razonablemente incurrió con el objeto de reducir los perjuicios"²⁸.

Es valioso el aporte que este artículo hace al incluir de forma explícita la obligación de la parte incumplida de reembolsar los gastos que fueron necesarios

²⁷ Art 7.4.2: Debe tenerse en cuenta toda ganancia que resulte para el acreedor de un gasto o de una pérdida evitada. La inexecución del contrato no debe enriquecer al acreedor. Las pérdidas evitadas y la ganancia realizada por la víctima son compensadas con su perjuicio. Art 7.4.5: El acreedor que, habiendo resuelto el contrato, celebra un contrato de replazo en un plazo y de forma razonables, puede solicitar el reembolso de la diferencia entre el precio previsto por el contrato inicial y el precio del contrato de replazo, al igual que la indemnización por todo perjuicio suplementario.

²⁸ Article 9.505: "le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant [...] b) qu'il aurait pu réduire son préjudice en prenant de mesures raisonnables. Le créancier a droit à remboursement de tous les frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice".

para que la víctima pudiera moderar los efectos del daño, ya que efectivamente se trata de gastos que hacen parte del daño que debe ser indemnizado por el autor en la medida que corresponden a un gasto que se origina en el evento dañoso y que evidentemente tienen como efecto la reducción de los recursos económicos de la víctima.

e. Proyecto Catalá

El proyecto Catalá es un trabajo realizado en Francia, por varios juristas presididos por Pierre Catalá. La ambición del proyecto es modernizar el código civil francés en materia de obligaciones y de la prescripción.

Las normas concernientes a la responsabilidad civil fueron redactadas por un grupo de juristas quienes consideraron que la inclusión de la obligación de moderar el daño es necesaria, pues a pesar de que podría pensarse que esta obligación puede ir en contra del principio de indemnización integral, como algunos creen, se estima necesario responsabilizar a la víctima teniendo en cuenta que ella debe asumir su situación y hacerle frente de forma positiva. Conducta que no solo la favorece a ella misma, sino también a aquellos que la rodean y que en últimas beneficia a la sociedad.

Es de resaltar que en el texto propuesto, no se trata de una posibilidad que se deja a la apreciación del juez, ni a situaciones precisas, sino que debe aplicarse en todo caso de responsabilidad civil. Generalización de la obligación que impone a toda persona, en el rol de víctima, tomar las riendas del daño. Lógicamente, la exigencia del cumplimiento de esta obligación está subordinada a la constatación de que la reducción del daño podía ser obtenida por medios razonables y proporcionados, de acuerdo con las circunstancias que rodeaban a la víctima. Además, se encuentra también precisado, que ninguna reducción puede ser admitida cuando estas medidas pudieran atentar contra la integridad física de la víctima (en los casos de daño corporal).

El proyecto Catalá estima entonces que esta obligación debía introducirse en el derecho francés; el artículo 1373 autoriza al juez para evaluar la conducta de la víctima respecto del daño que le ha sido infligido; evaluación que le permitirá establecer si actuó de forma diligente o no, para, en esa medida, disponer si el pago de la indemnización por parte del responsable deberá ser por la totalidad del daño que ella padece o decidir si la víctima deberá soportar una parte del daño.

Esta inversión de la obligación del pago de la indemnización tendrá lugar si el juez estima que hay uno o varios perjuicios indemnizables que pudieron haber sido evitados por la víctima mediante la adopción de una medida razonable que estaba a su alcance.

Como complemento de lo anterior, el artículo 1344 del proyecto establece que los gastos en los que la víctima incurre para evitar la agravación del daño son considerados como una parte del daño que debe ser reparado.

Disposición razonable, toda vez que efectivamente el dinero que la víctima deberá pagar para poder adoptar las medidas con el objetivo de minimizar su daño, hacen parte del daño emergente puesto que se trata de un gasto consecuencia del daño causado. Por lo tanto, el responsable deberá hacerse cargo de reembolsar a la víctima los gastos en los que incurrió con el fin de moderar el daño.

2. *Contenido y régimen de la obligación*

Luego de aprehender el concepto de esta obligación, vamos a desintegrarlo para extraer los elementos que lo componen y analizarlos uno por uno. De esta forma, podremos diferenciar el contenido de la norma y su funcionamiento. Luego examinaremos, entre las más viables, cuál es la razón que sirve de fundamento a esta obligación.

Para realizar este análisis daremos un paso atrás, es decir, cuestionaremos los aspectos esenciales de la obligación intentando dar una respuesta objetiva para dilucidar los aspectos más importantes. El primer interrogante que nos hacemos es: ¿Sobre quién pesa esta obligación?

a. *Obligaciones de las partes*

Como vimos, por definición esta obligación pesa sobre la víctima. Creemos que la razón de esta imposición se debe a que, siendo ella quien padece el daño, es la persona en mejor posición para saber más precisamente cuáles son las medidas adecuadas para evitar que el daño proliferen. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Podría esta obligación de moderar el daño pesar sobre el autor del daño?

Para responder, es necesario tener en cuenta que en este tema el factor "tiempo" es de gran importancia. Cuando hablamos de moderar el daño o de no permitir que el daño se extienda, o de evitar la aparición de nuevos perjuicios, el tiempo juega un rol esencial. Causado el daño, es importante tomar las riendas del asunto y adoptar todas las medidas necesarias para impedir que el daño se extienda o se aumente.

En ese orden de ideas, creemos que el responsable está llamado, y tal vez en primer término, a hacerse cargo del daño que causó sin esperar la decisión del juez. La persona que causó el daño debería colaborarle a la víctima desde el primer momento para que las medidas necesarias sean adoptadas y estancar así la aparición de nuevos perjuicios o frenar el aumento del daño.

Si esta obligación pesa principalmente sobre el autor del daño podría ser más eficiente. Decimos principalmente porque estimamos que también debe pesar sobre la víctima, tal vez de forma subsidiaria o solidaria, pero no cabe duda que ella debe asumir una conducta positiva frente al daño que le es causado.

Esta afirmación se encuentra justificada por varias razones: Para comenzar, retomando una de las razones esgrimidas por aquellos en contra de esta obligación,

imponer a la víctima la carga de impedir la extensión de su propio daño mediante la adopción de medidas razonables, es un acto que a la larga va a beneficiar a aquel que lo causó; entonces ¿Por qué no debería él asumir también esta obligación teniendo en cuenta que es también de su interés?

Es evidente que siendo el presunto responsable quien deberá pagar una suma de dinero a título de indemnización, es el primer interesado en reducir su valor. De este modo, producido el daño por su causa, él debería tomar o incentivar a la víctima a tomar las medidas necesarias para frenar la agravación del daño.

En materia contractual por ejemplo, la parte que incumple su obligación sabe con anterioridad que lo va a hacer, teniendo en cuenta esto y su calidad de profesional en su campo o como agente del mercado, él es la persona más indicada para buscar bienes de remplazo o una solución con el fin de disminuir el impacto del incumplimiento.

