

R E V I S T A

# IUSTIA



BOGOTÁ, ISSN: 1900-0448 - FACULTAD DE DERECHO - Nº 36 - ENERO / JUNIO 2012



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

REVISTA IUSTA

Nº 36

enero - junio

2012

IUSTA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 36	pp. 1 - 170	Enero Junio	2012	ISSN 1900-0448
-------	--------------------------	--------	-------------	----------------	------	-------------------



Revista admitida en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas –Publindex, en categoría C.  
Dirigida a académicos y científicos en Ciencias Humanas Aplicadas

ISSN: 1900-0448

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados  
Universidad Santo Tomás  
Facultad de Derecho  
2012

Corrección de estilo  
Diana Marcela Jaime López

**Universidad Santo Tomás**  
Departamento de Publicaciones  
Carrera 13 No. 54-39  
Teléfonos 235 19 75 - 255 42 01  
<http://www.usta.edu.co>  
[editorial@usantotomas.edu.co](mailto:editorial@usantotomas.edu.co)  
Bogotá, D.C., Colombia  
2012

## CONSEJO EDITORIAL

**P. Carlos Mario Alzate Montes, O.P.**  
Rector General

**P. Eduardo González Gil, O.P.**  
Vicerrector Académico General

**P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero General

**P. Érico Juan Macchi Céspedes, O.P.**  
Vicerrector General VUAD

**Omar Parra Rozo**  
Director de la Unidad de Investigación

**Fray Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.**  
Director Departamento de Publicaciones

**María Paula Godoy Casasbuenas**  
Editora

## COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

**P. Vicente Becerra Reyes, O.P.**  
Decano de División Facultad de Derecho y Filosofía

**Álvaro Echeverri Uruburu**  
Decano Facultad de Derecho

**Mario Federico Pinedo Méndez**  
Secretario de División de Filosofía y Derecho

**Elisa Urbina Sánchez**  
Directora Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

**Luis Alfonso Fajardo Sánchez**  
Representante de los profesores

**Jorge Enrique Carvajal Martínez**  
Coordinador de Publicaciones Facultad de Derecho

## COMITÉ EDITORIAL DE LA REVISTA

**Álvaro Echeverri Uruburu**  
Decano de la Facultad de Derecho

**María Cristina Patiño**  
Doctora en Derecho Procesal - Docente Universidad Santo Tomás

**Elisa Urbina Sánchez**  
Magíster en Economía y en Derecho Público - Docente Universidad Santo Tomás

**Jorge Enrique Carvajal Martínez**

Doctor en Sociología Jurídica - Docente Universidad Santo Tomás

**Germán Burgos Silva**

Doctor en Derecho - Docente Universidad Nacional

**Gustavo Quintero**

Doctor en Derecho - Docente Universidad de los Andes

**Jorge Enrique Ibáñez Nájara**

Magíster en Derecho Económico - Docente Universidad Javeriana

**Olenka Wolkof Oxage**

Doctora en Derecho Privado - Docente Politécnico Gran Colombiano

**EDITOR DE LA REVISTA**

Jorge Enrique Carvajal Martínez

**COMITÉ CIENTÍFICO****Hartmut Maurer**

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

**Martin Ibler**

Profesor de la Universidad de Konstanz, Alemania

**Dieter Lorenz**

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

**Lorenzo Conlito Hueso**

Profesor de la Universitat de València, España

**Jean de Bols de Gaudusson**

Profesor de la Universidad de Montesquieu, Bordeaux IV, Francia

**PARES ACADÉMICOS PARA EL PRESENTE NÚMERO****José Manuel Gual**

Doctor en Derecho Privado  
Docente Universidad Santo Tomás

**Juan Carlos Villalba Cuellar**

Magíster en derecho francés, europeo e internacional de  
negocios. Universidad Militar

**Olenka Wolcott**

Doctora en Derecho Privado  
Docente Politécnico Gran Colombiano

**Misael Tirado**

Doctor en Sociología Jurídica. Profesor Universidad Militar

**Mónica Fernández**

Doctora en Derecho Privado  
Docente Politécnico Gran Colombiano

**Vilma Moreno**

Doctora en derecho  
Profesor Universidad Santo Tomás

**Jorge Oviedo Albán**

Candidato a Doctor en Derecho, Magíster en Derecho  
Profesor de la Universidad de la Sabana

**Andrés Abel Rodríguez**

Candidato a Doctor  
Magíster en derecho  
Profesor Universidad Nacional

## Contenido

Editorial.....	9
<b>ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN</b>	
Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global ..... <i>Joaquín Acosta</i>	15
Hacia la inclusión de lo ambiental dentro del concepto de sostenibilidad democrática propuesto en el informe “Nuestra Democracia” de la OEA y el PNUD ..... <i>Álvaro José Arango Restrepo, O.P.</i> <i>Juan Pablo Romero Correa, O.P</i>	39
Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010 ..... <i>Jorge Oviedo Albán</i>	49
Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos ..... <i>Jheison Torres Ávila</i>	61
<b>ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN</b>	
Las Operaciones de Mercado Abierto (OMA): instrumento eficaz para el control de la base monetaria. Trasegar histórico y pertinencia actual ..... <i>Ómar Alfonso Ochoa Maldonado</i>	83
Tendencias contemporáneas en la teoría general de la prueba ..... <i>Rodrigo Vargas Ávila</i>	107

## Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010\*

## Mitigation of Damages in the International Sale. A Purpose of Cassation Judgement of the Supreme Court of Colombia on 16 December 2010

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2011

Fecha de evaluación: 14 de octubre de 2011

Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2011

JORGE OVIEDO ALBÁN\*\*

### RESUMEN

A través de la Sentencia de Casación de 16 de diciembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia de Colombia decidió sobre un caso en el que aplica la figura de "mitigación de daños", que está consagrada en el artículo 77 de la "Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", la cual fue adoptada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999. El presente trabajo tiene

---

\* El presente artículo es un avance del proyecto de investigación "La regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías"; Investigación que hace parte del proyecto del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana.

\*\* Magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes (Chile). Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Profesor de Contratación Internacional en la Universidad de La Sabana (Colombia) y en la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Becario Ernst von Caemmerer e Investigador Invitado en la Universidad de Basilea (Suiza).

---

por objeto analizar el alcance e implicaciones de la mitigación de daños en la compraventa internacional, tomando como base el análisis de la doctrina y la jurisprudencia extranjera.

**Palabras clave:** compraventa internacional de mercaderías, mitigación de daños, incumplimiento contractual.

## ABSTRACT

Through Cassation Judgement of December 16, 2010, the Supreme Court of Colombia decided on a case that applies the figure of "mitigation of damages", which is enshrined in Article 77 of the "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", which was adopted in Colombia through Law 518 of 1999. This paper aims to examine the scope and implications of mitigation of damages in international sales, based on the analysis of foreign jurisprudence and doctrine.

**Keywords:** international sale of goods, mitigation of damages, breach of contract.

## INTRODUCCIÓN

En Sentencia de Casación de 16 de diciembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia colombiana, en un caso que se relata en este texto, acogió la figura de la "mitigación de daños", señalando sus razonamientos en la forma como esta se encuentra consagrada en la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, a la vez que fue adoptada en Colombia por medio de la Ley 518 de 1999.

Este fallo resulta de interés no solo por el análisis que hace la Corte sobre el tema mencionado, sino también porque se trata de una sentencia de un tribunal nacional en la cual se acude a la Convención para interpretar la legislación interna. De esta forma se sigue el camino sugerido por la doctrina y por varios fallos extranjeros, con lo que se demuestra, una vez más, que este instrumento puede servir no solamente para regular los contratos internacionales objeto de su aplicación, sino también que al ser parte del derecho colombiano funciona para ser aplicada a casos nacionales,

integrándose así con la legislación de derecho común: el Código Civil y el Código de Comercio<sup>1</sup>.

Este artículo está dividido en dos partes. En la primera se hace un resumen del fallo, destacando algunas consideraciones que resultan relevantes; en la segunda se incluye una explicación de la mitigación de daños y la forma como esta figura ha sido asumida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia en operaciones de compraventa internacional. Esto, con el fin de insistir en la correcta interpretación y aplicación que la jurisprudencia colombiana ha hecho de la misma.

Para la elaboración del presente texto se ha tenido en cuenta la interpretación dogmática del artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; interpretación que se apoya en una indagación de tipo doctrinal, para verificar la forma como la norma es entendida por los autores. Igualmente se han estudiado comparativamente fallos extranjeros y laudos arbitrales, los cuales, en aplicación de la

<sup>1</sup> Sobre este particular puede consultarse un artículo de mi autoría: Oviedo Albán, J. (2010). La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: antecedentes y desarrollos alternativos. *Foro de Derecho Mercantil*, 29, 37-63. De igual manera puede consultarse la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.



Convención, han establecido qué conductas mitigadoras son las que debe asumir el acreedor frente al incumplimiento del deudor. Tales conductas son expuestas sistemáticamente, con el propósito de poder verificar si la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia, actuando como tribunal de casación, resulta ajustada o no a los parámetros fijados por la doctrina y la jurisprudencia.

## RESUMEN DEL FALLO

En este acápite se señalan los hechos y argumentos de los fallos de primera y segunda instancias, para posteriormente relatar y destacar las consideraciones de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema.

