

Duty of mitigation, buena fe y
relación de causalidad en la
determinación de los daños
contractuales indemnizables

Isabel Zurita Martín

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Abstract*

El objeto de este artículo es reflexionar sobre el tratamiento que recibe el deber de mitigación en el ordenamiento jurídico español, a fin de determinar la oportunidad de incorporarlo expresamente a nuestro Código Civil. Para ello se parte de un análisis de esta figura en el ordenamiento inglés, por ser en el common law donde más se ha desarrollado esta figura, y posteriormente se aborda el tratamiento legal y jurisprudencial en España de los criterios de determinación de la indemnización de daños y perjuicios. Los tribunales españoles aplican las reglas de determinación de los daños y perjuicios recogidas en el Código Civil interpretadas a la luz de principios básicos de nuestro derecho contractual, como son la buena fe y la relación de causalidad, asumiendo que el deber del acreedor de mitigar los daños derivados del incumplimiento contractual no es sino una concreción de tales reglas.

The aim of this paper is to reflect on the treatment given to the duty of mitigation in the Spanish legal system, in order to determine the opportunity to expressly include it in our Civil Code. To do so, we start from an analysis of this figure in the English system, as it is in the common law where this figure has been most developed, and later we deal with the legal and judicial treatment of the rules to assess the damages in Spain. Spanish courts apply the rules for determining damages contained in the Civil Code interpreted in the light of basic principles of our contract law, such as good faith and causation, assuming that the duty of the creditor to mitigate damages resulting from breach of contract is but a concretion of such rules.

Title: Duty of mitigation, good faith and causation in the assessment of contractual damages.

Keywords: damages, duty of mitigation, good faith, causation.

Palabras clave: daños y perjuicios, deber de mitigación, buena fe, relación de causalidad.

* Este artículo es fruto de una estancia de investigación en el *Institute of European and Comparative Law*, Universidad de Oxford, realizada en el marco del Proyecto de Investigación "El instrumento opcional de Derecho contractual europeo (IODCE)", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER2012-37898-C0201.

Sumario

1. Introducción
2. Duty of mitigation
 - 2.1. Concepto y reglas básicas del deber de mitigación
 - 2.2. Aplicación práctica de las reglas del *duty of mitigation*
 - 2.3. El deber de mitigación en textos internacionales
3. La determinación de la indemnización de daños y perjuicios en relación a la conducta del acreedor en el ordenamiento jurídico español
 - 3.1. Los principios básicos del Código Civil
 - 3.2. El tratamiento jurisprudencial del deber de mitigar
 - 3.3. La regulación específica del deber de salvamento del artículo 17 de la Ley de contrato de seguro
4. Reflexión final
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Introducción

El ordenamiento jurídico español no contempla expresamente, como norma general, el deber que corresponde al acreedor de mitigar los daños sufridos por el incumplimiento del deudor, denominado en el Derecho anglosajón *duty of mitigation*. Ciertamente, tal regla no aparece de forma expeditiva entre el articulado del Código Civil, aunque sí la recoge la Ley de Contrato de Seguro cuando en su artículo 17 regula el deber de salvamento.

El hecho de que el Código Civil español no reconozca esta figura no significa, no obstante, que no tenga cuenta, de alguna forma, la actuación del acreedor en aras de aminorar los daños sufridos por el incumplimiento del contrato. Y es que, como en otros ámbitos de nuestro Derecho contractual, la solución adecuada para cada supuesto litigioso ha de venir de la mano de la concreción de principios generales, que han de ser aplicados atemperándolos a las circunstancias de cada caso. Entre estos principios, cobra una especial relevancia en materia de determinación de daños y perjuicios, como no podía ser de otra forma, la exigencia general de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) y, más concretamente, la buena fe negocial (art. 1258 CC); además, junto a la buena fe que ha de exigirse a las partes, debe atenderse a la doctrina de la causalidad como elemento imprescindible para la apreciación de los daños resarcibles.

En los últimos años puede observarse, especialmente desde distintos ámbitos doctrinales y, en menor medida, jurisprudenciales, la llamada a instituciones ajenas a nuestra tradición jurídica para resolver conflictos que pueden ser solventados aplicando principios básicos de nuestro ordenamiento; principios que han venido siendo interpretados por nuestros tribunales en función de las circunstancias concurrentes, y que en muchas ocasiones conducen al aplicador del Derecho a los mismos resultados que el uso de instrumentos extraños a nuestro Derecho positivo. A ello ha contribuido sin duda la proliferación de textos internacionales de armonización del Derecho de los contratos, tanto de carácter legal como simplemente académico. Particularmente, en materia de indemnización de daños y perjuicios estos textos recogen de manera generalizada el deber de mitigación, lo que ha coadyuvado, en cierta medida, a que algunos sectores de la doctrina hayan reclamado su incorporación al ordenamiento jurídico español.

En las páginas que siguen se analizarán los rasgos distintivos del *duty of mitigation* proveniente del *common law*, por ser en este sistema donde se ha desarrollado con más detenimiento esta doctrina, con la intención de ponerlo en relación con los mecanismos de determinación del daño resarcible con los que cuenta nuestro ordenamiento y su aplicación por nuestros tribunales, en aras de reflexionar sobre la conveniencia de refrendar legalmente esta figura de forma expresa en nuestro Derecho.

2. *Duty of mitigation*

2.1. Concepto y reglas básicas del deber de mitigación

Aunque el origen del deber del acreedor de aminorar los daños sufridos por el incumplimiento del

deudor no encuentra sus raíces en el Derecho anglosajón¹, sí puede decirse que es en el ámbito del *common law* donde se ha desarrollado conceptual y prácticamente este criterio de determinación del daño contractual, al que se conoce como *duty of mitigation* o *avoidable consequences rule*. Dicho mayor desarrollo obedece a la preponderancia de que gozan los *damages* en relación a otros remedios de que dispone el acreedor para el caso de incumplimiento en el Derecho inglés², frente a la primacía de la pretensión de cumplimiento propia de los sistemas de *civil law*.

En realidad, como comúnmente se observa, el deber de mitigación no existe como tal deber, en tanto no se trata de una obligación propiamente dicha –por virtud de la cual el deudor podría reclamar al acreedor una determinada actuación para aminorar los daños–, sino de una carga que pesa sobre el perjudicado por el incumplimiento; en caso de que este dejara de cumplir con ella, no incurriría en responsabilidad frente al deudor, otorgándosele solo el derecho a una reducción de la cantidad resarcible³. A pesar de todo, se asume que esta es la forma más común y oportuna de referirse a esta figura⁴, y que la ley la reconoce implícitamente como un deber, al menos en un sentido limitado, teniendo en cuenta que una falta de actuación del acreedor podría romper la relación de causalidad entre incumplimiento y daños; esta expresión resulta, además, la manera más conveniente de identificar la importancia de dicha omisión, declarándose que en tales casos existía algún tipo de deber de actuación⁵.

Como dicho deber lo formuló en 1912 Viscount Haldane L.C., en el que puede considerarse el

¹ Como resume Ana SOLER PRESAS, el reconocimiento de la figura tuvo lugar por primera vez en la obra de los pandectistas alemanes, aunque fue Pothier quien más contribuyó a la difusión del criterio, utilizándolo como fundamento de la regla de delimitación del resarcimiento sentada en el número 167 de su *Traité des Obligations*. La exposición del criterio, sin embargo, indujo a la confusión de dos figuras afines en cuanto a los resultados prácticos de su aplicación, pero conceptualmente completamente distintas, como son el deber del acreedor de mitigar las pérdidas y su concurrencia en la producción del daño, (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, pág. 63.

² Como especifica John CARTWRIGHT, reproduciendo a Lord Diplock, “*damages are the normal and automatic remedy for breach of contract in English Law. Specific performance is an exception. And termination of the contract is also an exception –although we shall see that it is much more common than specific performance, and is in fact a very useful remedy for the innocent party*”, (2013), *Contract Law. An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford and Portland, Oregon, p. 265.

³ Así, entre otros, Adam KRAMER (2014), *The Law of Contract Damages*, Oxford and Portland, Oregon, p. 348; Harvey MCGREGOR/Martin SPENCER/Julian PICTON (2014), *McGregor on damages*, Sweet & Maxwell, London, p. 255; David OUGHTON/Martin DAVIS (2000), *Contract Law*, Cavendish Publishing Limited, London-Sidney, p. 591; Janet O’SULLIVAN/Jonathan HILLIARD (2014), *The Law of Contract*, Oxford University Press, p. 411; Roger HALSON (2013), *Contract Law*, Pearson, p. 502; Michael FURMSTON *et al.* (2010), *The Law of Contract*, Lexis Nexis, p. 1817; Elizabeth MACDONALD/Ruth ATKINS (2014), *Law of Contract*, Oxford University Press, p. 521. Para SOLER PRESAS, “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, *Indret*, 2009, p. 10 (http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf), “estamos ante una mera carga –*Obliegenheit*– que pesa sobre quien pretenda el resarcimiento de un daño precluyendo el mismo en la medida en que las pérdidas sufridas pudieran haber sido minoradas. Pero leído en sentido inverso el citado deber ofrece más matices: limita la indemnización al importe de las pérdidas no susceptibles de haber sido razonablemente evitadas y al coste de las medidas mitigadoras de aquellas otras que sí fueron evitadas o debieron serlo”.

⁴ MCGREGOR/SPENCER/PICTON (2014), p. 255. FURMSTON *et al.* (2010) lo expresa categóricamente así: “*However, as long as this is borne in mind, the use of the time-honoured phrase ‘the duty of mitigate’ is unobjectionable*”, p. 1817.

⁵ En este sentido, KRAMER (2014), p. 348.

enunciado clásico de la figura⁶, en el caso *British Westinghouse Co v Underground Ry*: “The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a claimant the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps”⁷. No obstante, la idea de que la víctima del incumplimiento debe llevar a cabo actuaciones para minimizar el daño causado por este se remonta aún más en el tiempo, situándola algún sector de la doctrina en mediados del siglo XIX como extensión del *law of causation*. Para este sector doctrinal, sin embargo, aunque *causation* y *mitigation* operan a menudo en tándem, no son por completo la misma cosa. Así, una acción u omisión del demandante puede llevar, al menos en la práctica, a un incumplimiento irrazonable del deber de mitigar, aunque generalmente no sería una causa primordial de la ley de la causalidad; por el contrario, mientras una actuación razonable llevada a cabo por el demandante en respuesta al incumplimiento del contrato no puede significar normalmente un incumplimiento de la mitigación, en ocasiones puede ser suficiente para negar cualquier nexo causal entre la pérdida resultante y el incumplimiento por el demandado⁸.

La asunción de la denominación *duty of mitigation*, en cualquier caso, no impide, como también pone de manifiesto la doctrina, que este principio pueda situarse sin ambages en el ámbito de la relación de causalidad, reconociéndose que no existe en realidad un principio independiente de mitigación, sino que este es meramente el nombre que se le da al *principle of legal causation* cuando se aplica a las acciones u omisiones del acreedor en respuesta al incumplimiento contractual⁹. Pero, a pesar de considerarse parte de la doctrina de la causalidad, resulta útil tratar el principio de mitigación de forma separada, en tanto existen específicas consideraciones relativas a acciones u omisiones del demandante que no operan para otras acciones u omisiones sobrevenidas, y debido a la inusual relevancia en el ámbito de la mitigación de la omisión como forma de romper el nexo causal¹⁰.

En esta línea, puede decirse que, fuera del ámbito de la mitigación, la mayoría de los casos en los que actúa el principio de causalidad se deriva de la responsabilidad por daños, no de la responsabilidad contractual¹¹. Con todo, se ha entendido doctrinalmente que el *principle of mitigation* resulta de

⁶ Robert DUXBURY (2011), *Contract Law*, Sweet & Maxwell, London, p. 417.

⁷ *British Westinghouse Co v Underground Ry* [1912] A.C. 673 at 689.

⁸ Neil ANDREWS/Malcom CLARKE/Andrew TETTENBORN/Graham VIRGO (2011), *Contractual duties: performance, breach, termination and remedies*, Sweet & Maxwell, London, p. 477.

⁹ Para KRAMER (2014), p. 340 y 347, con el concepto de mitigación el principio de causalidad en el ámbito del contrato tiene su propia etiqueta. Para MACDONALD/ATKINS (2014), p. 525, la regla de la mitigación tiene una conexión obvia con el principio de causalidad, sin embargo, “in not including in the injured party’s damages a loss that he or she would have not incurred had he or she acted reasonably, the mitigation rule can be seen as a means of preventing resources from being wasted”.

¹⁰ KRAMER (2014), p. 340. Para Harvey MCGREGOR QC (2008), “The role of mitigation in the assessment of damages”, en *Contract damages. Domestic and international perspectives*, ed. by Djakhongir SAIDOV and Ralph CUNNINGTON, Oxford and Portland, Oregon, p. 331, aunque no cabe duda que la cuestión puede tratarse en términos de causalidad, esta opción no aporta mucho, por cuanto el punto álgido en cada caso es si el acreedor ha actuado o no de forma razonable. Añadir el principio de causalidad a esta mezcla no ayuda a responder a este interrogante; de hecho, existe el peligro aquí de usar la relación de causalidad como un disfraz del verdadero fundamento de una decisión. “Significantly –concluye el citado autor– the many cases on avoidable loss rule are not loaded with references to causation”.

