

RESEÑA

**LILIAN C. SAN MARTIN NEIRA,
LA CARGA DEL PERJUDICADO DE
EVITAR O MITIGAR EL DAÑO: ESTUDIO
HISTÓRICO-COMPARADO, BOGOTÁ,
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE
COLOMBIA, 2012, 464 PP.**

DOI: 10.5294/dika.2014.23.2.11

El sujeto que se ha visto afectado, bien sea por un incumplimiento contractual de la otra parte, o bien por una acción de un tercero, debe procurar disminuir, en todo aquello que le sea posible, el perjuicio ocasionado so pena de que los perjuicios no sean reparados en su integridad. Este es el tema que aborda la profesora SAN MARTÍN NEIRA, en su libro *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*. Enseguida se hará una presentación de los principales temas tratados por la autora en este libro, y se resaltarán los aportes realizados por ella, con una invitación a estudiosos del derecho de la responsabilidad a leerlo.

Esta institución consiste en el deber que tiene el sujeto que resulta perjudicado por el incumplimiento de una obligación tanto de abstenerse de realizar conductas que resulten agravantes del daño como de ejecutar las medidas posibles y oportunas que minimicen o impidan los daños, so pena de reducirse la indemnización en aquellos daños que pudo evitar o mitigar (p. 360).

La naturaleza de esta exigencia de conducta es la de una “carga”, por cuanto las consecuencias de la ejecución o inejecución benefician o perjudican al mismo sujeto que actúa; en oposición a las “obligaciones”, en las cuales la ejecución o inejecución de la conducta genera beneficios o perjuicios directos a la contraparte, la cual, al verse afectada, puede exigir coactivamente que se ejecute la obligación en los términos establecidos o se le regrese a la posición en la que se encontraba antes de la conducta que le generó los perjuicios.

La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, ha sido generalmente entendida como una figura cuyo origen se encuentra en el Derecho anglosajón (p. 234), y, en consecuencia, no es propia de la tradición jurídica romano-germánica, sino traída como

resultado de un oportuno trasplante jurídico. Es en este punto que se resalta un aporte de la autora quien en su estudio logra identificar el daño evitable como parámetro para delimitar el *quantum respondeatur* o daño resarcible desde el Derecho romano.

De la lectura del libro resulta evidente el esfuerzo por analizar y resaltar uno de los llamados deberes secundarios de conducta que deben desplegar los sujetos, derivados de la buena fe. Pero es importante hacer claridad que respecto de esto no hay consenso, toda vez que existen diversas figuras jurídicas que han utilizado los autores como fundamento de esta institución, presentándose, por una parte, como consecuencia de la compensación de culpas entre quienes participan en la causación del daño; también como efecto de no haberse comportado diligentemente (p. 327), de la manera en la que lo habría hecho un buen padre de familia; o como un incumplimiento del principio de actuar de buena fe, y, puntualmente del deber de cooperación, que consiste en la exigencia a una parte de colaborarle a la otra en pro de sus intereses siempre que no conlleve una lesión a los intereses del primero (pp. 308 y ss).

Una cuestión por destacar se encuentra en la importancia que el texto otorga al deber de diligencia, descrito como “el adecuado empleo de las energías y de los medios útiles a la realización de un determinado fin” (p. 65) o de obrar razonablemente para, así, explicar a partir de un modelo o parámetro de conducta, la del “*diligens pater familias*” en el derecho romano, europeo continental o latinoamericano, o del “*reasonable man*” en el derecho anglosajón, la gestión esperada por parte del perjudicado, en otras palabras, se aprecia que las obligaciones o conductas esperadas, acordes a un parámetro externo, no corresponden exclusivamente al deudor —en caso de responsabilidad contractual— o causante del perjuicio —en caso de responsabilidad extracontractual—, sino que, por el contrario, abarcan de igual manera al acreedor o víctima, quien tiene una carga consistente en cooperar en todo lo que le sea posible para conseguir el fin, en este caso que no ocurra o que no se agrave el daño ocurrido.

