

La morigeración del daño. Su novedad en el Código Civil y Comercial de la Nación*

Por Carlos A. Fossaceca (h.)¹ y Pilar Moreyra²

1. Introducción

El presente artículo versa sobre la morigeración del daño, constituyendo uno de los aportes más novedosos del Código Civil y Comercial a nivel legislativo. En muchas ocasiones, ha sido emplazada bajo la órbita de la función preventiva. A los efectos de probar su autosuficiencia e irrumpir la identidad absoluta bajo la cual ha sido sometida en materia de prevención, se desarrollan los caracteres esenciales de la morigeración del daño que fundamentan las diferencias entre sendos institutos.

Una de las novedades del Código Civil y Comercial de la Nación que resultó ser recibida con el mayor de los encomios doctrinales consiste en la redacción del art. 1710 perteneciente a dicho plexo.

A través del referido precepto, la *función preventiva* adquirió carta de ciudadanía en el cuerpo legal de derecho común al transformarse en uno de los ejes basilares del sistema del responder civil (art. 1708). Se trata, como dice el adagio popular, de “mejor prevenir que curar”, que en términos jurídicos podría significar “más vale prevenir que reparar”. La minimización del daño se ha transformado, según vemos, en una meta imperativa de todo ordenamiento jurídico de alto valor axiológico.

Sin embargo, el art. 1710, inc. c, contempla un instituto distinto: la morigeración del daño o mitigación del daño³. Mal incluido en la norma preventiva, pues consagra un supuesto distinto: cuando el que actúa es la propia víctima en impedir la maximización del daño sufrido, asoma la conocida figura del *duty to mitigate* del derecho anglosajón y del derecho internacional de mercaderías.

Países y espacios normativos vinculados con la figura desde hace mucho tiempo, pero dejados de lado por una regulación continental-europea adicta a valorar tanto a la culpa que, de tanto omitir su tratamiento, termina por esterilizar el crecimiento doctrinal de la figura.

* Extraído del artículo publicado en “Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio”, Erreius, 2023. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), también especialista en Derecho de Daños y profesor en las asignaturas Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños (UCA).

² Profesora adscripta en las asignaturas Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños (UCA).

³ Art. 1710, inc. c, CCyC: “*Deber de prevención del daño.* Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: ... c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

2. Breve preludeo: mención obligatoria

No podemos dejar pasar la ocasión de señalar la presencia destacada de la tesis doctoral del profesor Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú, actual coordinador académico del doctorado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), transformado luego en libro de doctrina⁴, que ha estudiado con exhaustividad la figura de la mitigación del daño. Todo intento de ensayo serio sobre ésta debe mencionar su trabajo.

Resulta ser una investigación llevada a cabo en el doctorado de la Pontificia Universidad Católica (UCA) en 2015, dirigida por el siempre recordado profesor Aníbal N. Piaggio. Muchas de las citas e ideas plasmadas en el presente artículo han sido tomadas de dicha obra, contando con el beneplácito de su autor.

3. Concepto

De manera sucinta y categórica, decimos que la figura bajo estudio plasma la idea de *atenuar* el incremento del nocimiento que ha ocasionado el propio damnificado al perjuicio que ha sufrido. Este no debe haber sido adjudicado a él.

La figura del *duty to mitigate* aplica a la idea de un daño objetivamente producido. En efecto, el *daño agravado por la víctima* implica la existencia de un daño ya consumado, con dos actores asociados por el incumplimiento obligacional o por el ilícito. Y de cómo, a partir de su experimentación, la víctima (acreedor del resarcimiento) debe ponderar su situación al punto de evitar una mayor afectación.

4. Antecedentes

Su génesis se remonta al derecho romano⁵. No es el *common law* el lugar de su nacimiento, como se ha popularizado. Sí su estudio, desarrollo y expansión. Pero su genética es latina, y se remonta al Digesto, Libro XVIII, Título VI, pasaje 3 “Del riesgo y del beneficio de la cosa vendida”⁶.

⁴ Lamanna Guiñazú, Emiliano C., *Daño agravado por el acreedor. Formas del debido comportamiento de la víctima*, Bs. As., Astrea, 2020.

⁵ Véase, para el origen y evolución posterior, Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 4 a 71.

⁶ Digesto, Libro XVIII, Título VI, pasaje 3 “Del riesgo y del beneficio de la cosa vendida”: “Más es lícito al vendedor verter el vino si se señaló día para que se midiese, y no se midió dentro del término; pero no podrá verterlo desde luego, antes que avise ante testigos al comprador, para que o se lleve el vino, o sepa que se habrá de verter el vino, pero si pudiendo verterlo no lo vertió, es más bien digno de gracia; y puede también exigir retribución por las tinajas, pero solamente se le importó que estuviesen vacías las vasijas en que estuvo el vino, por ejemplo, si las hubiese de dar en arrendamiento, o si tuvo la necesidad de tomar alquiladas otras tinajas. Pero es más conveniente que se tomen vasijas arrendadas, y que no se vierta el vino, a no ser que se pague por el comprador la cantidad en que las hubiere alquilado, o vender de buena fe el vino, esto es, procurar, en cuanto puede hacerse sin perjuicio del mismo, que al comprador le resulte, la cosa con el menor detrimento posible”.