### HECHOS

La Sociedad Marítimas Internacionales Ltda. celebró un contrato de transporte de 1.015,97 toneladas de fosfato bicálcico con la Distribuidora Petrofert Ltda., teniendo como destinataria a la Caja Agraria y siendo su agente aduanero Almagrario, S.A. El transporte se realizaría por vía marítima a cargo de otra sociedad colombiana. La nave llegó al puerto de Barranquilla a las 15:40 horas del 27 de noviembre de 1982, y estaba a la espera de poder atracar en los muelles de la terminal, para lo que se necesitaba que previamente el destinatario cancelara los fletes respectivos.

Transcurrieron cinco meses sin que la demandante pudiera descargar las mercancías, por lo que el 25 de marzo de 1983 inició la acción correspondiente para descargar y obtener la orden de remate, y de este modo obtener los recursos para el pago de fletes y demás gastos ocasionados. Ante ello, se demandó a la Caja Agraria, Almagrario y Distribuidora Petrofert Ltda. por los daños ocasionados.

### LAS DECISIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIAS

El juzgado de conocimiento decidió en fallo de 3 de septiembre de 1996 negar las pretensiones de

la demanda, basado en que no estaba probada la culpa de las demandadas.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia confirmó el fallo de primera instancia en relación con la Caja Agraria, al considerar que no se había probado una conducta dolosa o culposa de esta última, debido a que entre las partes del contrato se había pactado la apertura de una carta de crédito con un banco corresponsal extranjero, la cual estaba destinada al pago de los fletes generados por el transporte del fosfato bicálcico. No obstante, condenó a Distribuidora Petrofert Ltda. al pago de los fletes respectivos.

Pese a lo anterior, la sociedad demandante interpuso un recurso de casación para que se extendiera la condena a la Caja Agraria.

### LA SENTENCIA DE CASACIÓN

La Corte analizó la conducta que le correspondía a la empresa transportadora y precisó, entre otras consideraciones, el deber que asume la víctima del daño en orden a mitigarlo. Para ello tomó como ejemplo de su inserción en el derecho colombiano al artículo 1074 del Código de Comercio y al artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, incorporada al ordenamiento nacional mediante Ley 518 de 1999. Aun sin casar la sentencia, sobre esta base concluyó:

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues solo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar

la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como *“una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconoce al otro e ignora su particular situación, o sus legítimos intereses, o que está dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido”* (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda.

Siendo ello así, ningún desafuero se aprecia en la interpretación que el Tribunal hizo del artículo 1033 del Código de Comercio, pues ciertamente el ejercicio “negligente” –en el sentido de *tardío*– que ese juzgador atribuyó a la actora respecto de los derechos consagrados en ese precepto, bien podía dar lugar a inferir que la propia demandante había contribuido en la producción o agravación del daño cuya reparación ella persiguió en este asunto (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2010).

La Corte finalmente señaló que el Tribunal interpretó correctamente el artículo 1033 del Código de Comercio y destacó que

bien podía dar lugar a inferir que la propia demandante había contribuido en la producción o agravación del daño cuya reparación ella persiguió en este asunto y, de esta manera, a aplicar el artículo 2357 del Código Civil, reduciendo la indemnización que se impuso a la demandada Distribuidora Petrofert Limitada, o a estimar, desde otra óptica, relacionada con la anterior pero diversa de ella, que la aquí demandante no se encontraba legitimada para reclamar la totalidad del perjuicio que padeció si estuvo en la posibilidad de adoptar medidas razonables para aminorar o reducir las consecuencias dañosas del hecho ilícito que le endilgó a las demandadas (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2010).

## LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN LAS OPERACIONES DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Con fines meramente ilustrativos, a continuación se explica el concepto de mitigación de daños, el cual está incluido en la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como su naturaleza jurídica, alcance y algunas “conductas mitigadoras”, entendidas así a juicio de la jurisprudencia.

### CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO LEGAL

El deber de mitigar los daños puede concebirse como el conjunto de medidas razonables que debe adoptar quien sufre el incumplimiento del contrato, para evitar de esta manera que el daño ocasionado se extienda. Así, “no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta de adopción de tales medidas” (Díez, 2008: 783).

El deber de mitigar los daños se encuentra regulado en el artículo 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y se expresa en los siguientes términos:

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 (2010: 25).

La mitigación de daños se entiende tanto en la doctrina (Audit, 1994: 64; Ferrari, 1994: 225; Honnold, 1999: 101; Magnus, 1998; San Juan, 2005: 77-78; Schwenger y Hachem, 2010: 138; Schwenger,

2010: 1462) como en la jurisprudencia<sup>2</sup> como uno de los principios en los que se fundamenta la Convención. Además se considera que está basado tanto en el principio de buena fe en el comercio internacional (Schwenzer, 2010: 1042; San Juan, 2005: 228) como en una cuestión de carácter económico, al intentar desincentivar conductas pasivas que permitan la agravación del daño que hubiere podido ser evitado (Soler, 1998a: 64-65).