¹¹ KRAMER (2014), p. 339.

aplicación generalizada a cualquier forma de *common law wrongdoing*, en el sentido de que las mismas reglas que se aplican al caso de incumplimiento contractual son extrapolables de igual forma al ámbito de la responsabilidad extracontractual para limitar la indemnización derivada de responsabilidad por daños. De esta manera, aunque el citado principio se invoca comúnmente por los tribunales en apoyo de la limitación de los daños compensatorios, el concepto de *mitigation* permanece en cierta medida oscuro, existiendo por lo demás una sorprendente falta de análisis crítico relativo tanto a su fundamento teórico como a su significado exacto¹².

En cualquier caso, en el ámbito contractual es unánimemente aceptado¹³ que con el término *mitigation* se pretende hacer referencia a un principio o doctrina general que se descompone generalizadamente en tres reglas básicas:

- a) La primera y más importante –denominada *the avoidable loss rule*–, sostiene que el demandante no puede recuperar la pérdida que podía haber evitado mediante una actuación razonable. El demandante debe, pues, llevar a cabo todos los actos razonablemente necesarios para mitigar el daño.
- b) La segunda –a menudo llamada *the reasonable expenses rule*–, proclama que el demandante puede reclamar las pérdidas en que hubiese incurrido al llevar a cabo intentos razonables de minimizar el daño, aunque no fueran exitosos¹⁴. El daño resultante puede incluso haber sido mayor que si el demandante no hubiese intentado razonablemente mitigarlo.
- c) Y la tercera –típicamente descrita como *avoided loss rule*–, determina que el demandante no puede reclamar la pérdida de hecho evitada mediante la actuación después del incumplimiento, incluso si dicha conducta fue más allá de lo que requería la *avoidable loss rule*, a menos que el beneficio obtenido por el demandante fuera “colateral”, esto es, indirecto o independiente de los actos propiamente mitigadores del deudor¹⁵. El demandante, en definitiva, no puede reclamar las pérdidas que efectivamente hayan sido evitadas¹⁶.

La aplicación del principio de mitigación hace surgir, pues, un deber de actuación por parte del perjudicado por el incumplimiento, que le exige llevar a cabo cuantas acciones sean necesarias para minimizar el daño. Desde esta premisa, la doctrina reflexiona sobre el fundamento de una regla que parece pensada para la protección del incumplidor; el derecho contractual acoge, se concluye, principios que no solo protegen al demandante, en tanto el deber de mitigación reduce su ámbito de

¹² En este sentido, David WINTERTON (2015), *Money awards in Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon, p. 248. Pone como ejemplo entonces este autor el famoso tratado de Harvey McGregor, cuando declara que “*the expression ‘mitigation of damage’ is an umbrella term applied... to a number of matters, some of which are related and some of which are completely unconnected*”.

¹³ Entre otros, Elizabeth MACDONALD/Ruth ATKINS, (2014), p. 521; O’SULLIVAN/HILLIARD (2014), p. 411; WINTERTON (2015), 248-249; MCGREGOR/SPENCER/PICTON (2014), pp. 250-251.

¹⁴ O’SULLIVAN/HILLIARD (2014), p. 411.

¹⁵ La principal dificultad estriba, como observa WINTERTON (2015), 248-249, en precisar cuándo el beneficio es colateral, existiendo a este respecto discordancias entre los tribunales.

¹⁶ MCGREGOR/SPENCER/PICTON (2014), pp. 250-251.

protección, lo que lleva a los autores a plantearse qué otros principios se encuentran en juego aquí¹⁷. Aunque la respuesta a este interrogante no resulta exenta de dificultad, parte de la doctrina concurre en el llamamiento al principio de buena fe. La mitigación se predica sobre la base del beneficio de la parte incumplidora sin producir daño a la propia víctima. Este requerimiento que considera el interés o beneficio de la contraparte no es otra cosa que una aplicación del concepto de buena fe¹⁸.

Por otra parte, la regla de la mitigación ha sido vista como un incentivo para incumplir el contrato, en tanto incumplir puede resultar económicamente eficiente si se gana más incumpléndolo que cumpliéndolo en sus justos términos¹⁹. Ello debe relacionarse, como explica la doctrina, con el concepto de *efficient breach*, aquella resolución contractual que permite tanto minimizar las pérdidas como maximizar las ganancias; la mitigación es básica en esta ecuación, dado que si el acreedor no coopera con el deudor mitigando los daños producidos por el incumplimiento, la resolución eficiente no sería posible en la mayoría de las circunstancias²⁰.

En otro orden de cosas, el deber de mitigación se encuentra estrechamente relacionado con el principio de concurrencia de culpas o negligencia coadyuvante (*contributory negligence*), aunque no sean una misma cosa. En el caso de la culpa concurrente el acreedor contribuye en su origen a la producción de los daños - coadyuvando al incumplimiento o a elevar el efecto de las pérdidas- junto con el causante de los mismos, mientras que en el ámbito de la mitigación, la actuación del acreedor resulta relevante con posterioridad, una vez acaecidos los daños provocados por culpa exclusiva del deudor. En el derecho contractual inglés ambos conceptos se han desarrollado de forma por completo separada y requieren tratamiento diferenciado. Sostiene la doctrina que el principio de la culpa concurrente, que se aplica comúnmente en el derecho de daños, lo hace raramente en el ámbito del incumplimiento contractual, en el que la responsabilidad es estricta y no depende de la culpa. Así, un vendedor de productos defectuosos será considerado plenamente responsable por los daños causados en parte por el uso negligente de los compradores, salvo que sea culpa exclusiva de estos²¹. No obstante, las resoluciones judiciales han sido contradictorias, especialmente hasta la *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*, que se entiende aplicable en los casos en que, paralelamente, surge responsabilidad contractual y extracontractual²². No han faltado voces que consideran necesaria una

¹⁷ En este sentido, O'SULLIVAN/HILLIARD (2014), p. 413.

¹⁸ O'SULLIVAN/HILLIARD (2014), p. 413.

¹⁹ Así, como exponen MACDONALD/ATKINS, (2014), p. 525, citando a POSNER, *Economic analysis of Law*, 2nd edn pp.89-90: "In some cases a party would be tempted to breach the contract simply because his profit for breach would exceed his expected profit from completion of the contract, and if damages are limited to loss of expected profit, there will be an incentive to commit a breach. There should be. The opportunity cost of completion to the breaching party is the profit he would make for the breach, and if it is greater than his profit for completion, then completion will involve a loss to him. If that loss is greater than the gain to the other party from completion, breach would be value maximising and should be encouraged".

²⁰ HARRIS/CAMPBELL/HALSON, (2002), p. 109.

²¹ Michael H. WHINCUP (2006), *Contract Law and Practice*, Kluwer Law International, Netherlands, p. 365.

²² ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/VIRGO (2011), pp. 490-492, explican que desde el caso *Forsikringsaktielskapet Vesta v Butcher* [1989] AC 852, resulta claro, al menos en Inglaterra, que mientras que habrá reducción de la responsabilidad en caso de negligencia profesional y casos similares, en los que no hay duda de que la responsabilidad contractual y extracontractual surgen en paralelo, la mayoría de los casos de responsabilidad

armonización en el tratamiento de esta cuestión, considerando ilógica la separación entre *contributory negligence* y *duty of mitigation*, en tanto ambos conceptos se refieren a la contribución del acreedor en la producción de los daños debido a su comportamiento irrazonable²³.

Finalmente, debe precisarse que el deber de mitigación solo surge una vez producido el incumplimiento del contrato, no con anterioridad al mismo (*anticipatory breach*). Se entiende que el deber de mitigar aparece como respuesta al incumplimiento del deudor, de lo que se deriva que el acreedor no se encuentra bajo tal deber hasta tanto aquel haya incurrido en un incumplimiento efectivo, esto es, a menos que el *anticipatory breach* sea *repudiatory and accepted*²⁴; dicho en otros términos, no existe un *anticipatory duty to mitigate*²⁵. No obstante, como puntualiza algún autor, el deber de mitigar puede nacer en el momento en que el daño resulte razonablemente previsible como resultado del incumplimiento de un deber y, por tanto, podría surgir antes del *relevant breach*²⁶.

2.2. Aplicación práctica de las reglas del *duty of mitigation*

En algunas resoluciones judiciales (*case law*) se ha señalado que la mitigación debe ser contemplada

contractual se encuentran excluidos, con la consecuencia de que el acreedor es resarcido de la totalidad de los daños sufridos incluso cuando es en parte o, incluso, en gran medida responsable de los mismos.

²³ El sentido ilógico de esta separación lo ilustra Sirko HARDER (2010), *Measuring of damage in the law of obligation. The search of harmonized principles*, Oxford and Portland, Oregon, pp. 161-162, con el caso *Schering Agrochemicals Ltd v Resibel NV SA* (4 June 1991, *unreported*), en el que una empresa que embotellaba productos químicos inflamables no realizó una investigación sobre una fallo en un dispositivo de seguridad cuando un empleado lo descubrió, produciéndose con posterioridad un incendio que podría haber sido evitado si se hubieran tomado medidas. El juez, al entender que se trataba de un caso de estricto incumplimiento, aplicando la doctrina ya emitida por él mismo en el caso *Vesta* entendió que no era aplicable la teoría de la culpa concurrente ni la doctrina de la causalidad, pero sí el deber de mitigar el daño que previsiblemente se podría producir. Por ello limitó la indemnización a los daños que no se podrían haber evitado incluso si el incidente anterior se hubiese investigado y no se hubiese producido el incendio; el resarcimiento se redujo al coste de la investigación y a la falta de producción por los días de paro en la fábrica.

²⁴ KRAMER (2014), p. 349. Como explica WHINCUP (2006), p. 364, el *anticipatory breach* se produce cuando de las palabras o escritos del deudor antes del vencimiento de su obligación se deriva que no puede o no va a cumplir el contrato; lo que no significa que el contrato se extinga automáticamente ni se libere a las partes de sus obligaciones. Puede suceder que el acreedor no admita la negativa o voluntad rebelde del deudor al cumplimiento del contrato (*repudiation*) y, a pesar de ella, lleve a cabo la prestación. En estos casos, el *common law* sostiene que el acreedor tendrá derecho a reclamar el completo pago de la misma, sin que surja la obligación de mitigar los daños. Esta regla aparece claramente reflejada en el caso *White & Carter v McGregor* [1962] AC 413 (HL), en el que una empresa de publicidad, a pesar de que el cliente cancela por escrito el contrato el mismo día de su celebración, lleva a cabo la prestación, desplegando la publicidad durante los tres años acordados inicialmente. La empresa demanda la totalidad del pago de la prestación, a lo que accede *The House of Lords*, declarando el derecho del demandante a hacerlo, porque no estaba obligado a aceptar la *repudiation*, a pesar de que la prestación resultaba inservible y que podría haberse aplicado el principio de la mitigación. MCGREGOR QC (2008), p. 334, ha criticado esta postura, entendiendo que el tecnicismo se impone sobre el sentido común; puntualiza, no obstante, que existen intentos para limitar la operatividad del caso, como requerir un interés legítimo en el cumplimiento o el malgasto económico, pero estos no han sido claramente aceptados. Véase también WHINCUP (2006), pp. 366-367. Observa a este respecto SOLER PRESAS (2009), p. 15, la peculiaridad del sistema británico, en tanto niega al acreedor la *specific performance* –salvo que los *damages* resulten inapropiados según la *equity*– y le permite optar entre aceptar la *repudiation* o no aceptarla, e insistir en el cumplimiento hasta la fecha prevista de vencimiento.

²⁵ En estos términos, ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/VIRGO (2011), p. 479.

²⁶ En este sentido, Stewart DUNN (1999), *The Law of Damages*, Newcastle p. 52.

como una cuestión de hecho, más que de derecho, de lo que deriva la importante consecuencia de que los tribunales de apelación raramente interfieren en la decisión judicial de instancia, lo que explica la escasa existencia de informes sobre resoluciones relativas a esta materia²⁷. En todo caso, debe atenderse a la casuística para delimitar la aplicación práctica del principio de mitigación, partiendo siempre de la interpretación de las reglas básicas en las que se descompone.

En primer lugar, de la aplicación de la *avoidable loss rule*, en relación a la conducta que se espera del acreedor, se derivan dos consecuencias paralelas. Por una parte, este no debe llevar a cabo, irrazonablemente, actos que supongan un incremento de los daños; y, por otra, el acreedor sí se encuentra compelido a realizar todas aquellas actuaciones razonables que puedan llevar a reducir las pérdidas²⁸. Los gastos en que incurra el acreedor para mitigar los daños le son reembolsables siempre que los actos realizados a tal fin hayan sido razonables²⁹; le serán indemnizables, incluso, si dichos actos no consiguieron disminuir los daños, en tanto el acreedor se atenga al requisito de la razonabilidad³⁰.

La esencia de esta cuestión se halla, pues, en el criterio de la razonabilidad, que habrá de ser aquilatado en cada caso concreto, resultando difícil extraer reglas generales³¹. En realidad, resultan excepcionales los supuestos en los que el acreedor se ve privado de indemnización por haber realizado actos irrazonables que han redundado en un incremento de los daños. Este sería el caso, por ejemplo, del acreedor que, como consecuencia del incumplimiento del contrato por el deudor, entabla una acción judicial frente a un tercero siendo patente que no cuenta con posibilidad alguna de éxito³².