Como se ha señalado⁷, el comportamiento dirigido a reducir la expansión del daño ocasionado era conocido en Roma, pero se emplazaba dentro de la órbita de negligencia del damnificado. Las consecuencias provocadas por el dañado por su culpa debían ser absorbidas por él.

Este orden de ideas, también, se encuentra presente en el pensamiento de autores del antiguo y maravilloso derecho galo, como ser René Demogue⁸ y Robert Pothier⁹.

5. Naturaleza jurídica

Se torna apropiado indagar sobre la esencia de la mitigación del daño. Veamos las distintas escuelas en donde detener la mirada sobre la figura de la mitigación. De tal manera, veremos asomar a la *omisión de la diligencia*, operando como una condición causalmente activa para provocar la ausencia de mitigación; en la teoría del *análisis económico del derecho* asoma otra de las verticales posibles como una suerte de incentivo para minimizar pérdidas.

También, la *gestión de negocios* pulsa y juega en el tablero de su etiología jurídica, y en el marco de un negocio ajeno donde el entrometimiento siempre debe operar positivamente, aparece como razonable la asimilación con dicho cuasicontrato. También, la figura romana de la *venire contra factum proprium* (doctrina de los actos propios) se apropia de lo factual de la figura, encasillando el asunto en su origen.

⁷ San Martín Neira, Lilian, *El criterio de "lo razonable". Una herramienta para delimitar la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, "Derecho y Justicia", p. 128.

⁸ "La persona que recibe una lesión se encontrará en falta si no toma las medidas necesarias para cuidar de su herida, no se somete a las operaciones necesarias, salvo si ellas son graves o entrañan un riesgo alto. La víctima comete una falta si deja inútilmente los bienes (que recibieron el impacto dañoso) en ese estado por un tiempo prolongado. La utilidad social crea entonces un deber de frenar el daño en la medida de lo posible. Pero la víctima podrá cobrar los gastos de esta gestión contra el autor del daño. De acuerdo con el principio así expuesto, podemos concluir que, en caso de traumatismo psíquico o psicológico causado por un accidente, la víctima debe tener voluntad para reaccionar. Así, un derecho rígido (orientado solo a la satisfacción de las partes del contrato) se sustituye un derecho solidario, obligando a la víctima a trabajar moderadamente en nombre del interés general, es decir, impedir al daño de continuar" (Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, n° 463 bis, p. 127).

⁹ "La pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: yo podría, no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que podría comprar o, caso de que no tuviera ese medio, que hubiese podido alquilar; o bien, subarrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mí mismo. Empero, como, por más que se recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mí mismo, con mis bueyes que perdido por el dolo del tratante, esto puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos" (Pothier, *Tratado de las obligaciones*, p. 98).

a. ¿Una mera omisión?

El primer paso para ponderar consiste en determinar si la responsabilidad por no haber disminuido el daño consiste en una mera omisión.

La simple abstención de conducta no resulta ser suficiente para justificar el engranaje de la morigeración.

Por el contrario, la omisión debe estar inmersa en una cadena causal. Es decir, que se torna necesario recurrir a una noción jurídica de ella que prescindida de su concepto natural¹⁰.

Operaría como condición que provoca o incrementa el resultado dañoso. Si se hubiese adoptado una conducta positiva que hubiese alterado la realidad, el nocumento no hubiese ocurrido.

La figura permite iniciar el camino de la comprensión del retaceo indemnizatorio, pero no basta. Provoca que el mecanismo de la morigeración opere¹¹.

b. ¿Un incentivo para minimizar pérdidas?

Resulta ser una especulación propia de la escuela del análisis económico del derecho. Por ejemplo, Guido Calabresi ha creado una teoría de los costos de los accidentes donde los puntos clave radican en la prevención, distribución y eficiencia.

Recurramos, en este punto, al célebre test de Hand desarrollado por el juez Learned Hand. Se compara el costo de la preocupación adecuada con la probabilidad de un accidente.

Los daños no mitigados deberían ser soportados por el deudor si se demostrase que, si hubiese incurrido en gastos para evitarlos, tales erogaciones hubiesen convertido la solución más económica.

Es una perspectiva que el operador del derecho debe tener siempre en cuenta. Pero no cabe aceptarla sin más. Algunas líneas de dicho pensamiento insistirían en que las medidas llevadas a cabo deberían ser eficientes para reducir los costos, predicamento que puede conculcar la inviolabilidad de la persona humana.

c. ¿Una gestión de negocios?