Por ejemplo, si el vendedor se obliga a suministrar petróleo, hierro, lana; y no puede ejecutar su prestación después de un paro al interior de su empresa, o un paro de transportadores, o debido a una avería en su maquinaria, resulta más conveniente que él mismo busque la substitución de la mercancía a un buen precio, teniendo en cuenta que en todo caso él deberá indemnizar a su contraparte en ausencia de un caso fortuito²⁹.

En el caso de daño corporal por ejemplo, si existe un tratamiento que disminuye el daño y que la víctima no tiene los medios de procurárselo, el responsable debería colaborarle a la víctima para que pueda acceder al tratamiento antes de que la decisión del juez sea pronunciada.

Si la obligación de moderar el daño mediante la adopción de medidas razonables pesa sobre aquel a quien se señala como responsable, el beneficio será significativo, pues al evitar que la situación de la víctima se haga más difícil disminuye también el riesgo de que la suma que deba pagar a título de indemnización sea aumentada de forma considerable. Esto se aplica tanto en materia contractual como extracontractual.

Ahora bien, existe la posibilidad de que al final del proceso el presunto responsable, habiendo colaborado con la víctima en la moderación del daño, sea exonerado de responsabilidad por el juez en su decisión. Situación difícil de concebir en materia contractual, pero que de llegar a ocurrir creemos que el juez deberá simple y lógicamente ordenar a la víctima reembolsar a la contraparte la suma de dinero que recibió de él para evitar el aumento del daño sería una situación similar al pago de lo no debido.

Por lo tanto, es importante reflexionar sobre esto: si esta obligación pesa sobre el autor o el responsable del daño, a título individual o solidariamente de la mano con la víctima, el mecanismo podría ser más eficiente.

²⁹ En el mismo sentido PIERRE-YVES GAUTIER, "Contre Bentham : l'inutile et le droit ". RTDciv 1995 p.820. "La mitigation ne doit pas être l'occasion de renverser les valeurs du contrat, en récompensant, en quelque sorte, le débiteur fautif".

a.1. Obligaciones de la víctima

- Reducir el daño (algunas)
- Evitar la agravación del daño (todas)
- Evitar la producción del daño (algunas)
- Mediante la adopción de medidas razonables (todas)

Reducir el daño y evitar su agravación a primera vista son dos acciones que podrían confundirse pero se trata de conceptos diferentes. No todas las normas que vimos contienen la obligación de la víctima de "reducir" el daño, pero en todas encontramos la obligación de "evitar la agravación del daño". Reducir el daño va más allá de evitar su agravación.

Evitar la agravación del daño es la esencia de esta obligación, es decir, como su nombre lo indica, consiste en que la víctima debe evitar la aparición de nuevos perjuicios derivados del daño que le fue causado. Mientras que reducir el daño, significa que la víctima deberá tomar medidas no solo para evitar nuevos perjuicios, sino para reducir el daño en sí mismo. En otras palabras, se exige de la víctima un esfuerzo más grande, porque además de estancar los nuevos perjuicios debe trabajar sobre el daño para atenuarlo.

Para ilustrar estas situaciones podemos imaginar un daño causado a un bien inmueble usado para la habitación. La víctima podría evitar un nuevo perjuicio si en lugar de ir a habitar en un hotel (lo que incrementaría la factura del daño emergente), desplaza su lugar de habitación a la casa de un familiar o habita en otra parte del inmueble que no fue afectada. Esto es evitar un incremento del daño causado.

Reducir el daño es que la víctima, en la misma situación, reconstruya inmediatamente la parte del inmueble que fue averiada por el acto dañoso cometido por el tercero responsable. Carga visiblemente más pesada y exigente.

No es viable imponer a la víctima la obligación de reducir el daño, pues si bien es cierto que es conveniente incitar a las víctimas a no ceder ante el fatalismo del daño³⁰, el solo hecho de deber evitar su agravación es de hecho una obligación suficientemente pesada. No resulta viable obligarla a reducir su daño bajo pena de reducir su indemnización, una obligación impuesta de tal forma se sale del concepto de justicia y equidad, pasaríamos del otro lado, de una protección exagerada de la víctima a una desprotección y abandono del cuidado de la persona en su calidad de "víctima".

De otro lado, continuando con las obligaciones a cargo de la víctima consagradas en las diferentes normas, nos detendremos en la "obligación de evitar el daño". Se trata de una obligación de hacer, que pertenece más al ámbito de

³⁰ JEAN-LUC AUBERT, "Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité, Mélanges dédiées à Gèneviève Viney, 2008.

la "precaución" o de la "prevención" y no de la obligación objeto de estudio, en donde el daño debe estar ya causado para que pueda operar.

Desde nuestro punto de vista, la existencia del daño o su simple amenaza son dos escenarios distintos. Para comenzar no existe una víctima ni un responsable en caso de prevención o de precaución, los agentes existen de forma potencial. De otro lado, la situación es diferente cuando un daño degrada el patrimonio o el cuerpo de una persona, a cuando existe solamente una amenaza. Además de lo anterior, nos inclinamos a pensar que en caso de amenaza, las medidas para evitar el daño estarán a cargo de la persona que crea el riesgo.

En conclusión, en lo concerniente a las obligaciones de la víctima nos inclinamos por la imposición únicamente de la obligación de "evitar la agravación del daño" y excluir aquellas de reducir y de prevenir el daño.

Ahora bien, esta obligación de evitar el daño debe hacerse siempre mediante la adopción de medidas calificadas como "razonables", ¿cuál es el contenido de este criterio?

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia española, razonable significa: Justo, conforme a razón. Esto significa que es un criterio flexible, relativo y subjetivo, es decir, que está relacionado con diferentes aspectos que deberán ser analizados por el juez. De forma superficial, podemos decir que medidas razonables son aquellas que una persona "normal" en las mismas circunstancias tomaría para evitarse la agravación de una situación que afecta su integridad personal, sus actividades y su patrimonio.

Profundizando sobre los esfuerzos que la persona en calidad de víctima del incumplimiento del contrato debe adelantar es necesario tener en cuenta que estos deben basarse en las circunstancias particulares del caso (tanto de la víctima como del mercado), el sentido común y la buena fe.

Es una evaluación que aprecia la conducta de la víctima para establecer si hubo o no culpa. El juez deberá evaluar las circunstancias del mercado al momento del incumplimiento y al momento en el que la víctima debe tomar las medidas, las circunstancias que rodean la situación de la víctima misma y su conducta al momento de tomar las medidas para poder establecer el cumplimiento de este criterio.

Este concepto incluye otros, como proporcionadas, posibles, etc. Es un criterio según el cual el juez deberá comparar la conducta de la víctima con aquella de una persona "razonable" o como de forma romántica nuestro código lo enuncia "como un buen padre de familia" para determinar si actuó de forma adecuada.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿Qué pasa si la víctima adopta medidas que efectivamente evitan la agravación del daño pero que no son consideradas como medidas que normalmente alguien en la misma posición hubiera adoptado? Es decir, que no se consideran como "razonables". En este caso ¿la víctima incumple con su obligación? o por el hecho de ser desproporcionadas (muy costosas por ejemplo) ¿el responsable no estará obligado a rembolsar los gastos en los que incurrió la víctima para adoptarlas?