Por lo que respecta a la reducción del daño, muchos de los casos en los que se dilucida si el acreedor ha actuado razonablemente para reducir las pérdidas están relacionados con su negativa a aceptar ofertas realizadas por la parte incumplidora. Así, en principio, una parte no podrá reclamar daños por pérdidas que podría haber evitado aceptando una oferta razonable realizada por el contratante incumplidor; pero aquel no tendrá derecho a reclamar los daños que podía haber evitado si él mismo

²⁷ Así lo han puesto de manifiesto Donald HARRIS/David CAMPBELL/Roger HALSON, (2002), *Remedies in contract and tort*, Butterworths, London, p. 109; HALSON (2013), p. 502, o FURMSTON *et al.* (2010), pp. 1817-1818, aunque este último precisa que recientemente la *Court of Appeal* ha rechazado tajantemente el argumento de que las decisiones tomadas lo fueran solo hechos y, por tanto, no revisables en apelación; por el contrario, se dice que la mitigación eleva *questions of evaluation and judgement*, de lo que deriva que no hay razón para entender que la *Court of Appeal* no debería intervenir, p. 1818. Aunque, como señalan MCGREGOR/SPENCER/PICTON (2014), p. 254, una vez que el juez de instancia ha decidido que ha habido o no ha habido un incumplimiento de la mitigación es difícil persuadir al tribunal de apelación de lo contrario.

²⁸ En este sentido, HALSON (2013), p. 504.

²⁹ Por ejemplo, señalan OUGHTON/DAVIS (2000), p.596, el interés que el demandante haya de pagar como resultado de haber tenido que pedir un préstamo para comprar un bien de reemplazo, será reembolsable en la medida en que la cantidad adicional no sea irrazonable.

³⁰ Como explica HALSON (2013), "Indeed, the courts have explicitly approved a statement that there may be recovery in respect of reasonable but unsuccessful attempts to mitigate loss. A purchaser of defective goods who acted reasonably to mitigate his losses by taking measures to offset the risks he had been exposed to ('hedging') as a result of the seller's breach recovered substantial damages when, in the absence of those measures, the buyer would have incurred no loss at all", p. 504.

³¹ Paul A. McDERMOTT (2001), *Contract Law*, Butterworths, Dublin, p. 1183.

³² Caso *Pow v Davis* (1861) 1 B & S 220, que citan FURMSTON *et al.* (2010), p. 1819.

hubiera realizado una oferta cuando era razonable que la hiciera. La dificultad estriba en determinar los límites de aplicación de este principio, existiendo resoluciones judiciales contradictorias. A pesar de ello, la doctrina entiende que es posible enunciar algunas reglas generales que se derivan del *case law*: a) no se aplicará el principio si ello conlleva que el acreedor tenga que renunciar por completo al remedio indemnizatorio al que tiene derecho³³; b) en el caso de los contratos de trabajo, se considera que el trabajador no incumple con el deber de mitigación si rechaza una oferta de trabajo de diferente capacitación; c) el acreedor deberá considerar o estudiar la oferta, no bastando con rechazarla de forma inmediata; d) la oferta de restitución y la de pago en metálico son evaluadas atendiendo a los mismos tests³⁴.

Para determinar el estándar de razonabilidad, el juzgador no debe ser extremadamente estricto o exigente con la conducta que se espera del acreedor; no puede esperarse de este que lleve a cabo actuaciones de las que se deriven riesgos o cargas indebidas. La doctrina puntualiza que, quizás, el punto más importante que debe recordarse en la práctica es que la parte inocente no debe ser privada del resarcimiento de los gastos de tales medidas simplemente porque la parte incumplidora haya sugerido otras que, de haberse tomado, habrían resultado menos gravosas para él³⁵. Es comúnmente aceptado que el demandante tan solo debe proceder en el curso normal de los negocios (*ordinary course*

³³ OUGHTON/DAVIS (2000), p.592. Sin embargo -puntualizan estos autores-, el acreedor no debe actuar irrazonablemente rechazando una oferta que, de haberse aceptado, hubiera mitigado sus pérdidas. Toman como ejemplo el caso *Payzu Ltd v Saunders* [1919] 2 KB 581, CA, p. 587, relativo a un contrato de venta de seda china a plazos, cuyo pago se haría en el plazo de un mes desde cada entrega. Ante la falta de pago del primer plazo, los vendedores insistieron en el pago en metálico a la entrega, incurriendo así en incumplimiento contractual; los compradores se negaron a continuar con el contrato y demandaron por la diferencia entre el precio de mercado y el de la fecha de aceptación de la repudiación, pues el precio de la seda china había experimentado un gran incremento. El tribunal determinó que los compradores deberían haber mitigado su daño aceptando la oferta de pago a la entrega de los vendedores. Para MCGREGOR QC (2008), p. 334, la decisión está justificada en cuanto el comprador era el único culpable de no haber aceptado la oferta ventajosa del vendedor; en cambio, en el caso *The Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep 605 (CA), en el que los vendedores de un barco hicieron la entrega un día después de lo acordado, cancelando el comprador el contrato sin ofrecer a los vendedores el pago del mismo precio a pesar de la subida de precio del mercado, la decisión judicial de conceder solo *nominal damages* al comprador demandante no parece acertada, en tanto requerir al comprador que busque a los compradores con una nueva propuesta es exigirle una iniciativa excesiva.

³⁴ FURMSTON *et al.* (2010), pp. 1820-1821.

³⁵ Véase a KRAMER (2014), p. 340, citando el paradigmático caso *Banco de Portugal v Waterlow & Sons* [1932] AC 452 (HL) at 507, o McDERMOTT (2001), p. 1183: "A pragmatic approach is often evident in the case law and the measures that the plaintiff should have taken to mitigate will not be weighed in nice scales at the instance of the party whose breach of contract has occasioned the difficulty". En esta línea comentan FURMSTON *et al.* (2010), p. 1822, que el estándar de razonabilidad es aplicado de forma sólida y con sentido común, aunque quizás con una particular sensibilidad, o incluso simpatía, por la víctima. "As Lord Macmillan commented the actions of the victim of a breach of contract should not be minutely examined because: It is often easy after an emergency has passed to criticise which have been taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency", en el caso *Banco de Portugal v Waterlow & Sons* [1932] AC 452 (HL) at 507. En este caso, el banco demandante había contratado a unos impresores para emitir billetes. La imprenta también proporcionó una gran cantidad de billetes falsos a unos criminales, que los pusieron en circulación en Portugal. Cuando el banco lo descubrió, retiró la emisión completa de billetes particulares y se comprometió a cambiar todos los billetes falsos que se les presentaran por otros válidos. Los demandados alegaron que ellos eran responsables solo del coste de imprimir nuevos billetes y que el daño restante fue causado por el banco al cambiar aquellos billetes por otros. Lord Macmillan dictaminó, aunque con dos votos disidentes, que en tanto que la medida tomada por el banco debía considerarse razonable, este tenía derecho a ser reembolsado de todo el valor del dinero cambiado.

of business)³⁶, sin que pueda venir obligado a actuar de algún modo que arruine su reputación³⁷, dañe a terceras partes o no alcance sentido comercial alguno, como sería requerir al comprador de un terreno que se embarque en un litigio costoso y especulativo, sugerir al propietario de un Rolls Royce que debería conducir una marca de coche menos prestigiosa o al comprador de una maquinaria que adquiriera una de reemplazo barata en una subasta cuando el proveedor carece de garantía alguna³⁸. En definitiva, las circunstancias del caso determinarán si la conducta razonable del acreedor era la de dar por terminado un contrato de compra de bienes que no han sido entregados y, por tanto, buscar una compra de reemplazo, o seguir negociando con la parte incumplidora, aceptando una nueva oferta³⁹.

Por ejemplo, si el vendedor de artículos ordinarios de comercio a precio de mercado ofrece retirar los productos defectuosos y devolver el precio completo, el comprador debería normalmente aceptar esta oferta en lugar de vender los artículos en otro lugar por un precio menor y después demandar al vendedor por la diferencia⁴⁰. Por otra parte, debe señalarse que fuera del ámbito de las operaciones comerciales, el grado de exigencia de lo que se espera del acreedor es aún menor⁴¹.

A estos efectos, la situación económica del acreedor también resulta relevante, sin que pueda requerírsele actuaciones para las que no dispone de medios suficientes, como comprar otro inmueble de reemplazo cuando el mercado inmobiliario ha experimentado una importante subida de precios.

De lo que se trata es de encontrar el justo equilibrio entre los intereses de las partes; del mismo modo que al trabajador que ha sido despedido injustamente no se le exige que busque un empleo alternativo con devoción, tampoco se espera del comprador de una mercancía que dé la vuelta al mundo para

³⁶ Entre otros, DUNN (1999), p. 51; FURMSTON *et al.* (2010), p. 1821; ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/ VIRGO (2011), p. 481.

³⁷ Caso *London & South of England Building Society v Stone* [1983] 1 WLR 1242: “An injured party is not required to take action that will damage its reputation or public relations”.

³⁸ Ver ejemplos de *case law* en FURMSTON *et al.* (2010), pp. 1821-1822, o HARRIS/CAMPBELL/HALSON, (2002), p. 110.

³⁹ Así lo sintetiza McDERMOTT (2001), p. 1184, citando, respectivamente, los casos *McCauley v Horgan* [1925] 2 IR 1 y *Payzu Ltd v Saunders* [1919] 2 KB 581, anteriormente reseñado. Para este autor un excelente ejemplo de falta de mitigación lo proporcionan los hechos del caso *Malone v Malone* (9 June 1982, *unreported*), *High Court*. En este litigio, el demandado se comprometió a vender un hostel al acreedor, incumpliendo por completo el contrato. El demandante había pedido un préstamo para la compra, al cesando en pagar los intereses con los beneficios del hostel. Como la compra no se realizó, no pudo obtener beneficios para pagar los intereses y estos se acumularon. El juez sostuvo que el demandante podía haber mitigado los daños devolviendo el capital del préstamo tan pronto como el abogado del demandado le devolvió el precio que pagó por el hostel.

⁴⁰ Es en casos simples como este –explican ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/ VIRGO (2011), p. 485–, en los que se espera del acreedor que renuncie a su derecho al cumplimiento. El caso determinante aquí, explican estos autores, es *Strutt v Whitnell* [1975] 1 W.L.R. 870: el vendedor de una casa, ante la imposibilidad de entregar la posesión, ofreció recomprarla al comprador y cancelar el negocio; al rechazar el comprador esta oferta, el vendedor alegó que aquel había incumplido su deber de mitigar los daños. La alegación fue rechazada, en parte porque dicha oferta hubiese requerido del comprador renunciar a una beneficiosa reclamación por los daños previstos, pero también porque en cualquier caso no podría requerirse legítimamente al comprador renunciar al beneficio de su derecho a quedarse con la casa si así lo quisiera y reclamar los daños por cualquier deficiencia.

⁴¹ Como puntualizan ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/ VIRGO (2011), p. 483.

buscar un bien de reemplazo⁴². Es claro que lo que para una persona sea razonable realizar para mitigar los daños no puede considerarse una cuestión de derecho, sino de hecho, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso particular⁴³.

Corresponde al demandado probar que el demandante no llevó a cabo las actuaciones razonables para mitigar el daño⁴⁴. No es suficiente que la parte que incumplió demuestre que hubiera sido razonable tomar las medidas por él propuestas, sino que es necesario también evidenciar que era irrazonable que la parte cumplidora no las tomara. Ello pone de manifiesto que puede existir una diversidad de medidas razonables que el acreedor puede llevar a cabo, sin que el deudor tenga derecho a determinar su elección. Tan solo en el caso de que el deudor demuestre fehacientemente que el acreedor tomó una medida de forma irrazonada en relación a su deber de mitigar, aquel podrá defenderse con éxito.

Cuando el acreedor no ha llevado a cabo ninguna de las posibles respuestas razonables que podrían haber mitigado el daño, corresponde al juzgador elegir una de las posibilidades como la que debía haberse realizado; debe entenderse, a falta de especificación legal, que el juez debe optar por una medida de rango medio entre las opciones existentes⁴⁵.

La fecha de determinación del daño se encuentra estrechamente relacionada con el principio de mitigación. Los daños se valoran al tiempo del incumplimiento, debiéndose tener en cuenta el momento en el que el acreedor descubre, o debería haber descubierto, que el deudor ha incumplido su obligación. Tan pronto como el acreedor descubra que el bien recibido es defectuoso, no debe seguir usándolo a riesgo del deudor, sino que ha de repararlo o reemplazarlo, pues no podrá ser

⁴² Así lo expresan FURMSTON *et al.* (2010), p. 1822: *"When a claimant is seeking a substitute performance a balance must be struck between the interests of the parties. While a claimant who has been wrongfully dismissed must not be too ambitious in his quest for alternative employment, a buyer of goods will not be expected 'to go hunting the globe' for replacement goods"*. Este comentario queda reflejado en el caso *Lesters Leather Co v Home & Overseas Brokers Ltd*, [1948] 64 TLR 569, que sintetizan para ilustrarlo ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/VIRGO (2011), p. 482: los compradores demandaron por las pérdidas sufridas como consecuencia del incumplimiento de los vendedores por la falta de entrega de una piel de serpiente muy exótica en Inglaterra. Dado que dicha piel podía ser encontrada en la India, los vendedores sostuvieron que los compradores deberían haber mitigado sus pérdidas adquiriéndola allí. Pero el juez determinó: *"I cannot say that the buyers are bound to go hunting round the globe to find out where they can get skins"*.