Esta tesis nació de la interpretación que hizo la Corte de Casación belga sobre el art. 17 de la ley 11 de junio de 1874.

¹⁰ Véase Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte general*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1959, p. 236 y 237.

¹¹ "En el agravamiento del daño por el perjudicado, la omisión (causal) del dañado, su no hacer, es susceptible de agravar las consecuencias del perjuicio que ha sufrido. Una vez sufrido y consolidado el daño en el patrimonio o en la persona del perjudicado, este debe actuar pero, al no hacerlo, fracturará los eventos: es decir, su no hacer disparará un nuevo curso causal, y autónomo de aquel que lo dañó, generando efectos no conectados con el daño sufrido. Lo que nos lleva a pensar que estamos dirigiendo nuestras energías intelectuales a mirar más de cerca la dinámica del daño, y su conjugación con otros hechos, lo que produce una interacción con la causalidad" (Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 80).

Emplazan al mitigador en el rol del gestor, al autor jurídico del daño como gestado y a la morigeración como un negocio propiamente dicho.

La gestión¹² propiamente dicha sería la disminución de los perjuicios provocados por un hecho adjudicado casualmente al gestado. Al reducir el detrimento, el acreedor gestor beneficiaría a su deudor dado que evita que siga ensanchándose el rubro indemnizatorio.

La finalidad de esta postura radica en posibilitar que el reintegro de los gastos sea acogido de manera exitosa. Hoy en día parece que ha quedado ciertamente perimida si se cuenta con un precepto que regula el instituto de la morigeración de manera expresa.

No negamos que la aplicación analógica de la regulación de la gestión de negocios pueda brindar ciertas bases para resolver los conflictos judiciales de reembolso por los gastos, verbigracia, la apreciación del concepto de utilidad receptada por el ordenamiento jurídico. Pero sostener que tal es la naturaleza jurídica de la mitigación es encorsetar mucho la figura.

d. ¿“Venire contra factum proprium”?

“No se permite ir contra el propio acto”, tal como lo indicaba desde la antigüedad Ulpiano. Nos situamos en el campo de los actos propios.

Trasunta esta regla: la persona que reclama a otro el resarcimiento de los perjuicios ocasionados debe soportar las consecuencias nocivas que agravaron su situación, si no adoptó una conducta razonable que hubiese podido mitigarlas. Es decir, su acto de tolerarlas provoca que deba asumir el agravamiento del nocimiento y no deba pesar sobre el victimario.

La Corte de Casación francesa ha sido tajante al rechazar este orden de ideas al resolver los fallos “Dibaoubi c/Flamand” y “Lallemand c/Decrept et autre”, de fecha 19/6/2003, en los que consignó que “la víctima no se encuentra obligada a mitigar los daños a favor del responsable”.

e. ¿Un acto de solidaridad del acreedor hacia el deudor?

Constituye una idea elaborada en la jurisprudencia colombiana¹³.

La noción de solidaridad se ha tornado un concepto muy empleado en la literatura jurídica del tercer milenio. Se lo vincula especialmente con la buena fe en la ejecución de los contratos.

Se trataría de un deber jurídico de contenido difuso que obligaría al acreedor a reducir los perjuicios que estén a su alcance.

¹² Define el art. 1781, CCyC a la fuente de las obligaciones mencionadas: “Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente”.

¹³ Jaramillo Jaramillo, Carlos I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2013, p. 172 a 175.

Sirve para ilustrar la buena fe que debe haber entre las partes. Sin embargo, nos parece muy genérica para que se desempeñe como justificación de la figura en estudio.

f. ¿Es acaso un daño directo?

En rigor de verdad, este predicamento trata de aplicar sus propias reglas a la morigeración del daño como si fuera otro supuesto del montón. Precisamente, se trata de una fundamentación negadora de la existencia del propio instituto.

En efecto, el daño directo sería aquel nocimiento provocado por un hecho relacionado causalmente, ya sea un incumplimiento obligacional, ya sea la violación al principio de no dañar al otro. No se analiza que haya una consecuencia nociva atribuible al victimario. Se pondera el propio accionar del acreedor al agravar su situación.

El problema de esta teoría consiste en que escinde en momentos distintos la relación de causalidad concatenada por dos eventos: el nexos que aporta el deudor y el que provoca el acreedor. Un desdoblamiento que particiona peligrosamente los eventos no puede sino generar la ausencia misma de la mitigación.

Se torna más útil analizar la situación jurídica de manera global, determinando la gravitación del comportamiento de los sujetos involucrados en la totalidad del nocimiento provocado.

g. ¿Un problema de causalidad material?

La utilidad, si es que alguna deberíamos asignarle, a la propuesta del daño directo estriba en hacernos fijar la mirada en la *causalidad material*. Sin ella, no se puede hablar de la función resarcitoria del derecho de daños. Sin esta no podemos decir que cumplimos un rol concreto en el sistema de la responsabilidad civil.