Esta regla ha sido incorporada en los modernos instrumentos de derecho contractual, los que a partir de la Convención sobre Compraventa Internacional buscan la armonización y unificación, ya sea a escala global o regional. Igualmente, tal regla tiene una amplia aceptación en el arbitraje Internacional, a punto de reconocerlo como uno de los principios de la *Lex Mercatoria* (Osman, 1992: 183-186; Zeller, 2007: 486). Así lo dispone el artículo 7.4.8 de los Principios de UNIDROIT:

Atenuación del daño:

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonable efectuado en un intento por reducir el daño (cfr. McKendrick, 2009: 901-904; Opie, 2007: 226-231).

En términos similares se encuentra estipulado en el artículo 9.505 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos:

(1) La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada, en la medida en que esta última hubiera podido re-

ducirla adoptando para ello las medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualesquiera gastos en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas (cfr. Díez, Roca y Morales, 2002: 382-383).

También el artículo 167 del Código Europeo de Contratos formula:

1. No se debe resarcimiento alguno por el daño que no se habría producido si el acreedor hubiera adoptado las necesarias medidas de su incumbencia antes de que aquel se produzca.

2. El agravamiento del daño que el acreedor hubiera podido impedir después de verificado este, adoptando las medidas necesarias, no es reparable.

3. Si una acción o una omisión del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento se reduce respecto de las consecuencias derivadas de ella.

4. Es relevante, a los efectos del apartado precedente, el hecho de que el deudor no haya sido advertido por el acreedor de los singulares riesgos, conocidos o debidos conocer por él, consustanciales con el cumplimiento (cfr. Academia de Pavía, 2009: 118; Zeller, 2007: 486-490).

Adicionalmente, en el Marco Común de Referencia, artículo III - 3.705, se indica:

Reducción de la pérdida.

(1) El deudor no es responsable de la pérdida sufrida por el acreedor en la medida que el acreedor podría haberla reducido tomando medidas razonables.

(2) El acreedor tiene derecho a recuperar los gastos razonables en que incurra en pretender reducir las pérdidas (cfr. von Bar, Clive y Schulte, 2009: 251; Soler, 2009: 9-19; Nanclares, 2011: 976- 982).

El deber de mitigar los daños –o *duty to mitigate damages*– es de origen anglosajón. En Inglaterra se ha reconocido que incluye el deber para el acreedor de adoptar medidas razonables para proteger sus intereses cuando el deudor incumpla el

<sup>2</sup> Al respecto, véase: Alemania (1999, 19 de marzo). *Landgericht Zwickau*. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990319g1.html>; International Court of Arbitration Bulletin (1999). Laudo Arbitral CCI 8817, ICC, vol. 10, núm. 2, Fall 1999: 75; Tribunale di Rimini, Italia (2002, 26 de noviembre). *Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.*, clout núm. 608. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>

contrato, de forma que deberá minimizar la pérdida derivada del incumplimiento. Así, deberá evitar el aumento del daño, y solo tendrá derecho a una indemnización por las pérdidas que permanecen después de haber tomado estas medidas (Atiyah, 1995: 458; Treitel, 2003: 976-982). En las secciones 50 y 51 de la *Sales of Goods Act* se establece que tanto el comprador como el vendedor tienen el deber de minimizar los daños ante el incumplimiento de la otra parte, a través de la celebración de un contrato sustitutivo; en caso de incumplimiento de este deber, se puede disminuir la indemnización por incumplimiento (Atiyah, Adams y McQueen, 2005: 487).

En los Estados Unidos, el deber de mitigar los daños se encuentra en el § 350 del *Restatement (2<sup>nd</sup>) of Contracts*, de tal forma que estos no son recuperables en la medida en que hubieren podido ser evitados por la parte agraviada. Ello no le impide al afectado reclamar la indemnización si hubiera hecho esfuerzos razonables para evitar la pérdida, los que dependen de las circunstancias (Farnsworth, 1999: 808). También en el *Uniform Commercial Code* se encuentran aplicaciones del deber de mitigar los daños, tal como en la § 2-712, que establece la posibilidad para el comprador de realizar una compra de reemplazo, en sustitución de las mercaderías que debía entregar el vendedor, pudiendo reclamar de este los gastos ocasionados en dicha operación.

Las secciones § 2-708, § 2-713 y § 2-715 consagran el derecho a deducir de las respectivas indemnizaciones por incumplimiento del vendedor o del comprador los gastos que estos como acreedores hubieren evitado. Además, los daños indirectos que resultan del incumplimiento del vendedor incluyen la pérdida derivada de necesidades generales o particulares, que el vendedor tenía motivos para conocer en el momento de contratar y, sin embargo, no pudo ser razonablemente evitada mediante una compraventa de reemplazo

o de otro modo (Calamari y Perillo, 1998: 562- 564; Farnsworth, 1999: 806- 817).

En algunos códigos de la tradición europea continental tal derecho ha sido consagrado expresamente, como es el caso de los artículos 1227-1 del Código Civil italiano, 1479 del Código Civil de Quebec, 6101 del Código Civil holandés, 44 del Código suizo de las Obligaciones y § 254-2 del Código Civil alemán.