⁴³ En este sentido, OUGHTON/DAVIS (2000), p.592, sostienen que puede haber casos en los que, a la vista del modo en que el demandante ha sido tratado por el demandado, no sería razonable esperar que aceptara una oferta realizada por este. Si ha estado prestando servicios personales y ha sido despedido después de haber sido acusado en presencia de otros de haber robado, y después recibe una oferta del empleador para recuperar su trabajo, la mayoría de las personas pensarían que estaría justificada la negativa del empleado demandante a aceptar la oferta, y que sería irrazonable pedirle que mitigara de esta forma los daños indemnizables por el despido injusto; pero esto no sería una declaración de derecho sino una conclusión de facto, a la que se llega después de haber considerado todas las circunstancias del caso.

⁴⁴ KRAMER (2014), p. 363; FURMSTON *et al.* (2010), p. 1818. En general, como sintetiza DUNN (1999), p. 51, la parte que afirma que todos o parte de los daños deberían haber sido evitados soporta la prueba. ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/VIRGO (2011), p. 488, reconocen que hasta 2001 existía algún margen de duda sobre la cuestión de la carga de la prueba, si correspondía al demandante probar que había mitigado, o al demandado demostrar que aquel no lo había hecho. Sin embargo, desde el caso *Geest plc v Lansiquot* [2002] UKPC 48, se entiende incontrovertidamente que la carga de la prueba de demostrar que el acreedor no ha llevado a cabo los actos necesarios para mitigar el daño recae directamente sobre el deudor.

⁴⁵ KRAMER (2014), p. 350.

indemnizado por los daños que se produzcan después de que descubriera el defecto si con su actuación podía haber evitado que se produjeran o incrementaran⁴⁶. Igualmente, si el demandante no acude al mercado para una compra de sustitución y el mercado sube, los daños deben atribuirse a su falta de diligencia; si actuó diligentemente pero no pudo conseguir la compra de sustitución no le será atribuible el daño⁴⁷.

En muchas ocasiones la cuestión de la mitigación ni siquiera aparece, perdiendo su identidad propia, pues las vías para mitigar el daño son tan claras que quedan incorporadas en el proceso normal de valoración de los daños; esto se refleja claramente en el caso de falta de entrega de bienes en una compraventa, en tanto el comprador acude al mercado en un tiempo razonable para encontrar una mercancía similar⁴⁸. Por otro lado, si la medida mitigadora tomada por el acreedor resulta tan exitosa que evita todo daño, este solo tendrá derecho a *nominal damages*⁴⁹.

En cuanto a la segunda regla *-reasonable expenses rule-*, se trata de proteger al acreedor cuando intenta mitigar los daños, por cuanto le da derecho a ser resarcido de los gastos en que ha incurrido a fin de reducir las pérdidas sufridas por el incumplimiento del deudor, incluso si sus gestiones no fueron exitosas o se derivó aún mayor daño con motivo de llevarlas a cabo, siempre que la actuación fuera razonable atendidas las circunstancias⁵⁰.

La tercera regla *-avoided loss rule-* se refiere a los daños que efectivamente evitó el acreedor, en tanto no puede ser resarcido de las pérdidas que potencialmente o probablemente se podrían haber producido de no haber actuado; el acreedor llevó a cabo actuaciones más allá de las que razonablemente se esperaría de él que tomara bajo la *avoidable loss rule*⁵¹. La regla del *avoided loss*

⁴⁶ HARRIS/CAMPBELL/HALSON (2002), p. 111.

⁴⁷ FURMSTON *et al.* (2010), p. 1818; HALSON (2013), pp. 502-503.

⁴⁸ Como puntualiza Harvey MCGREGOR QC (2008), p.332, esta actuación mitigadora fue incorporada a la *Sale of Goods Act 1893, section 51 (3)*, actualmente *Sale of Goods Act 1979*, que establece que en el caso de incumplimiento de un contrato de compraventa por falta de entrega de la mercancía, la primera medida indemnizatoria, siempre que exista mercado disponible, es la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado al tiempo en que los productos deberían haber sido entregados o, si no existe plazo establecido, al tiempo de la negativa a la entrega.

⁴⁹ WHINCUP (2006), p. 364: “*In British Westinghouse v Underground Electric Railway Co., 1912, the plaintiff bought new and more profitable machinery to replace defective machinery supplied by the defendant. He therefore had no claim for damages for breach of contract beyond the time of replacement*”.

⁵⁰ ANDREWS/CLARKE/TETTENBORN/VIRGO (2011), p. 489. MCGREGOR QC (2008), p. 336, propone el caso *Metelmann & Co v NBR (London)* [1984] 1 *Lloyd's Rep* 614 (CA), como la más antigua clara ilustración en esta cuestión: los vendedores de muchas toneladas de azúcar, inmediatamente después de la revocación de los compradores, vendieron la misma al precio del mercado que en ese momento era muy volátil; pero después resultó que en el momento en que el contrato debía haberse cumplido el precio del azúcar había experimentado un gran aumento. El tribunal de apelación determinó que los vendedores tenían derecho a ser compensados por las pérdidas experimentadas por su intento de mitigar el daño.

⁵¹ Se trata de acciones del acreedor –explica KRAMER (2014), p. 358-, tratadas como intentos de mitigar el daño, que van más allá de su obligación de mitigar, pero que siguen siendo una reacción al problema causado por el incumplimiento, como resultado de las cuales el demandante está legitimado para traer a colación las pérdidas sufridas y obligado a evidenciar las ganancias obtenidas; estas actuaciones forman parte de un acuerdo continuo de las partes o una transacción continuada desde el incumplimiento. Esto es así porque estas actuaciones razonables del acreedor no rompen la conexión causal entre el incumplimiento del deudor y el daño producido.

determina generalmente que las cuestiones completamente colaterales no pueden utilizarse en la mitigación, o, en otras palabras, que los beneficios colaterales obtenidos por el acreedor deben ignorarse⁵². Esta regla requiere del juzgador determinar si las actuaciones del acreedor después del incumplimiento del deudor se derivaron o no de forma efectiva de sus intentos de mitigar los daños, cuestión de difícil apreciación por los tribunales. El planteamiento más generalizado para resolver esta cuestión es el de atender a si el beneficio obtenido por el acreedor puede considerarse independiente de cualquier acto o medio de mitigación que llevara a cabo; o, en otros términos, si los beneficios fueron directos o colaterales. Así, por ejemplo, si el vendedor de un bien decide no revenderlo inmediatamente después del incumplimiento del comprador, sino esperar a un momento posterior para venderlo a un precio superior para beneficiarse de una subida del mercado, sus daños serán evaluados al precio del mercado en el momento del incumplimiento; su decisión fue un riesgo que él tomó, de modo que si el precio se desploma después del incumplimiento, el deudor no será responsable de esa pérdida añadida. La decisión de retener el bien fue una especulación del acreedor independiente del curso del negocio, y él tenía derecho a la ganancia que obtuvo. Distinto es el caso del comprador de unos productos defectuosos que accede a quedarse a cambio de una rebaja en el precio; esta transacción no es independiente o se encuentra desconectada del negocio original. Dado que el acreedor adquirió los bienes a un precio inferior al de mercado por bienes similares al momento del incumplimiento, sus daños fueron nominales o simbólicos (*nominal damages*)⁵³. La consecuencia de la aplicación de esta regla es el derecho del acreedor a obtener el beneficio neto, esto es, la necesidad de deducir de los beneficios obtenidos por su actuación los daños sufridos por el incumplimiento del contrato. Los tribunales deben tener en consideración al evaluar los daños el beneficio obtenido por el acreedor en un negocio posterior llevado a cabo por este como consecuencia del incumplimiento del contrato por el deudor⁵⁴.

2.3. El deber de mitigación en textos internacionales

Los distintos textos internacionales en materia contractual que, con propósito armonizador, se han ido elaborando desde distintos foros a lo largo de los últimos años, han abordado el tema de la determinación de los daños y perjuicios acogiendo, en gran medida, el principio de mitigación que contempla el *common law*. Así, tanto los Principios de Derecho Contractual Europeo, 2000 (PECL)

⁵² En este sentido, MCGREGOR QC (2008), pp. 337-338, para quien *"The tricky question is: when is conduct giving rise to a benefit to be taken into account? The clue is to be found, not surprisingly, in British Westinghouse, where a century ago Viscount Haldane formulated the basic rule in an important speech. He there laid down that 'the subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach', and, further, that it 'formed part of a continuous dealing with the situation... and was not an independent or disconnected transaction'. For what it is worth, my own formulation, in addition to these, is that the benefit must arise out of the mitigating act itself"*.

⁵³ Así lo ilustran HARRIS/CAMPBELL/HALSON, (2002), p. 112.

⁵⁴ David MCLAUCHLAN (2008), "Expectation damages: avoided loss, offsetting gains and subsequent events", en *Contract damages. Domestic and international perspectives*, ed. by Djakhongir SAIDOV and Ralph CUNNINGTON, Oxford and Portland, Oregon, p. 384, intenta formular una regla general para determinar qué pueden considerarse daños directos y daños colaterales. Desde su punto de vista, la ganancia obtenida por el acreedor puede ser tenida en cuenta para compensar los daños si: a) ha sido obtenida como consecuencia de entrar en la transacción respecto de la que se han reclamado los daños, y no se habría probablemente recibido si no fuera por el incumplimiento del contrato; b) si es un resultado directo de un acuerdo con el sujeto del contrato o acción tomada para evitar las consecuencias del incumplimiento. Cuando estos requisitos se cumplen el beneficio obtenido no es una *disconnected or independent gain*.

como, posteriormente, el *Draft Common Frame of Reference*, 2010 (DCFR) y el *Common European Sales Law*, 2011 (CESL) han dedicado al *duty of mitigation* preceptos específicos, a veces con letra por completo idéntica. Estos textos han adoptado también la distinción, propia del ordenamiento inglés, entre negligencia coadyuvante (*contributory negligence*), e incumplimiento del deber de mitigar los daños (*failure to mitigate*), diferenciándolos en dos preceptos diferentes (arts. 9:504 y 9:505 PECL; III. - 3:704 y III. - 3:705 DCFR; y 162 y 163 CESL, respectivamente). No obstante, se concluye, aunque en la mayoría de los ordenamientos de la Europa continental no se distingue entre ambos conceptos, se llega a resultados similares aplicando principios como el de la causalidad⁵⁵.

Por lo que se refiere al deber de mitigación, en virtud de los artículos 9:505 PECL, III. - 3:705 DCFR y 163 CESL, el deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este hubiera podido mitigarlas tomando medidas razonables; si intentó mitigarlas, el acreedor tendrá derecho a cobrar el importe de los gastos en los que razonablemente incurrió. En el mismo sentido antes observado respecto del Derecho inglés, tampoco se reconoce aquí un deber u obligación jurídica de mitigar los daños a cargo del acreedor, sino una mera carga⁵⁶ de la que simplemente deriva que el perjudicado ve reducida la indemnización correspondiente por los daños en proporción a las pérdidas ocasionadas por la falta de actuación de aquel. En distinto sentido, sí lo concibe como un deber la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (CSIG), cuyo artículo 77 dispone: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”⁵⁷.

Estos textos también recogen de forma expresa, como manifestación concreta del principio de mitigación, la posibilidad de que el acreedor haya celebrado un negocio de sustitución con posterioridad al incumplimiento por el deudor del contrato primitivo, en un plazo y modo razonables (arts. 9:506 PECL, III. - 3:706 DCFR y 164 CESL). En estas circunstancias, el acreedor podrá cobrar la diferencia entre el valor que hubiera sido debido en virtud del contrato resuelto y el debido en virtud del negocio o transacción sustitutiva, así como reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir. Esta misma regla se recogió ya en la CSIG, cuyo artículo 75 dispone que si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del

⁵⁵ En este sentido, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, p. 655. Véase, Isabel ZURITA MARTÍN (2015), “Indemnización por daños y perjuicios e intereses en el CESL”, en *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de los contratos*, edit. por Antoni VAQUER/Esteve BOSCH/M^a Paz SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, pp. 671-697.

⁵⁶ Antoni VAQUER ALOY (2015), “La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho Común Europeo de la Compraventa (CESL)”, *Revista de Derecho Civil*, 2015, vol. II, n^o 1, p. 17.

⁵⁷ Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA resalta que resulta importante advertir que las regulaciones europeas, a diferencia de la establecida en la Convención de Viena, no imponen al acreedor la carga o el deber de mitigar el daño, sino que la dan por supuesta en la medida en que se establecen los efectos que se derivan de no haber llevado a cabo dicho deber: reducción del alcance de la indemnización de daños y perjuicios, (2011) “La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas”, en *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. por Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, Atelier, Barcelona, p. 472.

contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo anterior. Como sostiene la doctrina, en el comercio internacional la típica medida mitigadora es realizar una razonable transacción de reemplazo cuando sea procedente la resolución del contrato⁵⁸.

Por último, los artículos III. – 3:707 DCFR, 9:507 PECL, 76 CISG, 7.4.6 UNIDROIT y 165 CESL prevén que, cuando el acreedor haya resuelto el contrato y no haya realizado una transacción sustitutiva, pero exista un precio vigente por la prestación podrá, en la medida en que tenga derecho a percibir una indemnización, cobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio vigente en el momento de la resolución, asimismo con la facultad de reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir.

3. La determinación de la indemnización de daños y perjuicios en relación a la conducta del acreedor en el ordenamiento jurídico español

3.1. Los principios básicos del Código Civil

Como es por todos conocido, el artículo 1101 del Código Civil sujeta a indemnización de daños y perjuicios a todos aquellos que, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas. Enunciado este principio básico, los preceptos que le siguen se ocupan de desarrollar los criterios de imputabilidad de los daños y a establecer los parámetros de determinación del montante indemnizatorio. Sabido es también que entre estos parámetros nuestro Código no contempla específicamente el deber de mitigación⁵⁹, ciñéndose los artículos 1106 y 1107 a refrendar la máxima sobre la indemnizabilidad tanto del daño emergente como del lucro cesante y a erigir el criterio de la previsibilidad de las pérdidas como premisa o regla básica de la que se ha de partir para determinar los daños indemnizables.