Decimos esto, por lo pronto, porque cumple con dos funciones básicas:

- a) *An debeatur*: exponer al autor material y jurídico del daño.
- b) *Quantum debeatur*: establecer la extensión del resarcimiento.

En consecuencia, la primera implica una *imputatio facti* y la segunda una *imputatio iuris*. Se lleva a cabo una ponderación de la mecánica de los hechos y un análisis jurídico de los efectos resarcibles.

Estimamos que la relación de causalidad no resulta el fundamento de la esencia de la mitigación del daño, sino por el contrario, le brinda el sustento teleológico: arribar a una solución justa (la *vindicta* del Aquinate, ver pto. VII).

h. ¿Una carga de cooperación?

Tal es la postura que nos enrolamos.

Se trata de algo más específico que un mandato legal que impone una conducta heterónoma de un sujeto hacia los terceros. Tal es la razón que no podamos aceptar encuadrar a la mitigación como un mero deber jurídico.

Tampoco es dable calificarla de una obligación. La mitigación no presenta la nota de coercitividad de la obligación civil ni, tampoco, su carácter tan fuertemente pecuniario.

A nuestro entender, se trata de una *carga de cooperación*¹⁴. Resultar ser una conducta que debe desplegar el acreedor a fin de que cierta porción del rubro indemnizatorio no sea absorbida por él. Si no lo hace, se perjudica, tal es el concepto clásico de carga.

Proyectamos un paso más: se trataría de una de colaboración fundada en los deberes de conducta del acreedor que nacen de toda obligación núcleo. El principio de buena fe, de esta manera, se tornará fuente justificante mediata o remota de la mitigación del daño como mecanismo delimitador de resarcimiento.

La conducta exigida se asemejaría a una prestación de una obligación de medio: la razonabilidad de las medidas analizadas bajo un prisma de diligencia de cuño abstracto, aunque no hayan arrojado un resultado exitoso.

Como la morigeración reduce el monto resarcitorio, su acreditación pesará sobre el sujeto que la invoca a su favor. Se tornaría, sencillamente, una aplicación del art. 1736 del Código Civil y Comercial¹⁵.

6. Función de mensura

La *morigeración* presenta como propósito establecer el verdadero alcance de las consecuencias del accionar dañoso: la relación causal provocada por la víctima que agrava su situación perjudicial no debe ser soportada por el autor del acto ilícito.

Influye, en consecuencia, sobre el *quantum* resarcitorio, al ser un delimitador del resarcimiento. Pues de lo que se trata es de medir correctamente el resarcimiento que le cupiere al dañador, no estimando la indemnización de aquellos daños que pudieron haber sido evitados por la propia víctima.

7. Fundamento iusfilosófico

Encuentra su basamento en el concepto de *vindicta* perteneciente a la tradición helenística, es decir, la regla de la justa reparación¹⁶. La regla de la *justa retribución* o de la *justa medida de las cosas*, noción fundamental del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, plasma la noción cabal de encontrar el metro de reparación justo¹⁷.

¹⁴ En el mismo sentido, Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 148 a 151.

¹⁵ Art. 1736, CCyC: “*Prueba de la relación de causalidad*. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”.

¹⁶ Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 2.

¹⁷ “Aquí el metro del resarcimiento será la justa medida por el daño infligido (por el deudor) o sufrido (por el acreedor), y el contenido tomista de la *iustitia* nos permite afirmar que por medio de su cabal noción filosófica asoma el recorte de la reparación, cuando el daño no ha sido cometido íntegramente por quien debe resarcirlo. La justa medida es, entonces, la justa proporción debida” (Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 3).

El sindicato como responsable debe el resarcimiento de acuerdo con lo que indique la *relación de causalidad* pero no debe hacerse cargo de las consecuencias no provocadas por su actuación. Verdadero tamiz valorativo de la situación.

8. El principio de buena fe y de “neminem laedere” informan a la figura de la mitigación del daño

Sendos principios robustecen al instituto en ponderación por las razones que elaboraremos a continuación.

a. La buena fe

Implica el comportamiento probo y leal, conduce a que el damnificado no incremente el nocimiento ocasionado por su comportamiento, ya sea en su versión objetiva, conducta proba de todo hombre razonable, y subjetiva, conocimiento del sujeto en el caso particular.

El puente que une al citado principio con la figura de la mitigación consiste en los deberes de conducta que existen en cualquier obligación: nos estamos refiriendo al deber de información, al de confidencialidad y el de custodia y protección.

Robustece esta postura el encontrar a la figura en el art. 9 del Código Civil y Comercial de la Nación como un verdadero principio general del derecho. Tal es su ubicación en la hermenéutica 2015 argentina¹⁸.

b. “Neminem laedere”

El segundo, el *principio de no dañar*, se conculca cuando la víctima aumenta en su persona el daño provocado, pues cabe que tal accionar sea imputado al autor del acto ilícito o incumplimiento obligacional que no ofrece nexo causal con el citado *plus*. El propio damnificado agrava la situación jurídica del autor del nocimiento, un daño al heridor, en la medida en que exorbita el resarcimiento efectivamente producido sumándole otro evitable.