Para resolver situaciones como estas no es conveniente establecer criterios rígidos, pues podría llegar a violarse el derecho de alguna de las partes. Sin duda el juez, sujeto a los principios de justicia y equidad, deberá evaluar las circunstancias del caso concreto³¹ y la conducta de la víctima para establecer si las medidas adoptadas cumplen con el criterio de razonables, o si la víctima actuó de mala fe al adoptarlas, caso en el cual se deberá calcular el costo de lo "razonable", el cual deberá ser reembolsado a la víctima, quien perderá el reembolso del valor considerado como "exceso".

a.2. Obligación del autor de daño

Algunas de las normas estudiadas plantean la obligación del responsable de rembolsar la suma de dinero correspondiente a los gastos en los que la víctima incurrió para tomar las medidas orientadas a evitar la agravación del daño. Si la consagración de esta obligación no es general, es porque no existe unanimidad en cuanto al hecho de considerar este gasto como un "perjuicio" consecuencia del daño.

No obstante esta falta de unanimidad, los gastos en los que incurre la víctima para moderar el daño son, como antes dijimos, un perjuicio indemnizable: Se trata de un menoscabo al patrimonio de la víctima, es decir, se trata de una reducción de los recursos económicos de la víctima que tiene como origen el daño que le fue causado, toda vez que los gastos están orientados a atenuarlo. De acuerdo con lo anterior, resulta razonable establecer el reembolso de estos gastos a la víctima por parte de responsable a título de indemnización.

b. Régimen de la obligación

b.1. Consecuencias de la inobservancia de la obligación

Como consecuencia de la inobservancia, todas las normas plantean lo mismo: La reducción de la indemnización de forma proporcional a la fracción del daño que hubiera podido ser evitada.

Es una tarea delicada de evaluación a cargo del juez. No obstante, todo reposa en la prueba que las partes aporten al proceso. La parte que incumplió el contrato deberá probar que la víctima se encontraba en situación de tomar medidas razo-

³¹ Todo depende también del daño del que se trate, podríamos pensar que cuando se trata de daños físicos o fisiológicos, ninguna medida resulta "irracional" sin duda la salud es el bien más preciado y todo esfuerzo resulta válido para recobrarla. Por el contrario cuando se trata del incumplimiento de un contrato, las circunstancias que rodean el daño económico deberán ser evaluadas meticulosamente por el juez, quien deberá además tener en cuenta la situación del mercado, la situación de la víctima, así como la situación del responsable para poder deducir hasta qué punto una media se encuentra dentro del criterio de lo "razonable".

nables para evitar la aparición de nuevos perjuicios. ¿Cómo? Probando que en la fecha o para la misma época en la que se incumplió el contrato, existían en el mercado otros agentes u otras posibilidades a las cuales el acreedor podía acceder para satisfacer las necesidades que el contrato estaba llamado a colmar, es decir, probar la posibilidad para la parte perjudicada de realizar un contrato de remplazo que atenuaría el daño producido por el incumplimiento.

Existen multitud de medios por los cuales los interesados están en capacidad de demostrar ante el juez dicha situación, no existe formalidad. El objetivo será de aportar pruebas que logren dar certeza del hecho de que la víctima se encontraba en situación de acceder a una o varias soluciones para evitar el incremento del daño y que su conducta ante dicha situación no fue razonable, es decir, que la conducta de la víctima fue negligente ya que no realizó una gestión diligente de sus negocios que procurara conservar el desarrollo normal de su actividad a pesar del incumplimiento de su contraparte.

b.2. Alcance de la obligación

Hacemos referencia a los casos en que se aplica esta obligación. ¿Debe el juez imponerla siempre, o solo cuando la víctima demanda la indemnización de daños y perjuicios? ¿Y si la petición es de ordenar la ejecución de la obligación *in natura*?

El objetivo de la obligación, cualquiera que sea el fundamento, será fácilmente olvidado si esta obligación se aplica solamente en los casos en que el acreedor-víctima solicita el monto de la indemnización, pues este tendrá solamente que solicitar al juez la condena del deudor incumplido a la ejecución forzada *in natura* para poder escapar a esta obligación (de minimizar su daño), y así se pierde el objetivo buscado por esta figura.

En esta medida, esta obligación debería tener un alcance general, es decir, debería ser impuesta al acreedor-víctima en cualquier situación, cuando la solicitud al juez es la resolución y/o la indemnización o la ejecución *in natura* únicamente.

En este escenario sucedería que la ejecución forzada podría devenir mucho más limitada en la realidad, consecuencia de un alcance general de la obligación de moderar su propio daño. La explicación es la siguiente: en la medida en que el juez al analizar la situación haciendo la comparación del costo de la ejecución *in natura* y otra solución, constatará en buen número de situaciones que si el acreedor-víctima hubiese tomado las medidas razonables, el costo de la inexecución sería menos elevado que aquél de la ejecución *in natura* y como consecuencia de esto la condena será limitada a una indemnización amputada de la fracción de los perjuicios que hubieran podido ser razonablemente evitados. La ejecución *in natura* sería entonces desplazada.

No obstante, resultaría equilibrada la imposición de esta obligación en cualquier hipótesis, es decir, sin importar el tipo de petición que se haga al juez, de otro modo la parte que debe cumplir con esta obligación se vería excusada en

un gran número de casos, lo cual no parece ser beneficioso ni para la víctima ni para el responsable.

b.3. Carga de la prueba

Incumbe a la parte que incumplió sus obligaciones probar al juez que la víctima se encontraba en circunstancias de tomar medidas para evitar la expansión del daño y no lo hizo, es decir, que la víctima fue negligente en la gestión del daño que le fue causado y se quedó pasiva pudiendo haber evitado el surgimiento de perjuicios derivados del daño.

Corresponde a aquel que solicita la aplicación de una norma probar la ocurrencia del supuesto de hecho, salvo excepción legal. Lo anterior indica que si el deudor-responsable invoca la actitud negligente de la víctima ante el daño para solicitar al juez la reducción de la suma de dinero que debe pagar a título de indemnización, le corresponde a él probar que lo que dice es cierto, es decir, el deudor-responsable deberá probar al juez que la víctima encontrándose en circunstancias de tomar medidas para frenar le extensión del daño, omitió hacerlo, y que su conducta obedece a una actitud de negligencia.

b.4. Aplicación de esta obligación en arbitramento internacional

En cuanto a los asuntos sometidos a la Cámara de Comercio internacional, los árbitros retienen la obligación de minimizar el daño. Esta obligación es un principio tradicionalmente aceptado al seno de este organismo, por lo que en muchas ocasiones no se hace siquiera referencia a su fuente.

En materia de arbitraje internacional, los árbitros recuerdan frecuentemente la obligación de la víctima de minimizar sus pérdidas tomando medidas en lugar de esperar la indemnización por la inexecución del contrato. En caso de no hacerlo, la víctima sufrirá una reducción del monto de la indemnización. Así las cosas, la reparación es limitada a la medida del daño que no podía ser evitado. Es una constante de la práctica arbitral.

Los árbitros se apoyan sobre una presunción de competencia profesional de los operadores del comercio internacional y sobre el deber de cooperación de las partes de un contrato internacional. La actitud de la víctima es comparada con aquella de una persona experimentada y prudente.