Así las cosas, teniendo en cuenta las características y circunstancias del acreedor o víctima, se parte de la determinación de la conducta que habría asumido un buen padre de familia, un buen hombre de negocios o un hombre sensato o razonable (*reasonable man*), según sea el caso, para determinar qué daños el sujeto habría podido evitar o mitigar actuando diligentemente, con el objeto de no condenar al deudor o causante del perjuicio inicial al pago de estos daños que ocurren o se agravan únicamente como consecuencia de la falta de diligencia del sujeto o “*culpa sua*”, claro está; como bien lo expone la autora en la obra, esta decisión debe resultar del arduo trabajo del juez al determinar la aplicación práctica en cada caso y teniendo en cuenta cada una de las circunstancias y las acciones que el perjudicado ha debido y ha podido realizar.

Para concluir esta primera parte, es importante exponer las principales consecuencias prácticas presentadas por la autora respecto del manejo de la figura de la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, que se resumen en tres aspectos:

en primer lugar, el perjudicado deberá adoptar las medidas razonables tendientes a impedir o reducir los daños sufridos, la no realización de esta carga debe ser probada por la contraparte en el pleito (p. 414); en segundo lugar, y una vez determinadas las conductas que de buena fe y razonablemente habría realizado un buen padre de familia o un hombre sensato bajo las mismas circunstancias, no se hará resarcimiento de aquellos daños que se habrían evitado o minimizado actuando de la forma esperada; el juez deberá evaluar caso a caso la actuación esperada (pp. 398 y ss.). Por último, cuando en la tarea de evitar o mitigar los daños sufridos, el perjudicado incurra en costos, tiene el derecho al reembolso o reconocimiento del dinero destinado a la realización de las conductas razonables tendientes al fin, lo cual también será analizado caso a caso por el juez.

De esta manera, teniendo presentes los principales problemas actuales en lo referente al estudio de la institución tratada, es menester a continuación realizar una presentación, un tanto reducida y sistemática, acerca de la estructura del libro y los principales aportes en el análisis comparado e histórico.

El libro fue escrito por la académica chilena Lilian C. San Martín Neira, en el desarrollo de su tesis doctoral en la Universidad de Roma “Tor Vergata”, bajo la dirección del profesor Sandro Schipani, y consta de un detallado estudio histórico y comparado de derecho. El texto consta de siete capítulos, en la parte introductoria se expone el problema del daño resarcible, la relación de este con el daño evitable por el perjudicado, y la necesidad de una norma expresa al respecto en el Derecho latinoamericano.

En los primeros capítulos se realiza un análisis histórico; en el capítulo 1, se presenta el *quantum respondeatur* en el Derecho romano, para posteriormente, en el capítulo 2, relacionar este tema con el de la propia negligencia y, en consecuencia, por esta vía identificar la exclusión del daño evitable de la *summa condemnatio*.

La autora acude al Derecho romano y la historia de la institución, teniendo presente que no se trata de un derecho vigente, sino de un parámetro importante para determinar las reglas del daño evitable en el Derecho actual —puntualmente en el latinoamericano—, más aún considerando el sistema jurídico romanista al que pertenecen nuestros países. Para lograr este cometido, se introduce en primer lugar en el estudio del “*quantum respondeatur*” y los parámetros de delimitación del daño, cuestionándose cuál es la actitud que debe adoptar el perjudicado frente a los daños.

En este proceso, la autora inicia su análisis en la época de Derecho arcaico, y mediante un estudio detallado de las acciones y pretensiones pasa por el Derecho clásico para terminar exponiendo la figura en el Derecho posclásico, en el que muestra el debate en torno del daño resarcible, y presenta, por un lado, la posición del pago del todo o nada, y, por el otro, la de la disminución del valor de los perjuicios causados por *culpa sua* —del perjudicado— (p. 110).