Es decir, produce un desdoblamiento del cartabón romano, el cual no descansa únicamente en la consideración hacia la víctima que ha sufrido el daño. También, se aplica al dañador que no debe responder más allá del daño que ha cometido.

9. Condicionamiento con el principio de reparación plena

Todo ordenamiento jurídico tiende a restablecer la situación anterior alterada por el perjuicio cometido (*status quo ante*). Es muy habitual describirlo con la aseveración que se debe resarcir todo daño, no más allá de este, pero sí todo el daño. Ha sido receptado en el art. 1740 del Código Civil y Comercial¹⁹.

¹⁸ Art. 9, CCyC: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

¹⁹ Art. 1740, CCyC: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños

El razonamiento es simple: el autor jurídico del daño debe indemnizar el nocumento provocado de acuerdo con las reglas que le indique cada ordenamiento jurídico en particular (en su plenitud). El ocasionado por la propia conducta del damnificado debe ser absorbido por este²⁰.

En Colombia se ha predicado que el principio de la reparación plena se torna una fuente cuantitativa de la mitigación del daño²¹.

10. Encuadre autónomo de la morigeración del daño frente a la función preventiva

La finalidad que aspira satisfacer el art. 1710 en sus incs. *a* y *b* radica en anticiparse a la ocurrencia del daño y hacer cesar aquel que se prolonga en el tiempo. La clave central radica en el concepto de previsibilidad. La prevención pura.

Por su parte, la morigeración prevista en el art. 1710, inc. *c*, versa sobre un hecho del pasado, ya ocurrido, sobre el cual la conducta, entre otros, de la propia víctima, puede agravar el perjuicio que ha sufrido.

Lo señalado nos conduce a la necesidad, plasmada por el propio autor de la obra que nos indujo a investigar el instituto, a analizarlo desde el ángulo etimológico para otorgarle una finalidad jurídica.

Cuando hablamos de mitigación debemos ser precisos. Veamos. En primer lugar, la investigación etimológica indica que no comparten el mismo origen: “mitigar” proviene del latín *mitigare*, que da la idea de aplicar, disminuir o moderar algo áspero y “prevenir” encuentra su origen en el vocablo *proeviniere*, que implica preparar, apañar y disponer con anticipación.

Tal es el paso inicial. Sin embargo, no resulta suficiente. Se requiere hallar características objetivas que dividan ambos institutos. Veamos:

- Quien previene, no tiene un hecho dañoso acontecido; el que mitiga, sí lo tiene.
- Quien previene, no cuenta con un dañador; el que mitiga, sí lo tiene.
- Quien previene, no cuenta con un damnificado; el que mitiga, sí cuenta con uno.

derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

²⁰ “En torno al tema de la mitigación, la obtención por parte de la víctima de una indemnización acotada a la porción del daño que efectivamente (o plenamente) sufrió-experimentó, resulta ser adecuada a esta noción, que se aleja de adjetivos que prefiguran sesgadamente cuestiones cuantitativas, y que, al hacerlo, desoyen el eje central del detrimento, y que generaría este interrogante: ¿qué porción del daño debiéramos indemnizar?, y cuya respuesta no debería ser otra que esta: la que el ordenamiento jurídico, en su plenitud, pueda asignar” (Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 24 y 25).

²¹ Jaramillo Jaramillo, Carlos I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2013, p. 108.

- Quien previene, mira al futuro; quien mitiga, lo hace con el pasado.
- Quien previene, evita la potencial plasmación de un daño; quien mitiga, evita que este se maximice.
- Quien previene, mira el futuro; el que mitiga, mira el pasado.

Las diferencias apuntadas permiten aseverar el siguiente corolario: una doctrina verdadera de la mitigación del daño debe construirse de manera autónoma a la figura de la prevención. Sendos institutos no pertenecen a la misma especie²².

Sin embargo, ambos comparten un mismo basamento: la previsibilidad de una conducta analizada de manera abstracta²³. Tal es la razón que explica que ciertas ideas predicadas a la prevención puedan ser transportadas a la mitigación. Verbigracia, es dable predicar el reembolso tanto en la prevención como en la mitigación. No obstante ello, la base de mensura se torna totalmente distinta: en la primera, el daño no se ocasionó, mientras que en la segunda, el nocimiento se consumó. Por lo que las estimaciones, en uno y otro caso, no arrojarán el mismo resultado.

11. Reembolso de los gastos

Hasta aquí hemos analizado las consecuencias negativas de la mitigación del daño: evitar que recaiga sobre el autor del ilícito el sufragio del perjuicio ocasionado por la propia conducta del damnificado.