En el derecho latinoamericano no ha tenido mayores desarrollos, salvo su inclusión en el Código Civil peruano de 1984, artículo 1327, y en el Código Civil boliviano, artículo 384 (Muñoz, 2011: 1754). No obstante, algunos autores han planteado la posibilidad de derivar el deber de mitigar los daños de la obligación de actuar de buena fe en la ejecución de los contratos que tienen expresa regulación legal. En este sentido, en la doctrina colombiana se pronuncia Cubides, quien ubica la mitigación de daños como una manifestación del "deber de indemnidad", la cual es derivada, a su vez, del deber de buena fe en la ejecución del contrato. Esto se encuentra consagrado en el artículo 1603 del Código Civil colombiano: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella" (Cubides, 2009: 254-258; Suescún, 2003: 203; Díez, 2008: 783).

Igualmente, Vidal Olivares se basa en el artículo 1546 del Código Civil chileno para afirmar que la buena fe sirve de límite al ejercicio de las facultades y derechos de los contratantes, al igual que funciona como fuente de deberes de conducta, tal como en el evento en que el acreedor es afectado por el incumplimiento (cfr. Vidal, 2006: 163; Vidal, 2008: 437-449; Grandarillas, 2009: 447; Domínguez, 2005: 74). Vidal además plantea la posibilidad de construir la base para la admisión del deber de mitigar los daños sin necesidad de

norma expresa que lo reconozca, a partir de la aplicación de los criterios de causalidad en materia de incumplimiento que se estipulan en el artículo 1558 del Código Civil de Chile (Vidal, 2008: 449).

Una postura contraria considera que se va demasiado lejos al intentar sostener que en la legislación civil chilena –equivalente en esto a la colombiana– existe una obligación genérica de mitigar los daños basada en la buena fe, aunque sí se acepte en normas particulares que la reconocen, como es el caso del artículo 77 de la Convención de Viena, objeto de este trabajo (López, 2007: 214-222).

#### NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE

En relación con la naturaleza jurídica de la mitigación de daños, existen dos teorías. Una es la que la asume como una obligación; la otra la comprende como una carga (Cabanillas, 1998: 45; Díez, 2008: 152). Según la primera teoría, se trata de una conducta que debe asumir el perjudicado con el daño, y que puede exigirse jurídicamente por parte del deudor, por cuanto se trata del derecho a exigir la reducción de la debida indemnización a la contraparte (Vásquez, 1995: 188).

Por el contrario, su consideración como carga conlleva que el deudor de la obligación inejecutada no pueda exigir al acreedor perjudicado con esta que asuma una conducta mitigadora. Este último debe ejecutarla con el fin de proteger su propio interés, que, en este caso, es el derecho a obtener la indemnización por el incumplimiento del deudor. Lo anterior, so pena de asumir una consecuencia negativa por su omisión, como es el caso de que su conducta sea tenida en cuenta a la hora de tasar la indemnización a la que tiene derecho por el incumplimiento y, además, que se reduzca de esta la pérdida que el perjudicado pudo evitar (cfr. Vidal, 2006: 3-33; Fuentes, 2005: 226; Illescas y Perales, 2003: 233).

Resulta claro que la mitigación de daños en la compraventa internacional no tiene naturaleza

de obligación contractual, ya que el deudor no puede acudir a los remedios que la Convención establece para los eventos de inejecución de las obligaciones de las partes, sino que se caracteriza por ser una carga cuya inobservancia solo trae como consecuencia para el acreedor el no poder exigir de forma plena la indemnización por el incumplimiento del deudor (cfr. Audit, 1994: 199; Díez, 1998: 622; Soler, 1998a: 622; Soler, 2009: 10; Schwenger, 2010: 1043; Vidal, 2006: 3, 156; Treitel, 2003: 976-977). (En el mismo sentido, en relación con el artículo 7.8 de los Principios de UNIDROIT, véase: McKendrick, 2009: 901).

En la doctrina se ha señalado que la mitigación de daños comporta tanto un aspecto positivo como negativo. El positivo se manifiesta en que el acreedor debe adoptar las medidas que sean necesarias para reducir o evitar las pérdidas que el incumplimiento le haya generado o que esté en posibilidades de hacerlo; el negativo implica abstenerse de realizar conductas que pudieren incrementar las pérdidas del deudor (cfr. Knapp, 1987: 560; Vásquez, 1995: 181; Vidal, 2006: 157 y 160; Visintini, 1999: 269; Villa, 2006: 922).

En la doctrina igualmente se señala que como consecuencia del deber de mitigar los daños debe resarcirse el costo de las mismas y, además, se excluye la indemnización de pérdidas que se pudieron evitar (cfr. Enderlein, 1999: 308-309; Soler, 1998a: 77-78; Vidal, 2006: 162; Fuentes, 2005: 228). También la inobservancia de la carga de mitigar los daños solo afecta la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del deudor, pero no la utilización de otros remedios de los que dispone el acreedor (Vidal, 2006: 157).