Posteriormente, en el capítulo 3, sale de la época antigua para estudiar la figura en el Derecho francés, y en el capítulo 4 presenta el panorama internacional. En lo referente al Derecho francés, se expone la interpretación medieval y moderna que se ha realizado a las disposiciones del Derecho romano acerca de la institución, y su evolución especialmente mediante el análisis de la doctrina, dentro de las cuales se destaca el llamado en el libro “padre del *Code Civil* francés” (pp. 166 y ss.), Pothier, quien señala directamente el hecho de no ser resarcibles los daños que el perjudicado ha podido evitar, al indicar que el deudor no debe asumir las consecuencias no necesarias, teniendo sin embargo que responder por los costos a los que se ve obligado el acreedor a incurrir en su carga de mitigar o evitar el daño. En la última parte de este capítulo se presenta, en oposición a lo pensado o esperado, la posición actual de la Corte de Casación francesa al rehusarse a aceptar tal teoría, justificada en un análisis similar al realizado por la escuela de la exégesis de su *Code* (p. 201).

A continuación, los capítulos 5 y 6 presentan el reconocimiento de la figura en el Derecho latinoamericano; la obra muestra el proceso de incorporación del Derecho romano, y los procesos de codificación en Chile, Argentina y Brasil, para determinar la obligación de resarcimiento de daños en estos ordenamientos jurídicos en materia contractual y extracontractual. En este punto, la autora encuentra que pese a no ser íntegro el resarcimiento en América Latina, es decir, tener siempre límites —aunque con diferentes parámetros—, ninguno de estos países menciona expresamente en la ley como límite el daño evitable por el perjudicado, como sí existen en los casos relativos a Bolivia y Perú, en los cuales bajo la influencia del ordenamiento jurídico italiano existe norma expresa al respecto. Por ello, la autora realiza un análisis sistemático de los ordenamientos latinoamericanos con el fin de encontrar en ellos elementos para determinar el daño evitable como un límite al daño resarcible (p. 290), concluyendo que en nuestro subsistema latinoamericano existe el deber de los sujetos de actuar diligentemente en pro de evitar que se cause o se agrave el daño, y para llegar a esta solución en la obra se presentan las evidencias de la figura en las instituciones de la fianza, cesión de crédito, evicción de la cosa, acción redhibitoria, contrato de seguro, empleo de las fuerzas de trabajo y el depósito.

Ciertamente, esta institución resulta novedosa para los juristas latinoamericanos, toda vez que en la mayoría de los países de Latinoamérica existe ausencia de disposiciones legales al respecto ya que la fuente de aplicación ha sido mayormente la vía jurisprudencial —salvo en los casos puntuales de Bolivia (art. 348 CC) y Perú (art. 1327 CC) donde existe norma expresa—, razón por la cual ha sido objeto de estudio de académicos en diversas latitudes, en su mayoría mediante la redacción de artículos académicos, y limitándose en gran parte de los casos a la responsabilidad contractual. De esta manera, este libro se erige como el más importante análisis latinoamericano de la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño por su exhaustivo estudio histórico y comparado, que abarca la responsabilidad contractual y extracontractual desde tiempos antiguos en el Derecho romano hasta el Derecho latinoamericano actual, pasando por la historia del Derecho francés, la codificación de la figura en el Derecho austriaco, alemán e italiano —evidenciando

sus diferencias—, la manera como funciona en el *common law* y su inclusión en los instrumentos internacionales más importantes del derecho privado, como son la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 77 CISG), los Principios Unidroit (art. 7.4.8.) y los principios de Derecho Europeo de los contratos (art. 9:505 PECL).

De esta forma, la obra es de obligatoria atención para todo aquel que se adentre en el estudio del Derecho de la responsabilidad contractual y extracontractual, específicamente por el análisis histórico que realiza la autora de la determinación del daño resarcible y de la figura de “compensación de culpas”.

ANAMARÍA QUINTANA

UNIVERSIDAD DE LA SABANA, COLOMBIA

ANAMARIA.QUINTANA1@UNISABANA.EDU.CO