Algunas medidas son de uso frecuente en esta jurisprudencia, como por ejemplo vender la mercancía a un tercero en caso del rechazo de la entrega por parte del comprador, lo que corresponde al "contrato de remplazo" del sistema de la *common-law*. El contratante puede también disminuir sus pérdidas creando nuevas relaciones contractuales, o también, aceptando la oferta razonable de ejecución de la parte del contratante incumplido, caso en el cual el acreedor podrá demandar la indemnización por los daños ocasionados de la diferencia entre la prestación

inicialmente convenida y aquella que fue efectivamente realizada. La aceptación de esta oferta no significa que el acreedor renuncia a su derecho de demandar en la reparación del perjuicio causado por la inexecución sino que sirve solamente a moderar su daño. Es razonable consentir en una alteración provisional de las obligaciones contractuales con el fin de evitar nuevos perjuicios. No obstante, el acreedor no está obligado a aceptar bienes que no corresponden con las especificaciones contractuales o una oferta de ejecución que no es apta para satisfacer sus necesidades, lo que por el contrario podría conllevar a pérdidas aún más pesadas al deudor incumplido.

La obligación de moderar el daño es presentada como una costumbre del comercio internacional. Considerada como un principio de la *lexmercatoria*³², constituye una regla material internacional a la cual los árbitros están muy ligados. La jurisprudencia arbitral ha erigido de esta obligación un principio general del derecho de comercio internacional, lo cual evita el hecho de fundar sentencias sobre una norma nacional o internacional. De esta forma la jurisprudencia arbitral hace de esta obligación un principio transnacional constatando, en todo caso, un consenso jurídico de diferentes sistemas a este propósito y lo aplica sin hacer referencia a una fuente nacional específica.

c. Fundamento de la obligación

¿Cuál puede ser el fundamento de esta obligación que hace menos doloroso el daño para la víctima y menos oneroso el monto de la indemnización para el responsable?

La ley no prevé en ningún caso que los hechos ilícitos generadores de daños que son fuente de obligación para su autor, sean también fuente de obligación para la víctima, es decir, en una aproximación ligera puede pensarse que es inapropiado añadir el hecho de que se le permita a aquel que causó un daño imponer a su víctima una obligación de gestión de la situación desfavorable que él mismo creó.

Entonces, nos preguntamos ¿cuál es la razón que justifica hacer esta imposición a la víctima?

En la Constitución política existe, como es sabido, una norma que prohíbe causar un daño a otro de forma injustificada. En este orden, no existe ninguna razón que justifique a una persona que sufre un daño, es decir, a la víctima, liberarse de esta obligación. Esta regla conserva su vocación a ser aplicada en todos los casos en los que una persona causa un daño a otra, lo cual comprende la situación en la cual la víctima de un daño se abstiene de frenar o limitar la aparición de perjui-

³² La *lexmercatoria* es un elemento del derecho internacional, que consiste en un conjunto de normas que rigen el comercio internacional. No son proferidas por ningún Estado, sino que se originan en las costumbres comerciales y en las decisiones proferidas por los árbitros que se pronuncian en la materia. Algunos ámbitos son excluidos de la *lexmercatoria* como por ejemplo: la responsabilidad extracontractual, la capacidad del contratante, etc.

cios derivados del daño inicialmente causado, en este escenario, el hecho de que el daño causado por la víctima tenga origen en su propio daño no es relevante. Esta circunstancia particular no la autoriza o no le confiere un poder arbitrario de " nocividad ".

Pero ¿cuál es la razón de esta obligación? No podemos decir simplemente que es el hecho de no causar un daño porque está prohibido por la ley. ¿Cuál es la razón por la cual la víctima debería, frente al daño que le fue causado, tomar medidas para evitar la aparición de perjuicios?

Entre las múltiples justificaciones lanzadas en favor de la existencia de esta obligación, las más importantes son: La buena fe, una justificación puramente económica y la teoría de la causalidad.

c.1. La buena fe

Este parece ser el fundamento más apropiado para justificar la obligación de la víctima de moderar su propio daño. Se trata de una norma de comportamiento que impone al acreedor un deber de actuar con rectitud en virtud de la obligación general de lealtad y de colaboración entre las partes del contrato. Este deber de cooperación implica una diligencia reforzada tratándose de profesionales del comercio; lo cual obliga a la víctima de la inejecución del contrato a minimizar el daño.

La buena fe como norma rectora del comportamiento de las partes en el desarrollo del contrato indica que éstas deben actuar con corrección, lealtad y honestidad, de allí se deriva el deber de colaboración entre las partes que es una extensión del principio fundamental de la buena fe.

En materia arbitral, en la que esta obligación es muy importante, Jérôme Ortscheidt hace un análisis crítico sobre la buena fe como fundamento de esta obligación y observa que la buena fe jamás es citada por los árbitros como fundamento de ésta. Esto significa que esta obligación es admitida como un principio independiente o autónomo en la *lex-mercatoria*. Esto puede deberse al hecho de que si es citada como subordinada de otro principio (en este caso la buena fe) podría pensarse que la obligación como tal no es aceptada de forma general, y entonces se ve en la necesidad de justificar la aplicación de la obligación usando la buena fe como medio de legitimación.

Además de lo anterior, el reenvío de esta obligación a la buena fe supone una aproximación muy extensa de este principio en las relaciones entre operadores del comercio internacional, nos explicamos: La buena fe como principio indica que las partes deben comportarse de forma correcta, de forma negativa, esto puede significar sin trampas, sin engaños, ni abusos, es decir, que las partes deben ejecutar las prestaciones a las cuales se obligaron por medio del contrato de forma honesta para satisfacer las necesidades de cada contratante. En este orden de ideas, pedirle al acreedor que administre el daño infligido por la contraparte a

causa del incumplimiento, es algo que evidentemente va más allá de la buena fe y del deber de colaboración que deriva de ella.

De acuerdo con lo expuesto, afirmar que la obligación de la víctima de tomar medidas razonables para minimizar el daño se deriva del principio de la buena fe, parece ser una interpretación cómoda de este principio puesto que esta obligación va más allá de exigir a la víctima no solo ejecutar sus prestaciones tal y como lo dice el contrato y actuar con corrección, sino que le impone una conducta diligente frente al daño, que supera la conducta correcta y "de buena fe" exigida.

Un último, pero no menos convincente argumento, que excluye la buena fe como fundamento de la obligación de minimizar el daño es el hecho de que el sistema de *commonlaw* que desconoce el principio de la buena fe haya consagrado esta obligación desde hace más de dos siglos. "Es una paradoja resaltar que los sistemas de *common-law* para los cuales la buena fe es casi que desconocida hayan consagrado esta obligación, mientras que el derecho Francés [y aquel de los países pertenecientes al sistema Romano Germánico], en el que la buena fe es un principio con fuerte presencia, ignore, muchas veces, esta obligación, o sea hostil a su adopción"³³.