La falta de regulación específica del deber de mitigar los daños en el Código Civil español no significa, sin embargo, que nuestro ordenamiento no contemple en manera alguna la incidencia que la actuación del acreedor puede suponer en la agravación o reducción de los daños provocados por el incumplimiento del contrato por parte del deudor. Al igual que en el Derecho inglés, los efectos de la conducta del acreedor en la producción de los daños se han de valorar de forma casuística, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, si bien en nuestro Derecho la valoración de dichas actuaciones del acreedor han de calibrarse a la luz del principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos, que refrenda el artículo 7.1 CC y concreta en el ámbito contractual el artículo 1258 CC.

Efectivamente, como pone de manifiesto la doctrina⁶⁰, existe un deber para quien sufre las

⁵⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2011), p. 473.

⁵⁹ Sí lo recoge, por ejemplo, el BGB (párrafo 254), el Código Civil italiano (art. 1227.2) o el Código de obligaciones suizo (art. 44.1).

⁶⁰ Luis Díez-PICAZO (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, p. 689. Para este autor puede considerarse paradigmático el caso de la STS de 6 de mayo de 1969. El actor había

consecuencias del incumplimiento del contrato, derivado de la buena fe, de tomar todas las precauciones o llevar a cabo todas las diligencias razonablemente oportunas para evitar la extensión de los daños; de no hacerlo así, el acreedor no puede reclamar los daños que se han producido, no directamente del incumplimiento, sino de no haber tomado aquellas medidas razonables. De ello resulta que el incremento de los daños se produce por circunstancias no derivadas propiamente del incumplimiento y que, por tanto, interfieren en la relación de causalidad entre este y las pérdidas sufridas.

El principio de buena fe y la necesaria existencia de nexo causal entre incumplimiento y daños han de considerarse, pues, las reglas básicas hacia las que los juzgadores se han dirigido para calibrar la indemnización de las pérdidas derivadas del incumplimiento contractual, utilizando ambas directrices para valorar la incidencia de las actuaciones de deudor y acreedor en la producción de los daños indemnizables. Tal como sucede en el Derecho inglés en el marco del deber de mitigación, la determinación del daño atendiendo al deber general de buena fe es una cuestión de hecho, más que de derecho. El deber de mitigar el daño que se atribuye al deudor no es más que una manifestación concreta de su obligación de actuar conforme a la buena fe; de no hacerlo así, la necesaria relación de causalidad entre incumplimiento y daños pierde virtualidad o, incluso, desaparece.

3.2. El tratamiento jurisprudencial del deber de mitigar

La llamada al principio general de buena fe para resolver esta cuestión bastó a nuestros tribunales hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994, que introduce por primera vez en nuestro ordenamiento la doctrina del deber de mitigación⁶¹. Los hechos que rodean el caso son los siguientes: D. Juan Manuel compraba habitualmente, debido a su trabajo, billetes de avión a Bilbao en una agencia de viajes, utilizando una tarjeta Visa que le había expedido el Banco Hispano Americano; el Banco tenía concertado con una aseguradora una póliza de seguro para los titulares de la tarjeta, que garantizaba a estos o a sus beneficiarios una indemnización de hasta 20 millones de pesetas por los daños corporales padecidos como consecuencia de los accidentes ocurridos en calidad de pasajeros en un medio de transporte público, siempre que el importe del billete hubiera sido pagado con la referida tarjeta. El día 18 de febrero de 1985 D. Juan Manuel acude a la agencia de viajes a adquirir un billete a Bilbao para el día siguiente, sin poder hacerlo porque la tarjeta había sido cancelada;

acordado con Renfe el transporte de los elementos de un circo para instalarlo en una localidad en las fiestas de Navidad. Al llegar al destino Renfe se niega a entregar los elementos si el actor no paga una cantidad superior a la estipulada, a lo que se niega el actor, que no retiró los objetos y no instaló el circo. El actor demanda a Renfe pidiendo el daño emergente, y el lucro cesante por lo que hubiera ganado en las fiestas. La sentencia aplica el criterio jurisprudencial restrictivo para la determinación del lucro cesante. Sin embargo, a juicio de Díez-PICAZO, debería haber aplicado el incumplimiento del deber de mitigar los daños, ya que el actor, actuando diligentemente, hubiera debido, para recuperar su circo, pagar la tarifa exigida por Renfe y reclamar después su restitución con intereses, evitando de esta manera un daño más amplio. Del mismo modo lo entiende, Ana SOLER PRESAS (1995), "El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS de 15 de noviembre de 1994)", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVIII, n° 2, 1995, p. 964, quien, aunque reconozca que el deber de mitigación encuentra su fundamento en el principio general de buena fe del art. 7.1 CC, defiende la naturaleza autónoma del mismo, que debe distinguirse de la concurrencia de culpas.

⁶¹ STS, 1ª, 15.11.1994 (RJ 8488; MP: Francisco Morales Morales). Para Ángel CARRASCO PERERA (2006), "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina", *InDret*, n° 320, enero 2006, p. 20, aunque formalmente la regla de la mitigación se propone por primera vez entre nosotros en esta sentencia, en ella no se trataba propiamente de un caso de esta clase, porque la carga que se reprocha al acreedor haber incumplido era anterior a la producción del daño fatal.

dirigiéndose al Banco, allí le explican que la cancelación se había producido por error, al coincidir su nombre con el de otro cliente que no tenía saldo en su cuenta, al que debían, por ello, cancelar la tarjeta de crédito. Le aconsejan por ello que solicite una nueva tarjeta, que le sería expedida en el plazo más breve posible, lo que así hizo esa misma mañana. Ante la imposibilidad de obtener ya el billete por medio de la tarjeta (cancelada la antigua y todavía no expedida la nueva), D. Juan Manuel acude de nuevo a la agencia y compra el billete con cargo a su empresa, una vez autorizado por esta, sin que en este caso se acompañara la compra del mencionado seguro, al no haberse adquirido por medio de la tarjeta de crédito. El avión en el que viajaba D. Juan Manuel de Madrid a Bilbao tuvo un accidente el 19 de febrero de 1985 en el Monte Oiz, en el que murieron todos sus pasajeros. La viuda de D. Juan Manuel demanda al Banco y a Visa España SC, reclamando los 20 millones del seguro concertado por el uso de la tarjeta de crédito, demanda que es estimada en primera y segunda instancia. Recurrida esta en casación, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, reduciendo la indemnización a la mitad, 10 millones de pesetas, al entender incumplido, por parte de D. Juan Manuel, el deber de mitigar los daños que sobre él pesaba. La importancia de esta resolución justifica reproducir literalmente el párrafo final del fundamento séptimo: “Lo anteriormente expuesto y las muy excepcionales, repetimos, circunstancias concurrentes en el caso aquí enjuiciado, nos llevan a apreciar una concurrencia parcial de imprevisiones, no sólo por parte del Banco emisor de la tarjeta que, al cancelar la misma (injustificadamente además, se repite), pudo prever que dejaba privado a su titular de los beneficios inherentes a la obtención, por medio de ella, de un billete para cualquier medio de transporte público, sino también por parte del referido titular que, al obtener el billete de avión ya sin la referida tarjeta de crédito y, por tanto, conocer que no disfrutaba de los beneficios inherentes a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima, como antes se ha dicho, haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, junto a su deber de mitigar el eventual (aunque para él también difícilmente previsible) daño, que le imponía la buena fe negocial, una vez que había aceptado las explicaciones que le dio el Banco, como lo evidencia el hecho de que, en vez de dar por extinguidas totalmente sus relaciones con dicha entidad bancaria, aceptó que esta le expidiera una nueva tarjeta de crédito”.

La sentencia fundamenta su fallo, pues, en el deber de mitigar el eventual daño que le imponía al perjudicado la buena fe negocial. La cuestión que nos planteamos al hilo de esta resolución es si la utilización del deber de mitigación como concreción del principio de buena fe podría elevar en demasía el grado de exigencia de este. No parece, desde nuestro punto de vista, que ello deba considerarse la regla general, aunque tal pareciera de la sentencia que comentamos. En realidad, tanto si tomamos como premisa la buena fe como si optamos por el deber de mitigar, el consabido criterio al que debe atenderse es el de la razonabilidad. Como hemos puntualizado al analizar el derecho inglés, para determinar el estándar de razonabilidad el juzgador no debe ser extremadamente estricto o exigente con la conducta que se espera del acreedor⁶², sin que pueda exigirse de este que lleve a cabo

⁶² Como señala SOLER PRESAS (1998), p. 69, apoyándose en la jurisprudencia y doctrina inglesas, la determinación del alcance del esfuerzo mitigador exigible ha de resolverse sin excesivo rigor, con suficiente flexibilidad; laxitud de juicio que impone la justicia, pues no parece aceptable que sea el causante del daño quien, pretendiendo la reducción de la indemnización por él debida, logre su propósito alegando que la reacción del perjudicado ante la lesión de su derecho de crédito no satisface los más severos patrones de diligencia. “Así, en general –concluye–, la precaución que puede exigirse al acreedor del resarcimiento en la mitigación del daño es la que se deduce del patrón ordinaria de diligencia, conocido como el propio de un «buen padre de familia» (en el sistema del *common law*, *ordinary course of business*), adecuado a las circunstancias del caso concreto e interpretado con cierta generosidad”. A pesar de estas consideraciones, la citada autora concurre con la comentada sentencia en el

actuaciones que conlleven cargas indebidas; y carga indebida, en nuestra opinión, ha de entenderse la que desplaza hacia el perjudicado por el incumplimiento la exigencia de una diligencia extrema que debe ser requerida del contratante incumplidor. El Alto Tribunal hace recaer sobre el perjudicado la iniciativa de contratar un seguro, en lugar de entender que corresponde al contratante incumplidor, único responsable de haber dejado al cliente sin tal cobertura, ofrecer al mismo el remedio a su falta de protección para un viaje inminente. Las circunstancias que rodean el caso nos hacen pensar que no era razonable exigir al acreedor una actitud tan extremadamente diligente, en tanto tuvo que hacer frente de forma acelerada a un imprevisto no provocado por él, sin tiempo suficiente para pensar siquiera en la falta del seguro con el que siempre contaba al comprar sus billetes de avión. Por otra parte, cifrar la culpa del acreedor en la misma medida que la del deudor –derivando de ello que la demandante recibiera la mitad de la cantidad asegurada– resulta a todas luces desproporcionado e injustificado. Cabría, incluso, argumentar, que la actuación del banco no fue culposa sino dolosa, en tanto canceló la tarjeta sin notificárselo al acreedor, sabiendo que con dicha cancelación privaba de seguro al cliente⁶³.

Con posterioridad a esta sentencia, en los últimos años ha ido creciendo el número de resoluciones judiciales que hacen alusión al deber de mitigar, siempre derivándolo del principio general de buena fe en la contratación. A tal fin, se trae a colación por estas sentencias distintos preceptos de los diversos textos internacionales que han venido recogiendo la doctrina de la mitigación, especialmente el artículo 9:505 PECL y, en ocasiones, también la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (PMDC), que igualmente la refrenda en su artículo 1211, en cuya virtud, “No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas”⁶⁴. En las más recientes resoluciones, el Tribunal Supremo aplica directamente el artículo 77 CISG –por ser alegado como

incumplimiento por el acreedor del deber de mitigación, al no haber concertado este un seguro particular para el fatídico viaje.

⁶³ Así lo entiende Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (1995), “Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1994”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, p.562, para quien el Banco incumplió la obligación de notificación con plena conciencia, faltando, por tanto, a la buena fe. Este incumplimiento constituye un incumplimiento doloso, haciendo entrar en aplicación el art. 1107.2 CC, que hace responder al deudor de mala fe de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Al tratarse de un incumplimiento doloso –concluye el citado autor– no cabe la moderación de la indemnización *ex art.* 1103 CC que lleva a cabo el Tribunal. “Por otra parte, resulta difícil admitir la tesis de la Sala, según la cual, el señor Rodríguez García habría incurrido en una conducta negligente al no haber contratado un nuevo seguro *ad hoc*. La cuestión no estriba en que el señor Rodríguez García quisiera tener en contrato de seguro, sino en que disfrutaba del mismo como consecuencia del contrato de tarjeta de crédito, lo quisiera o no. La cuestión radica en que el incumplimiento doloso del Banco le privó directamente de una de las prestaciones del contrato: beneficiarse de la póliza de seguro concertada por el Banco para los titulares de la tarjeta de crédito”. En sentido por completo contrario, SOLER PRESAS (1995), p. 968, entiende que debería haberse aplicado el principio de mitigación con todas sus consecuencias, lo que hubiera significado que el Banco fuera condenado solo a indemnizar las 330 pesetas que hubiese costado concertar una póliza de seguro *ad hoc* para ese viaje. Si no lo hizo así el Tribunal, condenando al demandado al pago de la mitad de la indemnización –concluye la autora– fue por aplicación de la equidad al caso concreto, para evitar que la viuda del demandante quedara privada de toda la indemnización que la instancia le había concedido.