Es dable ponderar los efectos positivos: el acreedor de la indemnización podrá reclamar al causante que se le reintegren los gastos que haya llevado a cabo para reducir el incremento de los daños.

Los deberes de conducta adquieren un rol de importancia vital: por ejemplo, el Tribunal Superior Español ha dicho que si en el contrato del seguro, el asegurador no le brindó al asegurado una información precisa acerca de las reparaciones inmediatas que se debían practicar después del incendio de un edificio, el primero no podía invocar a su favor la figura de la mitigación del daño²⁴.

²² En terminología aristotélica, mitigación y prevención no son reducibles.

²³ “En una secuencia lógica, primero emergerá el deber de evitar, acorde con la fase de la prevención, y si no es viable la malhadada aparición del nocimiento o perjuicio, debe tener cabida el de mitigar ante la realidad insoslayable y cruda de su surgimiento, lo que explica que ambos deberes deban ser caracterizados y diferenciados” (Jaramillo Jaramillo, Carlos I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2013, p. 131).

²⁴ “El deber impuesto al asegurado en el art. 17 de la LCS es una exigencia del principio de la buena fe que domina el contrato de seguro, de lo que resulta que no fue el asegurado, sino la aseguradora ...quien faltó a ese principio de leal colaboración impuesto por la buena fe ...porque nadie advirtió al asegurado sobre la necesidad de dotar al edificio de una estructura provisional para evitar su deterioro por las inclemencias del tiempo, pese a que la aseguradora, por medio de su perito, era consciente o debió serlo, de esa necesidad, y segundo, porque la sentencia recurrida declara probado que la ejecución de esa obra no estaba ‘al alcance’ del asegurado, expresión que debe entenderse como comprensiva también de las posibilidades económicas del asegurado, y en el motivo nada se razona sobre este punto ni se precisa cuál era el coste de la obra. En suma, la finalidad del seguro para el asegurado es protegerse contra un evento perjudicial, y si la aseguradora le obliga a adelantar un desembolso extraordinario que se encuentre dentro de la cobertura pactada, so pena de tener que soportar las

La piedra angular para determinar la procedencia del reembolso consiste en la razonabilidad de las medidas adoptadas para reducir el nocimiento. No hablamos ya de la figura del padre de familia o del hombre prudente, el cartabón moderno radica en el sujeto razonable en abstracto.

La regla es comparar la conducta realizada con el comportamiento esperado de un sujeto que actúa de buena fe. Se priva al análisis de todo juicio de reproche moral para centrarse en el acto equilibrado por el cual se determina un justo medio de actuación para obtener la mitigación del daño provocado.

La razonabilidad de la medida adoptada debe analizarse alrededor de las circunstancias del caso. El elemento temporal ocupa un lugar destacado dentro del elenco de contingencias a tener en cuenta obedeciendo a la circunstancia que debe existir para el acreedor la oportunidad de actuar.

En el ámbito contractual, se tornará muy útil verificar si la sustitución de la prestación se ejecutó a precio de mercado. Las consecuencias de la razonabilidad benefician, también, al victimario. No debe cargar en su débito las erogaciones inútiles.

Se torna muy interesante establecer la perspectiva temporal estimativa de la razonabilidad de las medidas.

Nos preguntamos: ¿Se deben estudiar desde el punto histórico cuando el sujeto toma la decisión o cuando ya se han producido todos los acontecimientos? Es decir, ¿a cuál procedimiento cabe recurrir, a un análisis *ex ante* o *ex post*?

Nos inclinamos por la primera postura. Es de claridad meridiana el voto de lord Mc Millan asentado en el fallo “Banco de Portugal vs. Waterlow and Sons”: “Cuando el agraviado por el incumplimiento de un contrato se encuentre como consecuencia del mismo en una situación embarazosa, las medidas que se vea abocado a adoptar para salir de ella no han de ser juzgadas estrictamente (*weighted in nice scales*) a instancia de la parte cuyo incumplimiento ha ocasionado la dificultad. Una vez que la emergencia ha pasado, resulta fácil criticar las medidas que se han tomado para hacerle frente, pero dicha crítica no es bien recibida de aquellos que han creado la emergencia”²⁵.

No se debe enfocar la mirada en la esterilidad de la medida sino, por el contrario, si resultaba conducente para reducir el perjuicio ocasionado. Dilucidar sobre el fracaso implica un juicio *ex post* que conllevaría siempre a desconocer la posibilidad de reembolso.

Por último, solo cabe indicar que las predisposiciones particulares de la víctima no deben servir de excusa para atenuar la indemnización. Opera, nuevamente, el principio de la reparación plena.

Tal orden de ideas ha sido desarrollado en la jurisprudencia estadounidense bajo la regla de la doctrina de la cáscara de huevo (“*eggshell skull doctrine*”). Se la enuncia: “Si una persona es arrollada de manera negligente o bien su cuerpo resulta

consecuencias, el seguro dejará de tener la utilidad que le es inherente o dicho de otra forma, de cumplir la función que tiene para el asegurado” (STS 7746/2011, Tribunal Superior, Sala en lo Civil, Madrid, recurso 1033/08, res. 808/11, procedimiento casatorio).