Se deduce de lo anterior, que si bien la buena fe posee un contenido sólido y esencial en materia contractual, puede no resultar suficiente como fundamento de la obligación de minimizar el daño, lo cual imprime un carácter más objetivo a esta obligación.

c.2. Un fundamento económico

Evitar el derroche de recursos económicos y reducir el costo global de la responsabilidad, son las razones que podrían hacer del argumento económico un fundamento adecuado de la obligación de minimizar el daño.

La eficacia económica del contrato o incluso la utilidad económica del vínculo obligacional son el fundamento de esta obligación en el sistema de *common-law*. La inexecución de las obligaciones contractuales de una de las partes, y la consecuente obligación de la otra de moderar el daño, garantizan que el contrato que se convierte en un acuerdo estéril será rápidamente remplazado por un contrato que dará sus frutos.

La posibilidad de obligar a la parte que sufre la inexecución a moderar su daño, emana, en el sistema de *common-law*, de una política jurídica que persigue una cierta eficiencia económica del contrato con el fin de conformarse a las necesidades del mercado. La moderación del daño es, en consecuencia, indisociable de la resolución unilateral del contrato para poder así permitir garantizar la celebración de otros contratos con vocación de creación de nuevas riquezas³⁴.

³³ CHRISTIAN LARROUMET, "Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français", *Gazette du Palais*, 16 octobre 2008, n.º 290, p. 5

³⁴ CATHERINE POPINEAU, "Les Remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat –étude

Esta forma de proceder está justificada por los juristas ingleses en términos del "interés general", es decir, que esta manera de reaccionar permite efectivamente, reducir los costos sociales relacionados con la "responsabilidad" limitando el derroche de recursos.

Si el acreedor puede encontrar un contrato de remplazo luego de la inejecución de su deudor, él estará realmente motivado a aceptarlo, pues que es de su interés mitigar el daño causado por la inejecución, de otra forma las mayores pérdidas estarán a su cargo; esto hace que el acreedor no tenga la opción de admitir pasivamente la aparición de perjuicios.

De acuerdo con lo anterior, queda claramente establecido que el sistema de la *common-law* no tiene en cuenta justificaciones morales para admitir la obligación de moderar el daño.

Para concluir sobre este fundamento, y reforzando la conclusión sobre el de la buena fe, podemos decir que no es posible justificar esta regla por la voluntad de incitar a las partes a ejecutar el contrato de buena fe o de moralizar los negocios, porque la buena fe es de hecho desconocida como principio en este sistema.

Ahora bien, para criticar el argumento económico como fundamento, Christian Larroumet afirma: "Si bien es cierto que un análisis económico puede estar en favor de esta obligación, no la justifica... pues si el análisis económico del derecho puede explicar y comprender el interés del mecanismo, no permite justificarlo jurídicamente y su alcance es necesariamente limitado, sin contar que no es dado al jurista reducir el derecho a simples datos económicos (...)"

"Las reglas del derecho no están fundadas sobre análisis económicos que solamente pueden dar una explicación o una aclaración respecto de las soluciones del derecho positivo, demostrando su importancia sin tener, por este hecho, la capacidad de fundamentarlas."³⁵

El argumento económico que toma en cuenta razones radicalmente distintas a aquel de la buena fe, se revela más como una herramienta para comprender el funcionamiento de la obligación sin, por lo tanto, llegar a ser una justificación de la misma, explicando cómo el mecanismo que coacciona a la víctima a reaccionar ante el daño, es susceptible de crear una situación más favorable para las partes y por ende para el mercado que aquella que permite a la víctima quedarse pasiva ante el siniestro.

De acuerdo con lo dicho, los argumentos económicos aunque pueden explicar perfectamente la utilidad de la obligación, no están llamados a ser la razón de la existencia de la obligación de moderar el daño como una norma de derecho, cuyo objetivo esencial es la armonía social. Tampoco la buena fe como fundamento de esta obligación es convincente en la medida que es un criterio subjetivo que tiende a "moralizar" las relaciones contractuales, lo cual no es solamente innece-

comparative—" ed. Dehaillon 2008.

³⁵ CHRISTIAN LARROUMET. *Ibidem*.

sario sino que puede llevar al juez a tomar decisiones injustas³⁶. Resta entonces estudiar la causalidad.

c.3. La teoría de la causalidad

El establecimiento de un nexo causal directo y cierto entre el hecho dañoso y los perjuicios es una aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. Según esta teoría, es considerada como causa del daño el evento que, de acuerdo con el curso normal de las cosas y la experiencia de la vida, conduce a producir un daño. Una relación de adecuación, debe entonces existir entre la causa y el daño. Cuando el daño tiene varios antecedentes, solo aquel hecho generador que aparece como "adecuado" para producir el daño es considerado como la causa.

En el caso de la obligación objeto de estudio, cuando el juez valora los hechos, deberá establecer cuáles son las consecuencias de los actos del responsable y aquellas que surgieron a causa de la negligencia de la víctima. De esta forma, podrá determinar el daño que debe ser indemnizado por el responsable y excluir del monto de la indemnización los perjuicios, que si bien pueden estar ligados con el daño, tienen como origen la conducta negligente de la víctima.

Cuando, luego de realizado un acto calificado de "dañoso", se producen perjuicios en cadena, se ha admitido que el autor está obligado a reparar solamente las consecuencias que pueden calificarse como una consecuencia directa e inmediata, y tal vez podríamos añadir "necesaria", del daño inicialmente causado. Entonces, cuando interviene un evento cuyo efecto es la ruptura en el encadenamiento de efectos, el deudor no deberá responder por los daños que resulten de este evento.

Un ejemplo de sistemas que han acatado este fundamento, es el derecho Quebec y los principios de derecho europeos de contratos. Estos últimos, admiten que el juez debe deducir de la indemnización del acreedor los daños que él hubiera podido evitar, en la medida en que estas consecuencias no provienen directamente de la inexecución del deudor y por lo tanto, es el acreedor quien debe soportarlas.

El derecho de Quebec propone como fundamento de esta obligación el principio según el cual el contratante incumplido es deudor solamente de daños directos e inmediatos que su incumplimiento causó, sin mencionar la buena fe. Así, concluimos que el comportamiento de la víctima que no busca moderar su daño rompería con el nexo de causalidad entre el hecho generador de responsabilidad y el perjuicio, lo que conlleva a excluir esos perjuicios del daño indemnizable.

De acuerdo con las tres teorías expuestas, desde un punto de vista jurídico, el fundamento de la obligación de moderar el daño se encuentra en la causalidad. Teoría, que como ya habíamos mencionado, además de resultar perfectamente

³⁶ Ver la tesis de JÉRÔME ORTSSCHEIDT n.º 233 y ss.

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, lo que le permite una estabilidad que no será afectada por el cambio de la "moral social".

Hemos así, completado el análisis de la obligación de moderar el daño en materia contractual, concluyendo simplemente que en los contratos entre profesionales debería imponerse de forma obligatoria, que la parte incumplida debería también ocuparse de moderar el daño causado, que la teoría de la causalidad es el fundamento adecuado en la medida que es objetivo y que implica una herramienta útil para la evaluación de la indemnización que deberá pagar el responsable.