⁶⁴ En este sentido véanse: STS, 1ª, 30.7.2012 (RJ 9006; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), STS, 1ª, 26.2.2013 (RJ 4935; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), STS, 1ª, 9.7.2013 (RJ 5914; MP: Sebastián Sastre Papiol), STS, 1ª, 18.7.2013 (RJ 5200; MP: Rafael Saraza Jimena), SAP Vizcaya, Sec. 5ª, 13.12.2012 (JUR 154337; MP: Magdalena García Larragán).

infringido por la parte recurrente⁶⁵-, o fundamenta su fallo en el propio Código Civil, atendiendo simplemente a la aplicación de los artículos 1101, 1106 o 1107, interpretados conforme al principio de buena fe contractual (art. 1258 CC)⁶⁶ y la doctrina de la causalidad⁶⁷.

De entre todas las resoluciones judiciales estudiadas que abordan, en mayor o menor medida, el deber de mitigar los daños, merece la pena destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015, que realiza una exhaustiva exégesis del concepto de mitigación como derivación directa de los mencionados principios. En el caso enjuiciado, la demandante, una empresa de distribución eléctrica, reclama a Iberdrola indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas como consecuencia de la negativa de esta de acceso a su red eléctrica, lo que obligó a aquella a suministrar electricidad a sus clientes utilizando grupos electrógenos. La demanda se estima en ambas instancias con escasa reducción del montante indemnizatorio solicitado, al considerarse ilícita la conducta de la demandada negándose a permitir el acceso a su red de distribución. En el motivo tercero del recurso de casación, la demandada considera violados los artículos 7.1, 1101, 1103, 1106, 1107 y 1902 CC, al prescindir la sentencia del análisis de la obligación de la demandante de actuar de buena fe mitigando el daño (los clientes de la demandante podrían haber contratado directamente el suministro con Iberdrola, cediéndole sus instalaciones, para que esta prestara directamente el servicio a tales clientes, o bien que aquella hubiera incumplido la obligación de suministro contraída con sus clientes de modo que estos hubieran debido suministrarse de Iberdrola, aunque ello impidiera a la demandante ostentar

⁶⁵ La STS, 1ª, 9.7.2014 (RJ 4523; MP: José Ramón Fernández Gabriel) resuelve un caso de incumplimiento de una compraventa internacional de mercaderías. Se trataba de una venta de pimentón, algunas de cuyas partidas se hallaban defectuosas, al contener un aditivo prohibido por la normativa europea. El vendedor sostiene que el comprador no ha actuado oportunamente para mitigar el daño a la luz del art. 77 CISG, en tanto no realizó los análisis necesarios. El TS declara que no se puede exigir al comprador que lleve a cabo actuaciones con base en un defecto que desconocía, cuando correspondía al vendedor haber actuado diligentemente comprobando y advirtiendo el defecto. Con anterioridad, ya se había hecho aplicación de los arts. 75 y 77 CISG. En concreto, la STS, 1ª, 28.1.2000 (RJ 454; MP: Pedro González Poveda), es considerada por CARRASCO PERERA (2006), p. 20, la primera que aplica la regla de la mitigación en España. Debe puntualizarse, no obstante, que esta sentencia aplica específicamente el art. 77 CISG alegado por la demandada, sin que se haga referencia al principio de mitigación como regla de aplicación general en nuestro ordenamiento. En su comentario a esta sentencia, Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (2000), "Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena. La indemnización de daños y perjuicios y el «deber de mitigar» «ex» artículo 77 CISG", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, nº 5, p. 218, señala en cualquier caso, que este planteamiento tiene su fundamento en los principios de causalidad y buena fe, y que la determinación exacta de las medidas que se han de tomar para reducir las pérdidas es una cuestión que habrá que evaluar caso por caso y en función de las circunstancias concretas. Para Enrique FERNÁNDEZ MASÍÁ (2000), "Comentario a la STS de 28 de enero de 2000", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, nº 53, pp. 673-689, en la decisión del Tribunal Supremo debió haber tenido una influencia decisiva la valoración de la actuación de las partes de acuerdo con el principio de buena fe que debe regir toda transacción comercial y, así, la indemnización debida debió haberse calculado en virtud de la diferencia existente entre el precio pactado y aquel en el que la empresa vendedora tuvo que realizar el negocio sustitutorio, sin ninguna otra reducción posible de la cantidad resultante. Es decir, para este autor el artículo 77 CISG debió haberse aplicado interpretándolo a la luz del principio general de buena fe.

⁶⁶ Véase STS, 1ª, 14.5.2003 (RJ 4749; MP: Antonio Gullón Ballesteros).

⁶⁷ Para la STS, 1ª, 15.9.2015 (RJ 3991; MP: Antonio Salas Carceller), el contratante incumplidor no puede exigir al cumplidor la realización de actos que disminuyan su propia responsabilidad salvo que pruebe la existencia de mala fe por su parte; no es mala fe del arrendador no conseguir encontrar otro arrendatario para disminuir sus perjuicios y así ver aminorada su responsabilidad el arrendatario incumplidor. Por su parte, la STS, 1ª, 30.10.2014 (RJ 5189; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas), ante el motivo de la parte recurrente relativo a la violación del art. 1101 CC por ruptura del nexo causal como consecuencia de no haber evitado la actora la extensión de los daños, entiende que no consta que esta dejara de desarrollar las medidas necesarias para mitigar los daños, sino que, todo lo contrario, consta una actividad diligente y continua en orden a solucionar la causa del siniestro. En parecidos términos la STS, 1ª, 23.5.2005 (RJ 6364; MP: Francisco Marín Castán).

temporalmente su condición de distribuidora en Valencia) y considerando irrelevantes las cuestiones referidas a la relación de causalidad entre la actuación de la demandada y el daño cuya reparación se exige. El motivo es desestimado, entendiendo el Tribunal Supremo no incumplido el deber de mitigación. De los argumentos utilizados para defender dicha desestimación podemos extraer las líneas básicas de aplicabilidad del remedio mitigador:

- Quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente, de modo que puede considerarse que se rompe la relación de causalidad entre la actuación ilícita del tercero y el daño sufrido por el perjudicado. En tal caso, el daño pasa a considerarse consecuencia de su propia negligencia y no de la actuación ilícita del tercero, en todo o en parte, caso este último en el que puede considerarse que existe una concurrencia de culpas que determina la limitación de la indemnización a cargo del demandado.
- Es el autor de la conducta antijurídica objetivamente apta para causar el daño quien corre con la carga de probar que la conducta del perjudicado agravó injustificadamente el daño, o que no adoptó medidas razonables para mitigarlo, pudiendo hacerlo, de modo que si tal prueba no se produce, habrá de indemnizar por entero el quebranto patrimonial que sufrió el perjudicado.
- No puede extenderse el deber de evitar o mitigar el daño más allá de los criterios de razonabilidad propios de esta figura, consecuencia ineludible del principio de buena fe y entroncada con el principio de causalidad; no se puede convertir lo que debiera ser el análisis de la ilicitud de la conducta, la existencia y cuantificación de los daños y la relación de causalidad entre una y otra, en un escrutinio de las habilidades de la víctima para eludir o reducir el daño que injustamente se le ha causado, haciendo recaer sobre el perjudicado la carga de probar que actuó racionalmente e hizo todo lo posible para evitar o reducir el daño. Tampoco puede dar lugar a la exigencia al perjudicado de comportamientos heroicos o de aceptación de la actuación ilícita del tercero como si de una fatalidad se tratara, para evitar al infractor la obligación de indemnizarle, porque exceden de la conducta razonable que es exigible al perjudicado en la evitación o minoración del daño.
- No puede confundirse la obligación de todo sujeto de Derecho de actuar de buena fe, mitigando en lo posible el daño sufrido por la conducta antijurídica de un tercero, con el sacrificio injustificado de sus propios derechos e intereses legítimos; ello excede de los límites de lo razonable, que es el parámetro que sirve para determinar la conducta exigible al perjudicado en el cumplimiento de este deber de conducta.

En el caso enjuiciado, en virtud de la tesis de las recurrentes, esta obligación debería haber llevado a la demandante a renunciar a cumplir las obligaciones contraídas con sus clientes, conseguir una imagen de seriedad en un nuevo mercado o emprender estrategias empresariales legítimas cuando afectan negativamente a los intereses de sus competidores y a aceptar, como hecho consumado, la actuación contraria a Derecho de ese tercero, a fin de que el daño no se produjera. El alcance que las recurrentes dan a esa obligación carece de fundamento admisible, puesto que excede de los límites de lo razonable. Y ello debe derivarse –se argumenta en la sentencia– de la correcta aplicación del deber de mitigación que se recoge, tanto en nuestro ordenamiento –art. 17 LCS–, como en textos internacionales –art. 77 CISG; art. 7.4.8 Principios UNIDROIT; 88 Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías; art. 9:505 PECL–, y en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones (art. 1211).

Si comparamos esta sentencia de 2015 con la pionera de 1994, parece evidente que el grado de exigencia respecto del deber de mitigación resulta bastante mayor en esta que en aquella; lo que viene a ser lo mismo que decir que los parámetros de medición de la actuación de buena fe del demandante son diferentes en una y otra. Así contemplado, nada nuevo aporta el deber de mitigación a la aplicación de los principios básicos de nuestro ordenamiento, ya que todo ha de reducirse, en la práctica, a la interpretación del criterio de la razonabilidad en cualquier caso.

En este sentido, las sentencias que resuelven supuestos de determinación de los daños, mayoritariamente referidas a la valoración del lucro cesante, no hacen sino aplicar directamente los artículos 1107 y 1103 del Código Civil; aquel por considerarse que los daños de los que responde el deudor de buena fe son “consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”⁶⁸, y este por interpretarse que la actitud pasiva del acreedor justifica la moderación de la indemnización solicitada⁶⁹. Los principios de nuestro sistema sobre los que pivota la actuación judicial –buena fe y relación de causalidad–, se concretan, en definitiva, a la luz de los parámetros de racionalidad que han de determinarse en función de las circunstancias en cada caso concurrentes, teniéndose en cuenta, en su caso, el negocio de reemplazo que llevara o pudiera haber llevado a cabo el demandante⁷⁰.

El deber de mitigación es específicamente invocado, sin embargo, por distintos sectores doctrinales, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, no faltando autores que abogan por la conveniencia de incorporarlo de forma expresa a nuestro Código Civil⁷¹; ya lo hace así, como se ha

⁶⁸ STS, 1ª, 29.6.2015 (RJ 2552; MP: Antonio Salas Carceller); STS, 1ª, 11.4.2012 (RJ 5743; MP: Francisco Marín Castán). Como advierte Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2009), “Comentario al artículo 1107”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Rodrigo BERCOVITZ, Aranzadi, Navarra, p. 1311, en ocasiones es al propio acreedor a quien hay que imputar los daños si, a pesar del incumplimiento del deudor, su comportamiento posterior habría permitido evitar ciertos daños, que por tanto no resultan ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, citando como ejemplo la STS, 1ª, 23.5.2005 (RJ 6364; MP: Francisco Marín Castán).

⁶⁹ STS, 1ª, 17.6.2010 (RJ 5405; MP: Encarna Roca Trías): “Para que pueda imputarse al incumplidor el daño sufrido por el acreedor éste debe compensar aquellos que *“sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento”* (Art. 1107.1 CC). Y ello significa que debe probarse que dicho daño es realmente debido a esta falta, de modo que permita la imputación objetiva al deudor. Y ello comporta también que la relación de causalidad debe probarse por el acreedor perjudicado. (...) . La sentencia recurrida rebaja el porcentaje de la suma reclamada, aplicando el criterio moderador del Art. 1103 CC , pero razona esta rebaja en base a la actitud pasiva de la ahora recurrente que siempre entendió que debía ser resarcida en una cantidad mayor (FJ 17), lo que le llevó a rechazar una serie de ofertas y las partidas relativas al mayor costo del derribo y reconstrucción de lo levantado, terminación del edificio, gastos de conservación y lucro cesante se han ido incrementando cuantiosamente a lo largo del tiempo”.

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, STS, 1ª, 3.9.2010 (RJ 6950; MP: Encarna Roca Trías); STS, 1ª, 9.3.2016 (RJ 861; MP: Francisco Marín Castán); y, sobre posibilidad de concertar nuevo arrendamiento por el demandante, STS, 1ª, 18.3.2016 (RJ 861; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas) y STS, 1ª, 9.4.2012 (RJ 8986; MP: Juan Antonio Xiol Rios). Atendiendo a este última, “... establecer una equivalencia entre los perjuicios económicos futuros con el importe íntegro de la renta dejada de percibir durante los seis años establecidos para la vigencia mínima del contrato –presumiendo implícitamente que el bien arrendado no pudo ser objeto de explotación económica alguna durante esos años – significa desconocer la racionalidad económica de la posibilidad de que la arrendadora concertase un nuevo arrendamiento, en principio por una renta similar, transcurrido un período razonable desde el momento de la resolución unilateral del contrato por parte de la arrendataria, u obtuviese un beneficio o renta por el bien mediante operaciones económicas de otro tipo...”.

⁷¹ Así lo entiende Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVI, Fascículo III, julio-septiembre 1993, p. 1743, para quien podría adoptarse una regla similar a la del art. 7.4.7 de los Principios UNIDROIT, o art. 4.504 de los PECL. En cambio, entiende que no cabe decir lo mismo de la regla sobre el negocio de cobertura, que solo es razonable en cuanto regla probatoria,

señalado, la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones. Para MORALES MORENO, aunque el deber de mitigar el daño no está expresamente contemplado en el Código Civil, puede afirmarse que está vigente en nuestro ordenamiento, siendo en realidad de aplicación común por los tribunales cuando, para la determinación del lucro cesante⁷², se acude, por ejemplo, a la operación de reemplazo⁷³. En general –para concluir–, la doctrina concurre en que, a pesar de la falta de refrendo expreso del deber de mitigación en el Código Civil, la jurisprudencia se ha hecho eco del mismo, considerándolo como una especificación del deber de buena fe del artículo 1258 CC⁷⁴.