²⁵ “House of Lord, Banco de Portugal vs. Waterlow and Sons”, 29/4/1932, UKHL J0428-1.

lesionado de manera culposa, no puede responderse al reclamo de daños por parte de la víctima alegando que habría sufrido menos lesiones (o ninguna lesión), si no hubiera tenido un cráneo inusualmente delgado o un corazón inusualmente débil”²⁶.

12. Mención especial: el seguro

Constituye el ámbito tradicional donde se ha evolucionado la figura. En muchas ocasiones ha sido recogida en una ley especial antes de ser incorporada al Código Civil de un país en particular.

Tal proceder acaeció en la República Argentina. La figura de la mitigación había sido disciplinada en el art. 37 de la ley 17.418 de manera indirecta: “Toda agravación del riesgo asumido que, si hubiese existido al tiempo de la celebración, a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones, es causa especial de rescisión del mismo”²⁷.

La razón de ello es sencilla: el legislador debe ser cuidadoso en establecer los parámetros de la medida del seguro.

Este orden de ideas se halla en el derecho comparado, por ejemplo, en el Code de Assurance (Código de Seguros) para transporte marítimo, fluvial y lacustre de Francia²⁸. Regla el art. I.172-173: “El asegurado debe contribuir al salvataje de los objetos asegurados y a tomar todas las medidas conservatorias de sus derechos contra los terceros responsables. Es responsable ante el asegurador del daño causado por la inejecución de esta obligación cuando dicha inejecución tiene origen en su culpa o en su negligencia”²⁹.

13. La cuestión en el derecho comparado

Hablar del derecho comparado es situarnos en la normativa expansiva de la *mitigation on damages*. Un verdadero reservorio legal donde la mitigación se convierte en una figura obligada cuando se legisla en torno a elevados intereses comerciales. Veamos el desenvolvimiento de todo este bloque normativo.

²⁶ Aikenhead, *Thin skull rule*, tomado del precedente “Dulieu v. Blanca” (1901) 2 KB 669 at 679 (DC), en www.amjlaw.ca/thin-skull-versus-crumbing-skull, cit. por Lamanna Guñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 133, nota 75.

²⁷ Ley 17.418 de seguros, 30/8/1967, Sección X “Agravación del riesgo”, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/39520/norma.htm>.

²⁸ El Code de Assurance nace en Francia en 1976, pero se remonta a 1930 con los seguros de automóviles. Sucede al Code Civil (Código Civil) y con mutualidad prefigura el Code de la Consommation (Código del Consumo) al cual se mantiene vinculado.

²⁹ Artículo cuya comprensión se complementa con el art. 1079 perteneciente al mismo plexo francés: “Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponde en caso de siniestros, el asegurador solo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento. La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago en determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho”.

a. Ley uniforme sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1964

La primera normativa internacional moderna surge con la ley uniforme sobre contratos de compraventa internacional del año 1964. Normativa fuertemente influenciada por el *common law*.

La mitigación del daño desempeña un rol de primera importancia en la *lex mercatoria* internacional. Dispone el art. 88 del plexo citado en el acápite que “la parte que invoca la contravención al contrato está obligada a tomar todas las medidas razonables a fin de disminuir la pérdida sufrida, si ella no cumple con esto, la otra parte puede demandar la reducción de la indemnización”³⁰.

Recae sobre las partes la carga de conducta de mitigación del daño. En caso de no cumplirla, deberá tolerar que la contraparte pueda solicitar la disminución de la indemnización debida.

b. Principios del Unidroit

Encontramos la figura en ponderación en el art. 7.4.8³¹ que regla:

“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 razonablemente efectuado en un intento de reducir el daño”.

Se observa en el inc. 1 del artículo transcrito que el daño es absorbido por la parte dañada en la hipótesis que no desplegó una conducta que mitiga el perjuicio ocasionado.

Por otro lado, se establece de manera positiva la posibilidad de reintegro de todos los gastos razonables realizados por la parte perjudicada³².

³⁰ En su Informe sobre el trigésimo quinto aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CJI/doc.485/15), la doctora Ana E. Villalta Vizcarra explica: “Esta Convención tiene como antecedentes los trabajos realizados desde 1930 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) que llevaron a la adopción en 1964 de dos Convenciones de La Haya, una relativa a la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías y otra, a la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías relativa a los derechos del comprador y vendedor”, www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_485-15.pdf.

³¹ www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf.