En materia extracontractual, la responsabilidad debe, normalmente, ocuparse de otra clase de daños sobre los cuales la obligación de moderación podría aplicarse también. Nos ocuparemos de este aspecto en seguida.

II. LA OBLIGACIÓN DE MODERAR EL DAÑO EN MATERIA EXTRA CONTRACTUAL

Mitigar, moderar o minimizar el daño es una obligación de la que se habla en la ley solamente en materia contractual. En el campo de la responsabilidad extracontractual solo la jurisprudencia y alguna parte de la doctrina se ha pronunciado al respecto, esto significa que es un terreno poco explorado, lo cual pone en evidencia una protección a la víctima más marcada en este campo.

¿Por qué más proteccionista fuera del contrato, que en aquella situación que supone su existencia? La justificación, creemos, está en la clase de daño.

A. Concepto:

El concepto de la obligación de moderar el daño en materia extracontractual no varía mucho de aquel en materia contractual. En esencia, el concepto de la obligación es el mismo, lo que es importante tener en cuenta son las consecuencias y la importancia de esta obligación cuando se trata de un daño corporal. Normalmente cuando alguien se encuentra en situación de "responsable-deudor" de una indemnización por daños y perjuicios causados a otro sin que medie un contrato, se trata de un daño corporal.

1. *Daño corporal. concepto*

Tratándose entonces de esta clase de daño, definido como un evento negativo que afecta los fueros esenciales de la "persona" como tal, es decir, su entidad física (daño fisiológico), sentimental, moral, social e incluso intelectual, el daño corporal o físico se revela como un aspecto de alta importancia y por lo tanto, amerita una protección especial. En los últimos años, la exaltación de la "persona", ha derivado en la evolución de los derechos de ésta y ha generado una clasificación exhaustiva

de las consecuencias negativas que puede sufrir una persona cuando se le causa un daño en su cuerpo. Todo lo cual conlleva a hacer casi que un régimen diferente de indemnización para este tipo de daño, lo que nos muestra cuán importante es este daño.

Esto no obsta para que la víctima, en los casos cuyas circunstancias lo permitan y en la medida de sus posibilidades, adopte una actitud positiva tomando las medidas a su alcance para moderar el daño que le fue causado.

2. *El principio de la inviolabilidad del cuerpo humano*

El cuerpo humano se beneficia de una protección específica en la medida que representa a la persona, incluso después de la muerte, el cadáver cuenta con protección legal, el cuerpo considerado como un todo y sus partes (órganos y miembros).

En cuanto a la obligación de moderar el daño, lo que nos interesa del principio de inviolabilidad del cuerpo humano, cuyo contenido es una protección del cuerpo humano considerado como la persona misma, contra cualquier menoscabo que un tercero pueda ocasionar, incluso el Estado; es el hecho de que la persona como ser humano racional es dueña de su integridad física y por lo tanto no puede ser obligada a consentir la aplicación de un tratamiento médico, o peor que se le aplique un tratamiento sin su consentimiento.

Este principio aplicado de forma rigurosa puede, en el caso de la obligación objeto de estudio, tener consecuencias negativas en la medida en que la víctima pueda rechazar un tratamiento que puede mejorar su estado, en detrimento de sí misma y de aquél que deberá asumir la indemnización del daño.

B. Aplicación por el juez

1. *Jurisprudencia francesa*

De este modo, en jurisprudencia esta obligación ha sido traída a discusión cuando la víctima rechaza tratamientos médicos dejando entonces que los perjuicios se agraven. En el caso de Francia por ejemplo, la jurisprudencia acogió la posición según la cual el rechazo de la víctima de tratamientos benignos (indoloros y sin mayor riesgo) puede justificar una reducción de la indemnización³⁷.

No obstante, la introducción que ulteriormente hizo el código civil francés en su artículo 16-1 2³⁸, que establece el principio de la "inviolabilidad del cuerpo

³⁷ RTD civ. 1966 p. 806 obs. de G DURRY. D. 1975.178 notas de R SAVATIER.

³⁸ Code civil français, art. 16-1 : Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. (...) art.16-3 : Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

humano" y el artículo 16-3, que exige la manifestación del consentimiento del paciente en caso de intervención quirúrgica, obligaron a la Corte a reconsiderar su posición.

Así, posteriormente, ante una situación en la que la víctima rechazaba que le pusieran una prótesis, la Corte de casación francesa estimó que: "Nadie puede ser obligado, salvo excepción legal, a someterse a un procedimiento quirúrgico"³⁹, incluso si el procedimiento es simple. De otro lado, no podemos desconocer el hecho de que existen procedimientos tan básicos como la transfusión de sangre que pueden conllevar riesgos graves como la contaminación de enfermedades como el Sida.

El proyecto Catalá que pretende reformar el régimen de las obligaciones en Francia, incluye esta obligación también en la responsabilidad extracontractual y hace mención expresa del daño corporal.

En este proyecto se incluyeron los artículos 1373 y 1344^{40, 41, 42} que contienen la obligación de la víctima de un daño corporal de tomar medidas razonables para evitar la aparición de nuevos perjuicios. Además de esto, se establece que los gastos en los que incurre la víctima, actuando razonablemente, que tienen por objeto la moderación del daño, hacen parte de este. Por lo tanto, estos gastos deben sumarse al monto que corresponde a la indemnización de daños y perjuicios que debe otorgársele a la víctima a título de indemnización.

Introducir esta obligación, corresponde a la preocupación de la sociedad de responsabilizar también a las víctimas, pues en no pocas ocasiones vemos que la

³⁹ Bull. Civ II, no. 86. RTD CIV 1997 p. 632 obs. HAUSER, p. 675 obs. PATRICE JOURDAIN.

⁴⁰ Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Pierre Catalá; Art.1373: Cuando la víctima haya estado en situación de adoptar medidas seguras, razonables y proporcionadas para reducir la extensión del daño o evitar su agravación, y se abstuvo de hacerlo, el juez deberá tener en cuenta su conducta para reducir el monto de la indemnización, salvo cuando las medidas que hayan estado a su alcance hubiesen sido potencialmente peligrosas o conllevaran un riesgo para su integridad física. El artículo 1344 del mismo proyecto que se encuentra en el capítulo II contiene las reglas respectivas a "Las condiciones de la responsabilidad", bajo el título de "daño reparable" dispone: "Los gastos en los que la víctima incurrió para prevenir la realización inminente del daño o para evitar su agravación, así como también aquellos realizados para reducir las consecuencias de éste, constituyen un daño reparable, siempre y cuando se trate de gastos en los que hubiere incurrido una persona razonable en la misma situación, es decir, que la víctima ha debido actuar "como un buen padre de familia".

⁴¹ Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Pierre Catalá; chapitre III des effets de la responsabilité. Art. 1373: Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou son aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique.

⁴² Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Pierre Catalá, Chapitre II: Des conditions de la responsabilité. Section 1, Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Art. 1344: Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation inminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées."

víctima actúa de mala fe, llegando al punto de querer "enriquecerse sin justa causa" mediante el daño infligido.