Cabe añadir que el principio de mitigación de daños se refleja en otras normas de la Convención, como son los artículos 85 a 88 relacionados con la conservación de las mercaderías tanto para el vendedor como para el comprador (Zeller, 2007: 486). Según estas normas, si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o si

el pago del precio y la entrega deben hacerse simultáneamente, entonces no se paga el precio; si el vendedor está en posesión de las mercaderías, debe adoptar las medidas razonables según las circunstancias para su conservación.

Así mismo, cuando el comprador que ha recibido las mercaderías tiene la intención de rechazarlas ante cualquier situación de incumplimiento del vendedor -como cuando las mercaderías presentan defectos de calidad o cantidad, o se entregan en un lugar o momento diferentes a los que correspondan, según lo pactado en el contrato o en la Convención, conforme a los artículos 45 a 52-, debe adoptar las medidas razonables, según las circunstancias, para su conservación, tales como el depósito en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre y cuando los gastos resultantes no sean excesivos, lo cual es una posibilidad contemplada en el artículo 87 de la Convención. De igual forma, puede vender las mercaderías en los eventos contemplados en el artículo 88, como cuando la otra parte se hubiere demorado excesivamente en tomar posesión de las mercaderías, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de conservación. También pueden aplicarse otras medidas que se consideren razonables (Honnold, 1999: 101; Montes, 1998: 689).

igualmente se ha admitido que el deber de mitigar los daños no queda circunscrito a la eventual etapa de incumplimiento contractual. Aun previo a la celebración del contrato, antes de que se llegue al posible incumplimiento, se debería informar a la otra parte sobre los riesgos de pérdida y durante la fase de ejecución, lo que genera la posibilidad de declarar la resolución del contrato por incumplimiento esencial previsible; figura contenida en el artículo 72-1 de la Convención (Knapp, 1987: 566-567; Schwenzler, 2010: 1043).

#### CONDUCTAS MITIGADORAS

La determinación de las medidas que resulten razonables para mitigar el daño es una cuestión de hecho, la cual dependerá tanto de los usos como de las prácticas establecidas entre las partes y la conducta de lo que haría o hubiese hecho, en una situación similar, una persona de la misma posición y en similares circunstancias que el que está en el deber de tomar dichas medidas. Todo esto, conforme a lo establecido en los artículos 9 y 8-2, respectivamente, sin que impliquen obviamente gastos desproporcionados (cfr. Enderlein y Maskow, 1992: 308; Knapp, 1987: 560; McKendrick, 2009: 902; Opie, 2007: 229; Zschwenzer, 2010: 1045; Vidal, 2006: 158; Zeller, 2007: 487). También será una cuestión de hecho el valorar los elementos que permitan distinguir el daño derivado del incumplimiento del agravamiento efectivamente imputable a la omisión negligente del acreedor (Breccia, 1991: 651).

En la jurisprudencia se ha considerado que constituyen conductas mitigadoras del daño, por ejemplo, las siguientes:

**a) ADQUIRIR DE OTRO PROVEEDOR REPUESTOS QUE REEMPLACEN LAS PIEZAS DAÑADAS.** En un caso en que se alegó falta de conformidad por parte del comprador de unos compresores de aire, se condenó a la vendedora, empresa fabricante, a pagar una indemnización que cubriera tanto los gastos efectuados por el comprador al momento de intentar subsanar los defectos, como también el pago efectuado por el demandante al adquirir compresores de un tercero. Tal indemnización tenía como fin mitigar las pérdidas derivadas del hecho de que el demandante no pudiera atender pedidos a causa el incumplimiento del demandado, al igual que atenuar los gastos de manipulación y almacenamiento de los bienes no conformes por parte del comprador y el lucro

cesante del comprador, ocasionado por la disminución de las ventas a terceros de dichos bienes<sup>3</sup>.

**B) CONTRATAR CON UN TERCERO LA ENTREGA DE BIENES, LOS CUALES NO FUERON PUESTOS A TIEMPO A DISPOSICIÓN DEL COMPRADOR.** Esta conducta mitigadora del daño puede mostrarse a propósito de un contrato celebrado entre una empresa canadiense (vendedora) y una empresa de los Estados Unidos (compradora) para la producción y entrega de moldes requeridos en la fabricación de partes de automóviles. Sin embargo, el vendedor se retrasó en la producción, ante lo cual el comprador debió encargar a otro productor la fabricación de los moldes, a fin de entregar las piezas a los compradores finales en el tiempo debido. El comprador reclamó y obtuvo los costos extras ocasionados por el cambio de productor, además de los daños por incumplimiento de la garantía, ya que algunos de los moldes no eran conformes a las especificaciones contractuales<sup>4</sup>.