3.3. La regulación específica del deber de salvamento del artículo 17 de la Ley de contrato de seguro

Al margen de los principios generales del Código Civil, el principio de mitigación tampoco es legalmente desconocido en nuestro ordenamiento, en tanto es expresamente contemplado por el artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro, bajo la denominación de deber de salvamento. Por razones de espacio, y no siendo objetivo de este trabajo el análisis de esta norma, no profundizaremos

“que no excepcione sustantivamente los principios generales sobre determinación del daño, y que puede provocar la confusión de que se está reconociendo al acreedor la facultad general de autotutela de su derecho de crédito”. También el mismo autor se refiere a la existencia del deber de mitigar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, con fundamento en este caso en el artículo 7.1 CC, PANTALEÓN PRIETO (1991), “Comentario al artículo 1902”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1993. En el mismo marco, Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1993), *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, p. 845, señala que íntimamente conectado con el tema de la concurrencia de culpa del perjudicado se halla el relativo a la calificación jurídica que debe merecer el hecho de que el propio perjudicado omita la adopción de comportamientos o medidas que hubieran podido reducir la entidad del daño, que se inscribe –afirma– dentro de lo que la doctrina llama “deber del perjudicado de mitigar o atenuar el daño sufrido”. Cuando se refiere a la responsabilidad contractual, DE ÁNGEL YÁGÜEZ también considera de particular relevancia la conducta del acreedor en relación al resultado menos gravoso del incumplimiento imputable al deudor. El citado autor cita como ejemplo de esa conducta la intromisión del acreedor en el curso causal, el deber de aminorar la repercusión del daño, la cobertura del coste del mismo buscando un bien que sustituya la prestación fallida, tardanza en la reparación del daño, elección de la alternativa más económica, rechazo injustificado de una oferta, asunción de costes antieconómicos..., (1991), “Comentario al artículo 1107 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 59. En realidad, aunque el autor nombre entre ellas el deber de aminorar la repercusión del daño, todas estas actuaciones se enmarcarían propiamente en el deber de mitigación.

⁷² Para Elena VICENTE DOMINGO (2014), *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid, p. 142, esta regla puede ser de gran utilidad en relación al lucro cesante, pues permite al juez apreciar qué conducta del acreedor perjudicado no ha tendido a la mitigación del daño sino más bien al contrario. El deber de mitigar el daño actúa como claro contrapeso a la extensión de los daños y perjuicios, p. 140.

⁷³ Antonio Manuel MORALES MORENO (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 180-185. Para CARRASCO PERERA (2006), p. 20, es una “regla universal del Derecho de daños que el acreedor está sujeto a la carga de mitigar el alcance de sus daños, mediante la aplicación de las medidas que sean razonables, de forma que los daños que podían haber sido razonablemente evitados, y no lo hayan sido, corren a cuenta del acreedor”. “Nuestro Código Civil –añade– no la recoge, pero la jurisprudencia hace aplicación de ella, como inferida en último extremo del deber de buena fe del art. 1258 CC”.

⁷⁴ En este sentido, VICENTE DOMINGO (2014), p. 139. Fernando PANTALEÓN (1989), “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, Tomo XLII, Fascículo I, p. 1152, habla del deber de buena fe de mitigar el daño. En opinión de Gabriel MACANÁS VICENTE (2014), “La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, coord. por Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA y Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ, Aranzadi, Navarra, pp. 266-267, pese a la falta de positivación expresa, se puede considerar como indiscutido el deber del acreedor de mitigar su propio daño, encontrándose además ínsito en el art. 7.1 CC o en los principios de concurrencia de culpas en la causación del daño, y siendo reconocido pacíficamente por la doctrina jurisprudencial.

en el estudio de esta figura, refiriéndonos tan solo a los aspectos de su regulación que nos parecen relevantes en relación con lo hasta ahora dicho sobre el principio de mitigación.

En este sentido, el artículo 17 LCS resulta interesante en tanto no solo se limita a enunciar el principio mitigador, sino que se ocupa de regular su contenido de forma más pormenorizada. Así, en su virtud:

“El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado.

Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador, éste quedará liberado de toda prestación derivada del siniestro.

Los gastos que se originen por el cumplimiento de la citada obligación, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a los bienes salvados serán de cuenta del asegurador hasta el límite fijado en el contrato, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos. En defecto de pacto se indemnizarán los gastos efectivamente originados. Tal indemnización no podrá exceder de la suma asegurada.

El asegurador que en virtud del contrato sólo deba indemnizar una parte del daño causado por el siniestro, deberá reembolsar la parte proporcional de los gastos de salvamento, a menos que el asegurado o el tomador del seguro hayan actuado siguiendo las instrucciones del asegurador”.

Como puede apreciarse, el precepto se ocupa de enunciar el deber del acreedor de aminorar los daños y de su derecho a ser reembolsado de los gastos en que incurriera para lograrlo, tal como hacen los textos internacionales anteriormente mencionados. Pero junto a ello, el artículo 17 LCS distingue entre culpa y dolo del acreedor –asegurado o tomador del seguro- para determinar la indemnizabilidad de los daños, exonerando al deudor en este último caso. Por lo demás, la norma se refiere expresamente al criterio de la proporcionalidad, al que, como hemos visto, atienden los tribunales para la determinación del montante indemnizatorio. Esta proporcionalidad queda reflejada en distintas expresiones que utiliza la letra de la norma: los medios que se le exigen al asegurador son los que estén “a su alcance”; la reducción de la prestación del asegurador se hace depender no solo de la “importancia de los daños” derivados del siniestro sino del “grado de culpa del asegurado”; los gastos no han de ser inoportunos o desproporcionados; y el asegurado o tomador puede actuar “siguiendo las instrucciones del asegurador”. En función de estos parámetros, la valoración de los daños indemnizables habrá de realizarse atendiendo a la casuística⁷⁵.

⁷⁵ Véase por todas, STS, 1ª, 21.11.2011 (RJ 1112; MP: Francisco Marín Castán), que puede servir de paradigma. La cuestión litigiosa se centra en el coste de reparación de un edificio que resultó dañado por un incendio, y cuyo estado se agravó como consecuencia de los fenómenos atmosféricos del invierno y la primavera, después de varios meses sin haberse reparado. Se trataba de determinar quién debe soportar las consecuencias económicas de esa falta de reparación: si el asegurado, por no haber reparado inmediatamente la cubierta del edificio, o el asegurador, por no haber advertido nada al asegurado y haberse limitado a ofrecerle una cantidad de dinero bastantes meses después del siniestro. Tras el incendio, el perito de la aseguradora advirtió de la necesidad de realizar unas obras de cobertura para evitar que las inclemencias del tiempo dañaran al resto del edificio. El TS rechaza el recurso de casación de la aseguradora pues, siguiendo la letra del art. 17 LCS, entiende que el asegurado solo puede tomar las medidas que estén a su alcance y que, siguiendo el principio de buena fe que debe presidir la actuación de ambas partes –ya que ambas deben colaborar lealmente para evitar que los daños aumenten tras el siniestro-, el asegurador tendría que haber dado instrucciones al asegurado sobre las pautas a seguir. Por una parte, nadie advirtió al asegurado sobre la necesidad de dotar al edificio de una estructura provisional para evitar su deterioro por las inclemencias del tiempo y, por otra, se declara probado que las obras necesarias no estaban al alcance del mismo, expresión que debe entenderse comprensiva de las posibilidades económicas del asegurado.

Aunque para la doctrina mayoritaria debe considerarse una simple carga, tal como hemos señalado respecto del deber general de mitigación, no falta quien entiende que se trata de una auténtica obligación⁷⁶. En cualquier caso, el fundamento del deber de salvamento se encuentra no solo en la protección de asegurador y asegurado, sino en una exigencia de buena fe, ya que el perjudicado no puede dejar de realizar cuantas actuaciones normalmente adoptaría de no encontrarse asegurado⁷⁷; igualmente, también habrá de valorarse atendiendo a la buena fe el comportamiento del asegurador, especialmente cuando el asegurado siga sus instrucciones. El principio de leal colaboración impuesto por la buena fe que domina el contrato de seguro ha de considerarse, en definitiva, el principio rector a cuyo amparo los juzgadores habrán de valorar la intervención de las partes en la disminución o incremento de los daños, en atención, como reiteradamente se ha apuntado, a parámetros de racionalidad.

4. Reflexión final

Si se ha seguido el hilo argumental expuesto a lo largo de estas páginas, no resulta difícil adivinar el contenido de esta última reflexión sobre el tema aquí abordado. Verdaderamente, no creemos que la incorporación expresa a nuestro Código Civil del deber del acreedor de mitigar los daños causados por el incumplimiento sea precisa para completar nuestro sistema contractual, facilitar la tarea del aplicador del Derecho o llegar a resultados más equitativos en la resolución de conflictos relacionados con la determinación de daños y perjuicios.

En primer lugar, nuestro ordenamiento no necesita ser completado en ese sentido, ni obviamente puede hablarse aquí de la existencia de una laguna legal. El principio de buena fe y la doctrina de la causalidad amparan tanto los derechos de ambos contratantes como la labor del juzgador. Introducir en nuestro Código Civil un precepto que recogiera el deber de mitigación no añadiría novedad alguna a la exigencia de buena fe contractual, ni aportaría tampoco nada al quehacer ordinario de nuestros tribunales.

Por otra parte, como hemos comprobado al acercarnos a algunas resoluciones judiciales, tanto de tribunales españoles como ingleses, la determinación de los daños y perjuicios es una cuestión de hecho, que habrá de apreciarse de forma casuística, atendiendo a las circunstancias de cada supuesto litigioso; no puede valorarse de otra forma la incidencia de la conducta del acreedor, ni tampoco la del deudor, en la disminución o incremento de los daños derivados de un incumplimiento contractual. Y el casuismo ha de llevarnos, inexorablemente, al criterio de la racionalidad. El deber de mitigación no es sino una concreción lógica del principio de buena fe,

⁷⁶ Para Joaquín GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE (1982), *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, p. 168, el deber de salvamento constituye una verdadera obligación, frente a quienes lo entienden como un simple deber, como sostiene Fernando SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al artículo 17", en *La Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, coord. por SÁNCHEZ CALERO, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 270; o Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1988), *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, p. 271.

⁷⁷ En este sentido, Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ (2005), "Deber y gastos de salvamento en el artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, nº 27, 2005, p. 14.

derivada del más puro raciocinio; no hay nada más racional que entender que la actitud pasiva del acreedor viendo incrementarse los daños no se adecúa al patrón de comportamiento basado en la buena fe que de los contratantes se espera; como tampoco que aquel haya de soportar los gastos que la aminoración de los daños le reporte. Atendiendo a estos parámetros, los tribunales españoles valoran a estos fines las mismas circunstancias que los ingleses, relativas, entre otras cuestiones, a la oportunidad de aceptación de una nueva oferta del deudor, la consideración de la situación económica del acreedor, la valoración de la búsqueda de un negocio de reemplazo, la atribución de la carga de la prueba o la contemplación de la *avoided loss rule* a través, en nuestro caso, de la aplicación de la regla de la *compensatio lucri cum damno*. La utilización de tales criterios ayuda a los tribunales a concretar la aplicación del artículo 1107 CC, a fin de determinar si los daños son o no “consecuencia necesaria” de la falta de cumplimiento del deudor, ejerciendo su función moderadora, *ex* artículo 1103 CC, cuando resulte necesario. Los resultados que se alcanzan en ambos foros son similares, en clara dependencia tanto de las circunstancias de cada caso como de la particular valoración del propio juzgador; queda a salvo el supuesto de los *nominal damages* –daños puramente nominales, no reales⁷⁸–, no reconocidos, como es sabido, en nuestro derecho contractual.

Si hubiéramos de concretar todas las manifestaciones del principio de buena fe para cada supuesto conflictivo, inundaríamos de reglas el Código Civil. La cuestión es que el principio de mitigación también debe ser concretado para dar solución a cada supuesto, por cuanto lo que los juzgadores han de interpretar, en cualquier caso, para alcanzar una solución equitativa en la determinación de los daños indemnizables no es otra cosa que la conducta razonable. Por ello, el reconocimiento legal del deber de mitigar no habría de facilitar, necesariamente, la labor del aplicador del derecho, ni le allanaría francamente el terreno para alcanzar la equidad. La construcción de la doctrina de la mitigación resulta explicable en un sistema como el de *common law*, tanto por su carencia de normas codificadas como, sobre todo, por su desconocimiento del principio general de buena fe, que impera y se desarrolla en los sistemas de Derecho civil continental.

Aun siendo así, la propia doctrina inglesa, como se ha señalado, no duda en situar el principio de mitigación en el ámbito de la relación de causalidad e, incluso, alguna llama al principio de buena fe como fundamento de su existencia. Entre otras cosas, el refrendo del principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos en nuestro ordenamiento (art. 7.1 CC) hace inoperante la discusión acerca de la admisión o no del deber de mitigación en el caso del *anticipatory breach*, por cuanto aquel principio ha de respetarse en cualquier momento anterior o posterior al contrato.