Respecto al contenido del artículo, en el mismo proyecto se hace el siguiente comentario: "El artículo 1373 autoriza al juez a reducir la indemnización cuando la víctima, por negligencia, permitió que el daño se agravara sin reaccionar o, simplemente, porque la víctima no hizo nada por reducirlo habiéndose encontrado en condiciones de hacerlo. El reconocimiento de esta posibilidad de moderación responde a la preocupación que existe de responsabilizar a las víctimas."⁴³

Sin embargo, teniendo en cuenta la complejidad de esta clase de daño, el artículo 1373 hace una excepción restringiendo el poder del juez de reducir el monto de la indemnización en el caso en que la víctima rechace tratamientos médicos cuando estos son peligrosos o conllevan un riesgo para su integridad física. Criterios que deberán ser analizados de forma subjetiva en cada caso concreto.

En otras palabras, bajo circunstancias calificadas por la ley, la víctima es exonerada de la obligación de moderar el daño que le ha sido causado. Esta distinción corresponde a una distinción que hacía la jurisprudencia francesa años atrás propuesta por la doctrina de los hermanos Mazeaud.

Retomando, el rechazo de cuidados o tratamientos médicos por parte de la víctima, no puede por sí solo motivar la disminución de una indemnización de perjuicios de un daño corporal⁴⁴. Desde 1935, la Corte de casación francesa admitía que todo rechazo de la víctima a someterse a tratamientos para curarse era considerado como "culpa" y generaba como efecto la disminución de la indemnización en proporción con el daño que hubiera podido ser evitado.

Fueron los Hermanos MAZEAUD⁴⁵ quienes sostuvieron que el rechazo de la víctima a tratamientos o cuidados para recuperarse del daño corporal que le fue

⁴³ Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Pierre Catalá. La Documentation Française, p. 168.

⁴⁴ Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. PIERRE CATALÁ, Ministère de la Justice, ed. La Documentation Française, Paris 2006, p.165. Hablando sobre " la favorabilidad del proyecto de ley en cuanto a las víctimas de daño corporales y concretamente del art 1373 , Viney comenta : [esta favorabilidad ...] inspira también el artículo 1373 que le impide al juez reducir la indemnización en razón del rechazo de tratamientos o cuidados médicos, incluso cuando estos hubiesen sido aptos para limitar las consecuencias del daño. También el artículo 1382-1 que prohíbe la estipulación contractual de restricciones a la indemnización del daño corporal. " Elle inspire encore l'article 1373 qui refuse au juge le pouvoir de réduire l'indemnisation en raison d'un refus de soins , même lorsque ceux-ci auraient été de nature à limiter les conséquences du dommage et l'article 1382-1 qui interdit de stipuler par convention toute restriction de l'indemnisation du dommage corporel " .

⁴⁵ HENRI, LÉON ET JEAN MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome II, 1474-2 : " Refus de subir une opération ou de suivre un traitement. La question de savoir s'il y a faute de la victime est particulièrement délicate quand il s'agit du refus de subir une opération ou de suivre un traitement. Voici une personne blessée dans un accident ; elle ne peut plus se servir de sa main. Mais l'auteur du dommage affirme – et il apporte dans ce sens des attestations médicales autorisées – que si la victime consent à subir une opération ou à suivre un traitement approprié, elle retrouvera l'usage de sa main et, par suite, ne subirá plus aucun préjudice. Il va de soi que le tribunal

causado puede constituir "culpa" cuando se trata de tratamientos que no son dolorosos ni riesgosos, situación que el juez debería evaluar para así determinar si el rechazo resultaba injustificado y en consecuencia disminuir el monto de la indemnización o incluso suprimirla. En ese caso era la víctima quien debía asumir la consecuencia de su actitud frente al daño.

Se trataba entonces de establecer si la víctima por su propia causa se privó de una oportunidad de sobrevivir o de curarse, al no aceptar los cuidados que necesitaba; la Corte presumía entonces una "culpa" de la víctima cuando este rechazo era también causa de la agravación del daño.

Esta posición fue abandonada posteriormente por la jurisprudencia cuando suprimió totalmente la obligación de la víctima de responsabilizarse del daño que le es causado, la cual se mantiene actualmente. Ha sido la protección de la persona en su integridad física, más exactamente cuando el principio fundamental de la libertad y el de la autonomía exaltados por la ley, modificaron la posición del juez, quien estando llamado a respetarlos, debía aceptar el hecho de que la víctima en ejercicio de su autonomía rechazara someterse a tratamientos que procuraban su curación.

De esta forma, se dejó a la víctima negligente en posición de recibir indemnización por todo el daño que sufriera, incluso tratándose de un perjuicio o incremento del daño que tuviera origen en su negligencia.

Fueron dos las decisiones que marcaron este cambio de posición jurisprudencial, las circunstancias de uno de los casos que dio lugar a la adopción de esta posición fueron las siguientes:

Caso 1: En 1988 una señora es víctima de un accidente de tránsito, como consecuencia del accidente la víctima quedó en estado de incapacidad parcial permanente. Con el fin de reducir su incapacidad, el neurólogo en 1995 y el psico-neurólogo en 1998 la invitaron a realizar una re-educación de ortofonía y

ne peut pas faire opérer ou soigner le blessé contre son gré. Mais ne peut-il pas voir dans le refus opposé par la victime une faute et se fonder sur cette faute pour diminuer ou même supprimer la réparation ? Certes il y aurait faute à refuser toute espèce de soins. Le blessé que refuserait que l'on touche à sa blessure n'aurait évidemment à s'en prendre qu'à lui-même des suites de son attitude. La question n'est vraiment délicate que si, s'agissant d'une blessure consolidée, on peut faire disparaître l'incapacité consécutive à la blessure par une opération ou par un traitement approprié. La victime ne peut-elle pas exiger qu'on la laisse tranquille et refuser qu'on la fasse souffrir à nouveau pour éviter d'avoir à lui verser de dommages et intérêts ? Il semble qu'il y ait là une question de mesure et qu'il faille se fonder sur le caractère dangereux ou douloureux du traitement ou de l'opération. On peut admettre qu'en principe la victime est en droit de se refuser à toute intervention qui lui fait courir un risque et que ce risque existe dans toute opération comportant l'anesthésie. Elle peut également s'opposer à toute opération ou traitement que son caractère douloureux ferait appréhender à un individu normal. On ne saurait lui reprocher non plus de ne pas avoir fait l'avance des frais d'un traitement long et coûteux, surtout si elle est de situation modeste ; c'était au responsable de lui proposer de faire cette avance. En dehors de ces situations, son refus constitue une faute ou, en tout cas, rompt le lien entre la faute ou la cause initiale du dommage et la continuation de celui-ci."

sicológica, lo cual ella no hizo. El responsable acusó a la víctima como culpable del incremento del daño que padece, aduciendo que el rechazo de los tratamientos propuestos por los médicos es culposo. El juez de segunda instancia aceptó los argumentos y dedujo de este rechazo una "culpa" que consideró la causa de la agravación del daño. Como consecuencia dejó a cargo de la víctima la agravación del daño.

Para casar esta decisión, la Corte defendió el principio según el cual "la víctima no tiene la obligación de someterse a los tratamientos sugeridos por sus médicos" y luego de haber citado el artículo 1382 del código civil francés concluyó: "Teniendo en cuenta que el responsable de un accidente debe reparar todas las consecuencias nefastas del mismo, la víctima no tiene el deber o la obligación de limitar su propio perjuicio en interés del responsable".