**C) PAGAR LOS GASTOS ASUMIDOS POR EL VENDEDOR, A CAUSA DEL TRANSPORTE Y ALMACENAMIENTO DE UNA MERCADERÍA NO RECIBIDA POR EL COMPRADOR.** Así se falló en el caso de una demanda interpuesta por el vendedor, mediante la cual reclamó indemnización por incumplimiento del comprador e intereses por no pago del precio. El tribunal aceptó la declaración de resolución del contrato por el vendedor por el hecho de no haberse efectuado el pago en el plazo suplementario, conforme a los artículos 63-1 y 64-

1b de la Convención. Del mismo modo, decretó que el comprador tenía derecho a reclamar tanto por los intereses, según el artículo 78, como por la indemnización requerida por el vendedor por la conservación de la maquinaria sin entregar, según el artículo 74. Igualmente aceptó que el vendedor había mitigado el daño, según el artículo 77, en tanto transportó y almacenó la mercadería no recibida por el comprador<sup>5</sup>.

## CONCLUSIONES

El deber de mitigar los daños se encuentra consagrado en el artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y se concibe como una carga que asume el acreedor que pretende una indemnización de perjuicios por incumplimiento. Esta carga consiste en adoptar las medidas razonables para reducir la pérdida derivada del incumplimiento de la otra parte, que se manifiesta, incluso, en la etapa preparatoria del contrato.

La determinación de las medidas que resulten razonables para mitigar el daño dependerá de los usos y prácticas establecidas entre las partes, además de la conducta que asumiría una persona en circunstancias y situación similares.

La Corte Suprema de Justicia colombiana ha interpretado correctamente la figura de la mitigación de daños, lo que constituye un resultado pionero, al menos en el medio colombiano, en tanto se apoyó en un instrumento de origen internacional –en este caso, una Convención introducida al derecho nacional por medio de una ley aprobatoria para interpretar la legislación interna–. La mitigación de daño puede considerarse en el caso de la negativa del acreedor de recibir las mercaderías, ante lo cual el deudor debió adoptar una conducta mitigadora

3 Al respecto, véase: Federal District Court, Northern District of New York, Estados Unidos (1994, 9 de septiembre). *Delchi Carrier SpA, vs. Rotorex corp.* Clout núm. 85. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>. En apelación, se confirmó el fallo y se adicionaron algunas partidas indemnizatorias que habían sido denegadas en primera instancia, como los gastos de transporte y aduanas relacionados con el envío de los compresores no conformes, entre otros: Federal Court of Appeals for the Second Circuit, Estados Unidos (1995, 6 de diciembre). *Delchi Carrier SpA, vs. Rotorex corp.* Clout núm. 138. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>

4 Confróntese: Ontario Court, General Division, Canadá (1998, 16 de diciembre). *Nova Tool & Mold Inc. vs. London Industries Inc.* Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981216c4.html>. En apelación: Ontario Court of Appeal, Canadá (2000, 26 de enero). *Nova Tool & Mold Inc. vs. London Industries Inc.* Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000126c4.html>

5 Cámara de Comercio Internacional (1995, noviembre). Laudo Arbitral CCI 7585, 1992, clout núm. 301. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol.6, núm. 2, p. 60.

tendiente a reducir las consecuencias dañosas del incumplimiento de las demandadas, como pudo ser, tal vez, el almacenamiento de las mercaderías no recibidas y el pago de los costos a cargo del deudor, lo que le hubiese permitido exigir el reembolso posterior al mencionado deudor. Esta interpretación corresponde efectivamente a una de las conductas mitigadoras que ya se ha asumido por tribunales extranjeros.

## REFERENCIAS

- Academia de Pavía (2009). *Código Europeo de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Temis.
- American Law Institute (1981). *Restatement of the Law* (2<sup>nd</sup> ed.). St. Paul, Minn (Estados Unidos): American Law Institute Publishers.
- Atiyah, P.S. (1995). *An Introduction to the Law of Contract*. (5<sup>a</sup> ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Atiyah, P.S., Adams, J. y McQueen, H. (2005). *The Sale of Goods*. (11<sup>a</sup> ed.). Londres: Pearson.
- Audit, B. (1994). *La compraventa Internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Zavalia.
- Breccia, U. (1991). *Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
- Calamari, J.D. y Perillo, J.M. (1998). *The Law of Contracts*. (4<sup>a</sup> ed.). St. Paul, Minn (Estados Unidos): West Group.
- Cubides, J. (2009). *Obligaciones*. (6<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Díez, L. (2008). Las relaciones obligatorias. En *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. (Vol. II, 6<sup>a</sup> ed.). Pamplona: Thomson Civitas
- Díez, L., Roca, E. y Morales, A.M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.
- Domínguez, R. (2005). Notas sobre el deber de minimizar el daño. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 73-95.
- Enderlein, F. y Maskow, D. (1992). *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*. Nueva York: Oceana.
- Farnsworth, E.A. (1999). *Contracts*. (3<sup>ra</sup> ed.) Nueva York: Aspen Law & Business.
- Ferrari, F. (1994). Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 24(2).
- Fuentes, R. (2005). El deber de evitar o mitigar el daño. *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, Nos. 217-218, pp. 223-248.
- Gandarillas, C. (2009). Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual. En *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2008*. Santiago: Legal Publishing.
- Honnold, J. (1999). *Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention*. (3<sup>ra</sup> ed.). La Haya: Kluwer.
- Illescas, R. y Perales, P. (2003). *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Knapp, V. (1987). Article 77. En *Commentary on the International Sales Law*. Milán: Bianca-Bonell-Giuffrè.
- López, J. (2007). Informe en derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 8, 203-234