Consideramos que la mitigación es un problema de causalidad, no estrictamente de imputación

⁷⁸ Como explica Guenter TREITEL, “An action for damages can succeed even though the victim has not suffered any loss: in that event it will result in an award of nominal damages. The effect of such an award may simply be to establish what the rights and liabilities of the parties under a contract are, though for this purpose the action for a declaration now provides a more convenient remedy. Generally the victim will claim damages for a substantial loss; and our concern is with the law governing the award of such damages”, (2010), *The law of contract, Thirteenth edition* by Edwin PEEL, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, London, p. 988.

objetiva -disquisición esta a la que no hemos podido dedicar mayor atención en este trabajo, tanto por encontrar mayor campo de acción en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, como por falta del espacio que su tratamiento adecuado necesitaría-, a pesar de que se entienda que la PMDC ha configurado en el artículo 1211 una causa de exoneración de responsabilidad del deudor fundada en un criterio de responsabilidad objetiva⁷⁹. La conducta omisiva del acreedor interfiere en el nexo causal a los efectos de determinar el quantum resarcitorio derivado del incumplimiento del contrato; para que tal suceda, el acreedor ha debido incumplir el deber de mitigación, actuando con parámetros ajenos a la buena fe, pues si actuó de forma razonablemente diligente no se le imputa la agravación del daño. Por otra parte, concierne al deudor probar que el acreedor no actuó de forma razonable a fin de que este soporte la reducción de los daños. En la medida en que el acreedor debe actuar conforme a la buena fe para mitigar el daño, la pretensión de cumplimiento podría verse limitada si resulta abusiva teniendo en cuenta las acciones mitigadoras razonables de las que pueda disponer, entre las que cabe destacar la celebración de un negocio de reemplazo. Corresponde a los tribunales determinar el grado de razonabilidad de las medidas tomadas por el acreedor, tanto en lo que concierne a la pretensión de cumplimiento, como a las cantidades que hayan de ser resarcidas al deudor; de ello se sigue que el juzgador deberá valorar en qué grado los beneficios derivados de las actuaciones llevadas a cabo por el acreedor para aminorar los daños deben deducirse de la cantidad indemnizable, poniendo el acento en la relación de inmediatez o el carácter directo de dicho beneficio respecto de las medidas empleadas. Por su parte, si el deudor prueba la accesibilidad de medidas de mitigación no adoptadas por el acreedor, debería beneficiarse de la exclusión de la pérdida que se podría haber evitado, aunque se deduzca el coste que dichas medidas hubiesen supuesto para este.

En los últimos tiempos estamos asistiendo a un progresivo apego de ciertos sectores doctrinales por lo que podríamos denominar “detallismo legal”, del que hacen gala algunos de los textos internacionales a los que antes hemos hecho referencia. En particular, el DCFR o el CESL apoyan la regulación de más de alguna institución sobre preceptos excesivamente descriptivos o pormenorizados, que, en contra de lo que cabría pensar, se caracterizan más por su oscuridad que por su clarividencia, dada la enrevesada redacción de la que ciertas normas adolecen. En nuestra opinión –indudablemente mediatizada por la formación jurídica recibida-, no deberíamos obviar tan ligeramente que nuestro derecho contractual, no solo se asienta sobre principios sólidos, sino que viene a complementarse con la doctrina jurisprudencial (art. 1.6 CC), en tanto corresponde a jueces y tribunales la función de aplicar e interpretar la ley y el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC). Y como apoyo de dicha labor judicial ha de tenerse siempre en consideración a la doctrina científica; es a ella a quien toca la tarea de lidiar con el análisis de la casuística y de elaborar teorías aplicables a la realidad práctica más ordinaria. En relación al deber del acreedor de mitigar los daños derivados del incumplimiento, tanto tribunales como doctrina han cumplido extraordinariamente sus respectivas funciones, como puede apreciarse a través de la lectura de estas páginas.

⁷⁹ Al respecto véase Juan Antonio XIOL RÍOS (2011), “Criterios de imputación de la responsabilidad contractual”, *Boletín del Ministerio de justicia*, Año LXV, nº 2132, www.mjusticia.es/bmj.

5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 15.11.1994	RJ 8488	Francisco Morales Morales	Encarnación M.A. c. "Banco Hispano Americano S.A.", "Sistema 4B S.A." y "Visa España, Sociedad Civil"
STS, 1ª, 28.1.2000	RJ 454	Pedro González Poveda	"Internationale Jute Maatschappij, BV" c. "Marín Palomares, S.L."
STS, 1ª, 14.5.2003	RJ 4749	Antonio Gullón Ballesteros	"Mostos internacionales S.A." c. "Mayoristas de Vinos S.A."
STS, 1ª, 23.5.2005	RJ 6364	Francisco Marín Castán	"Maxcrest Limited" c. "Tradición Textil, S.A."
STS, 1ª, 17.6.2010	RJ 5405	Encarnación Roca Trías	"Satravill, S.A." c. José Ignacio, Luis Miguel, "CIA ASEMAS, Mutua de seguros y reaseguros a prima fija", "Octogono Castellón, S.L.", Abel, Arturo, Celso, Elías, Florentino
STS, 1ª, 3.9.2010	RJ 6950	Encarna Roca Trías	"Preventiva Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A." c. María Purificación, Obdulio, Candelaria y Rosendo, Obdulio y Brígida, Irene, Manuela, Hermenegildo, Jacobo, Leonardo, Ofelia, Rosario y Valle, María Rosario y Narciso, Raúl, Estíbaliz, Juan Pedro e Inmaculada, Virgilio y Crescencia
STS, 1ª, 21.11.2011	RJ 1112	Francisco Marín Castán	Jerónimo c. "Mutua General de Seguros"
STS, 1ª, 9.4.2012	RJ 8986	Juan Antonio Xiol Ríos	"Reina Valls, S.L." c. "Inmomerca, S.A."
STS, 1ª, 11.4.2012	RJ 5743	Francisco Marín Castán	Erasmus c. "Grupo El Árbol Distribución y Supermercados S.A."
STS, 1ª, 30.7.2012	RJ 9006	Rafael Gimeno-Bayón Cobos	"Member Clima, S.L." "Grupo Clima Miranda, S.L." y "Conforstone, S.L." c. "Climastar GlobalCompany, S.L."
STS, 1ª, 26.11.2012	RJ 11210	Francisco Javier Orduña Moreno	"Harinera Riojana, S.A." c. "Materias Primas del Norte, S.L."
SAP Vizcaya, Secc. 5ª, 13.12.2012	JUR 154337	Magdalena García Larragán	Pedro Francisco y Juan Carlos c. "Modelos Ategorri, S.L."
STS, 1ª, 26.2.2013	RJ 4935	Rafael Gimeno-Bayón Cobos	"Grup Elimar Granada, S.L." c. "Temple Servicios Inmobiliarios S.L.U" y Administración Concursal de Temple Servicios Inmobiliarios S.L.U
STS, 1ª, 9.7.2013	RJ 5914	Sebastián Sastre Papiol	Agapito y Calixto c. "Temple Servicios inmobiliarios S.L." y Administración Concursal de Temple Servicios Inmobiliarios

			S.L.U.
STS, 1ª, 18.7.2013	RJ 5200	Rafael Saraza Jimena	Jesús, Rodrigo y Luis Pablo c. "Finca Locirer, S.L." y "Compagnie des garanties, LTD"
STS, 1ª, 9.7.2014	RJ 4523	José Ramón Ferrándiz Gabriel	"Internacional Flavors & Fragrances Inc." e "Internacional Flavors & Fragrances IFF (Nederland) BV", c. Ramón Sabater S.A."
STS, 1º, 30.10.2014	RJ 5189	Francisco Javier Arroyo Fiestas	"Reeif Naves logísticas, S.L.U." c. "Talleres Galco, S.L." y "Covenex, S.L."
STS, 1ª, 4.3.2015	RJ 1095	Rafael Saraza Jimena	"Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A." c. "Iberdrola, S.A." e "Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A."
STS, 1º, 29.6.2015	RJ 2552	Antonio Salas Carceller	"Inmobiliaria Compostela S.A." c. "Banco Español de Crédito"
STS, 1ª, 15.9.2015	RJ 3991	Antonio Salas Carceller	"Obras y construcciones Alen, S.A." c. "Supermercados Champion, S.A."
STS, 1ª, 9.3.2016	RJ 861	Francisco Marín Castán	Basilio c. Pedro Jesús
STS, 1ª, 18.3.2016	RJ 852	Francisco Javier Arroyo Fiestas	"Inalcoven S.L." c. "Comercial Artesanos camiseros, S.L." y "Camiserías García de Seras Sociedad Civil"

6. Bibliografía

Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ (2005), "Deber y gastos de salvamento en el artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, nº 27, 2005, págs. 13-46.

Neil, ANDREWS/Malcom, CLARKE/Andrew, TETTENBORN/Graham VIRGO (2011), *Contractual duties: performance, breach, termination and remedies*, Sweet & Maxwell, London.

Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (1995), "Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1994", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, págs. 549-563.

Antonio, CABANILLAS SÁNCHEZ (1988), *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid.

Ángel, CARRASCO PERERA (2006), "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina", *InDret*, nº 320, enero 2006, págs. 1-25.

John, CARTWRIGHT (2013), *Contract Law. An introduction to the English Law of Contract for the Civil*

Lawyer, Oxford and Portland, Oregon.

Ricardo, DE ÁNGEL YAGÜEZ (1993), *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid.

- (1991), "Comentario al artículo 1107 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, págs. 53-62.

Luis, DÍEZ-PICAZO (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid.

Stewart, DUNN (1999), *The Law of Damages*, Newcastle.

Robert, DUXBURY (2011), *Contract Law*, Sweet & Maxwell, London.

Enrique, FERNÁNDEZ MASIÁ (2000), "Comentario a la STS de 28 de enero de 2000", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, nº 53, págs. 673-689.

Michael, FURMSTON *et al.* (2010), *The Law of Contract*, Lexis Nexis.

Joaquín, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE (1982), *Contrato de seguro terrestre*, Madrid.

Roger, HALSON (2013), *Contract Law*, Pearson, p. 502.

Sirko, HARDER (2010), *Measuring of damage in the law of obligation. The search of harmonized principles*, Oxford and Portland, Oregon.

Donald, HARRIS/David, CAMPBELL/Roger, HALSON, (2002), *Remedies in contract and tort*, Butterworths, London.

Adam, KRAMER (2014), *The Law of Contract Damages*, Oxford and Portland, Oregon.

Gabriel, MACANÁS VICENTE (2014), "La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)", en Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA y Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Aranzadi, Navarra, págs. 215-289.

Elizabeth, MACDONALD/Ruth, ATKINS (2014), *Law of Contract*, Oxford University Press, p. 521.

Paul A., McDERMOTT (2001), *Contract Law*, Butterworths, Dublin.

Harvey, MCGREGOR QC (2008), "The role of mitigation in the assessment of damages", en *Contract damages. Domestic and international perspectives*, ed, by Djakhongir SAIDOV and Ralph CUNNINGTON, Oxford and Portland, Oregon.

Harvey, MCGREGOR/Martin, SPENCER/Julian, PICTON (2014), *McGregor on damages*, Sweet & Maxwell, London.

David, MCLAUCHLAN (2008), "Expectation damages: avoided loss, offsetting gains and subsequent events", en *Contract damages. Domestic and international perspectives*, ed. by Djakhongir SAIDOV and Ralph CUNNINGTON, Oxford and Portland, Oregon.

Francisco, OLIVA BLÁZQUEZ (2000), "Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena. La indemnización de daños y perjuicios y el «deber de mitigar» «ex» artículo 77 CISG", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, nº 5, págs. 203-219.

Janet, O'SULLIVAN/Jonathan, HILLIARD (2014), *The Law of Contract*, Oxford University Press, p. 411.

David, OUGHTON/Martin, DAVIS (2000), *Contract Law*, Cavendish Publishing Limited, London-Sidney.

Fernando, PANTALEÓN PRIETO (1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVI, Fascículo III, julio-septiembre 1993, págs. 1719-1745.

- (1991), "Comentario al artículo 1902", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1971-2003.

- (1989), "Resolución por incumplimiento e indemnización", *Anuario de Derecho Civil*, 1989, Tomo XLII, Fascículo I, págs. 1143-1168.

Rafael, SÁNCHEZ ARISTI (2009), "Comentario al artículo 1107", en Rodrigo BERCOVITZ, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, págs. 1309-1312.

Fernando, SÁNCHEZ CALERO (1999), "Comentario al artículo 17", en SÁNCHEZ CALERO, *La Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Navarra, pág. 269-276.

Inmaculada, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2011), "La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas", en Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, págs. 462-478.

Ana, SOLER PRESAS (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona.

- (2009), "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", *Indret*,

2/2009, p. 10 (http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf)

- (1995), “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS de 15 de noviembre de 1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVIII, nº 2, 1995, págs. 951-970.

Antoni, VAQUER ALOY (2015), “La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho Común Europeo de la Compraventa (CESL)”, *Revista de Derecho Civil*, 2015, vol. II, nº 1, págs. 1-24.

Elena, VICENTE DOMINGO (2014), *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid.

David, WINTERTON (2015), *Money awards in Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon.

Juan Antonio XIOL RÍOS (2011), “Criterios de imputación de la responsabilidad contractual”, *Boletín del Ministerio de justicia*, Año LXV, nº 2132, www.mjusticia.es/bmj

Isabel, ZURITA MARTÍN (2015), “Indemnización por daños y perjuicios e intereses en el CESL”, en Antoni VAQUER/Esteve BOSCH/M^a Paz SÁNCHEZ, *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de los contratos*, Atelier, Barcelona, págs. 671-697.