Caso 2: Accidente de circulación, de una mujer y su hija, la mujer resulta gravemente herida, perdiendo su capacidad laboral. Dentro de la demanda de responsabilidad civil solicita la reparación del daño: en lo concerniente a la madre, solicita la indemnización del daño emergente y el lucro cesante que corresponde a los ingresos derivados de la actividad que ejercía en su establecimiento de comercio, el cual no explotó durante cinco (5) años. A propósito de su hija, la solicitud de indemnización comprendía el daño derivado de la pérdida de una oportunidad de retomar el negocio de su madre.

La Corte de apelación rechazó las solicitudes argumentado que la víctima había tenido la posibilidad de hacer que un tercero se encargara de la explotación de su establecimiento comercial, por lo tanto, si el establecimiento dejó de rendir "frutos" este hecho no resultaba imputable al responsable del accidente, sino a la víctima que fue quien decidió no continuar con la explotación del mismo⁴⁶.

La negación que hace la Corte de apelación impone de forma indirecta a la víctima una obligación de resultado de moderar su propio daño, pues según esta: "es en efecto, por no haber asegurado, por cualquier medio, la continua explotación del establecimiento de comercio que la reparación le es negada."

Posteriormente, la Corte de casación casó la decisión y concluye que el responsable del accidente es efectivamente responsable del daño material (lucro cesante) derivado de la inactividad del establecimiento de comercio. Retomando las constataciones de los jueces que demostraban que la incapacidad total a la que estuvo sometida la víctima por unos meses, la cual tuvo como efecto una incapacidad parcial que le impedía retomar su actividad, la Corte dedujo la existencia de un nexo de causalidad "directo" entre el accidente y la pérdida del establecimiento de comercio.

⁴⁶ Resaltamos que es con base en la teoría de la causalidad que la Corte de apelación negó el nexo de causalidad entre el daño causado y la pérdida de la actividad del establecimiento de comercio.

En cuanto al daño de la hija, materializado en la pérdida de una oportunidad, según el juez de casación, éste resulta también como consecuencia directa del accidente.

La conclusión de la Corte fue en los siguientes términos: "Ninguna obligación de moderar el daño pesa sobre la víctima de un daño corporal cualquiera que sea la naturaleza o la gravedad de los cuidados o tratamientos que esta hubiere podido aplicar"⁴⁷.

Es así como, mediante estas decisiones, la jurisprudencia francesa abandona la posición sostenida por los hermanos Mazeaud, antes mencionada, que establecía la diferencia entre los tratamientos médicos para poder determinar en qué casos el rechazo podía constituir una falta de la víctima y va más allá basándose en el simple hecho de una "inexistencia" de obligación a cargo de la víctima de moderar el daño.

En conclusión, el juez tiene la posibilidad de hacer una negación absoluta de esta obligación, lo que obedece a una protección tal vez "exagerada" de la situación de la víctima, o bien, puede que en casos en los que el tratamiento resulta simple, no implica riesgos y puede ser calificado como no doloroso, sea viable considerar que ni la libertad individual, ni el principio de inviolabilidad del cuerpo humano, puedan legitimar la obstinación de la víctima en rechazar esta clase de tratamientos.

No obstante lo anterior, existen casos en los que la víctima adopta una posición que puede ser nociva para ella misma y para otros. La víctima no debe abusar de sus derechos, el abuso se materializa cuando en el ejercicio de los mismos se amenaza el derecho de otro. Es decir, cuando la víctima deja que el daño se agrave, traslada una carga sobre el interés público o sobre aquél del responsable, mayor a la carga que él debería soportar. Todo depende de las circunstancias. Ciertamente, la víctima conservará siempre su derecho a rechazar un tratamiento pero en ciertos casos deberá entonces asumir la consecuencia de su comportamiento y soportar ella sola los gastos que la agravación causada por este rechazo implica.

2. *Jurisprudencia colombiana*

En Colombia, la Corte Suprema, en nuestro conocimiento, no hace aplicación de esta obligación.

De otro lado, el Consejo de Estado, hace una aplicación de esta obligación de forma cercana a la jurisprudencia civil italiana en la medida en la que hace aplicación del artículo 2357 del código civil que establece la "concausa" del daño, es decir, la víctima que hace parte en el origen en la causación del daño y no exactamente en la agravación del mismo.

⁴⁷ Decisión proferida por la Chambre Civile. II, 19 de junio 2003.

Además de lo anterior, y aún más interesante, encontramos que en el derecho colombiano los magistrados de la institución mencionada, hacen una aplicación de la teoría de la causalidad, lo que indica que seguramente llegado el momento de la discusión, la causalidad estaría llamada a servir de fundamento, lo que conllevaría a una reducción de la indemnización, si el juez encuentra que la víctima mediante una negligencia permitió la extensión del daño.

Vale la pena citar la posición de la jurisprudencia colombiana: "(...) la reducción del daño resarcible con fundamento en el concurso del hecho de la víctima responde a una razón de ser específica, es decir, que la víctima haya contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte de perjuicio no deviene antijurídico y por ende no tiene la virtud de poder ser reconducido al patrimonio de quien se califica de responsable. Debido a lo anterior, cuando hay derecho a la disminución ésta ha de analizarse en función de la relación de causalidad, que es el ámbito propio en donde tiene operatividad dicho elemento co - causal y no en el denominado plano de la compensación de culpas"⁴⁸.

Existen varias decisiones en este sentido⁴⁹, lo cual muestra que si bien el derecho colombiano no ha adoptado esta obligación aún, la protección a la víctima es todavía muy marcada, o, probablemente, la discusión no ha tenido ocasión.

CONCLUSIÓN

La obligación de moderar el daño es el resultado de la aplicación de la teoría de la causalidad que permite una reparación objetiva del daño. Es una figura que evita que la víctima negligente obtenga un beneficio por su conducta y que el responsable soporte una carga que no está llamado a asumir.

La víctima no puede impunemente quedarse pasiva y permitir el surgimiento de nuevos perjuicios ligados al daño o la agravación del mismo en detrimento de ella misma y de la situación del responsable.

La víctima debería poder ser sancionada en caso de que el juez establezca que ha sido negligente, dejando siempre espacio para evaluar las circunstancias particulares que han rodeado su conducta y así poder determinar una reparación integral del daño, sin olvidar que el autor del daño es en primer lugar, el llamado a responder por la indemnización.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera; Radicación número: 17001-23-31-000-1994-04678-01(14678).

⁴⁹ Sentencias: de 9 de marzo de 2000, exp. 12.489; de 10 de agosto de 2000, exp. 11.648,; de 14 de septiembre de 2000, exp. 12.176,; de 26 de abril de 2001, exp. 12.917,; de 22 de junio de 2001, exp. 13.256; de 27 de noviembre de 2002, exp. 14.142; de 27 de noviembre de 2002, exp. 13.879; de 11 de diciembre de 2002, exp. 14.128; del 13 de septiembre de 1999, exp. 14859.