Magnus, U. (1998). *Remarks on Good Faith*. Recuperado de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html#um>

McKendrick, E. (2009). Article 7.4.8. En *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Nueva York: Oxford University Press.

Montes, V. (1998). Artículo 86. En *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas.

Muñoz, E. (2011). Sección comparativa ibero-americana a los artículos 74 al 77 de la CISG. En Schlechtriem y Schwenger. *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Tomo II. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.

Naciones Unidas (2010). *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Nueva York. Recuperado de <http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>

Nanclares, J. (2011). Obligaciones y derechos. En Eduardo Valpuesta Gastaminza (coord.). *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*. Barcelona: Bosch.

Opie, E. (2007). Mitigation of Losses: Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement Article 77 of the CISG. En *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Nueva York: Cambridge.

Osman, F. (1992). *Les principes généraux de la lex mercatoria*. Tomo 224. París: Bibliothèque de Droit Privé.

Oviedo, J. (2010). La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: antecedentes y desarrollos alternativos. En *Foro de Derecho Mercantil*, 29, 37-63.

San Juan, J. (2005). *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Cizur Menor (España): Thomson Civitas.

Schwenger, I. y Hachem, P. (2010). Article 7. En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. (3ª ed.). Nueva York: Oxford.

Soler, A. (1998a). Artículo 77. En *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas.

Soler, A. (1998b). *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Pamplona: Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi.

Soler, A. (2009). La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR. *InDret*, 2, 227-258.

Suescún, J. (2003). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*. (Tomo 1, 2ª ed.). Bogotá: Legis.

Treitel, G.H. (2003). *The Law of Contract*. (11ª ed.). Londres: Thomson Sweet & Maxwell.

Vázquez, T. (1995). *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vidal, A. (2006). *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Ediciones Universitarias de Valparaíso

Vidal, A. (2008). La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios

por incumplimiento. En *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso 2007*. Santiago: Legal Publishing.

Villa, G. (2006). *Danno e risarcimento contrattuale*. En *Trattato del Contratto V*. Milán: Giuffrè.

Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil 2*. Buenos Aires: Astrea.

Von Bar, C., Clive, E. y Schulte-Nölke, H. (Eds). (2009). *Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code, and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in Part on a Revised Version of the Principles of European Contract Law. Munich: Sellier.

Zeller, B. (2007). Mitigation of Damages: Comparison between the Provisions of the CISG (Art. 77) and the Counterpart Provisions of the Principles of European Contract Law (Art. 9:505). En *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Nueva York: Cambridge.

### Fallos citados

Alemania (1999, 19 de marzo). *Landgericht Zwickau*. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990319g1.html>

Cámara de Comercio Internacional (1995, 2 de noviembre). Laudo Arbitral CCI 7585, clout núm. 301. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, núm. 2, p. 60.

Cámara de Comercio Internacional (1999). Laudo Arbitral CCI 8817. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, núm. 2, p. 75.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2010). Sala de Casación Civil, 16 de diciembre de 2010, expediente núm. 1001-3103-008-1989-00042-0,1, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Recuperado de <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/colom2.htm>

Federal Court of Appeals for the Second Circuit, Estados Unidos (1995, 6 de diciembre). *Delchi Carrier SpA, vs. Rotorex corp.* Clout núm. 138. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>

Federal District Court, Northern District of New York, Estados Unidos (1994, 9 de septiembre). *Delchi Carrier SpA, vs. Rotorex corp.* Clout núm. 85. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>

Ontario Court, General Division, Canadá (1998, 16 de diciembre). *Nova Tool & Mold Inc. vs. London Industries Inc.* Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981216c4.html>

Ontario Court of Appeal, Canadá (2000, 26 de enero). *Nova Tool & Mold Inc. vs. London Industries Inc.* Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000126c4.html>, consultada el 6 de abril de 2011.

Tribunale di Rimini, Italia (2002, 26 de noviembre). *Al Palazzo S.r.l. vs. Bernardaud di Limoges S.A.* Clout núm. 608. Recuperado de <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>