³² “La inacción del perjudicado, es no tomar los recaudos razonables y necesarios para evitar que el daño sufrido no maximice sus efectos. La omisión de la carga de llevar a cabo esas medidas es lo que señala la parte primera de la norma. La segunda otorga el derecho de recuperar los gastos que se hayan efectuado en pos de lograrlo, con independencia del éxito que, eventualmente, hubieran podido tener” (Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 52).

c. Principio del derecho europeo de los contratos

El punto en cuestión se encuentra disciplinado en las reglas de la previsibilidad. El art. 9:505³³ establece:

“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 reducirla 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”³⁴.

El criterio indemnizatorio condice con el principio de reparación plena: el acreedor no puede reclamar el resarcimiento de las consecuencias que él pudo atenuar de manera razonable.

d. Marco común de referencia

Conocido bajo el *nomen iuris* anglosajón *draft common frame of reference*³⁵, la figura de mitigación del daño no ha escapado a su regulación. En efecto, determina el art. 3:705:

“Reducción de la pérdida.

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

2. El acreedor tiene derecho a recuperar los gastos razonables en que incurra en pretender reducir las pérdidas”.

e. Principios del derecho europeo de la responsabilidad civil

Producto del trabajo del European Group of Tort Law. No se verifica el instituto en ponderación de manera tan clara como en los supuestos anteriores.

Dispone el art. 8:101³⁶, que lleva la rúbrica de “conducta o actividad concurrente de la víctima”:

“Puede excluirse o reducirse la responsabilidad en la medida en que se considere justo en atención a la culpa concurrente de la víctima y a cualquiera de otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera la causante del daño. Si se solicita la indemnización con relación a

³³ Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 1/93, <https://internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf>.

³⁴ La lectura del precepto transcrito debe ser aunado a la comprensión de otros: Art. 9:503. Previsibilidad: “La parte incumplidora solamente es responsable de las pérdidas que se hubieran podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como un resultado probable del incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencional o gravemente negligente”. Art. 9:504: “La parte incumplidora no es responsable de la pérdida sufrida por la parte perjudicada en la medida en que ella misma hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos”.

³⁵ www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

³⁶ Los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil se encuentran disponibles en español en www.egtl.org/docs/PETLSpanish.pdf.

la muerte de una persona, su conducta o actividad excluye o reduce la responsabilidad conforme lo dispuesto en el apartado 1. La conducta o actividad concurrente de un auxiliar de la víctima excluye o reduce la indemnización que esta puede reclamar conforme a lo dispuesto en el apartado 1”.

f. Código Europeo de los Contratos (*European Contract Code*)

Producto de la Segunda Guerra Mundial, nació el intento de obtener pisos comunes legislativos en el ámbito de los países europeos. Se ha intensificado con el Tratado de Maastricht, obteniendo como resultado el desarrollo de la Unión Europea.

La labor de armonización se centró en la materia de obligaciones y contratos. En tal afán, la Academia de Iusprivatistas europeos, conocidos, también, como el Grupo de Pavía, dirigidos por el prestigioso doctrinario Giuseppe Gandolfi, elaboraron el mentado Código.

El precepto que nos interesa es el art. 167³⁷ perteneciente al referido plexo:

“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”.

Se constata a nivel europeo un reconocimiento de la figura de la mitigación del daño.

El inc. 1 indica el deber de prevención de todo año que recae sobre el acreedor.

Se inserta directamente el inc. 2 en el campo de la morigeración del nocimiento. Se tornan irreparables las consecuencias gravosas provocadas por el comportamiento del sujeto activo de la obligación.

Se plasma en el inc. 3 la ruptura total o parcial del nexo causal por motivos ajenos al deudor. Se disciplina una especie particular de la causa ajena: la conducta del propio damnificado.

Finalmente, el inc. 4 resalta la importancia de los deberes de conducta, destacándose el deber de información.

European Contract Code. Resultado de la labor del jurista británico McGregor. Ha intentado compatibilizar las instituciones del *common law* con las del derecho continental europeo. Es decir, intenta unificar las normativas de ambos márgenes del Canal de la Mancha.

³⁷ Véase Lamanna Guñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 58.

Debemos traer a colación, en esta oportunidad, el art. 439³⁸:

“1. No es posible el resarcimiento por pérdidas que el reclamante habría podido evitar con medidas razonables.

2. No es posible el resarcimiento por pérdidas que el demandante ha evitado tomando medidas, antes o después del incumplimiento, que caigan fuera de las previsiones del apartado primero.

3. Es posible el resarcimiento de pérdidas, y en particular de gastos, sufridos al tomar las medidas razonables para evitar las pérdidas resultantes del incumplimiento, tanto si tienen éxito en reducir la pérdida global, como si fracasan aumentando así la pérdida global, o no reduciéndola.

4. Para saber si ha habido omisión de las medidas razonables para evitar la pérdida, el criterio de razonabilidad no es aquel riguroso que exige que el reclamante no haya incurrido ni en riesgos financieros innecesarios, ni en innecesarias humillaciones personales, y la carga de la prueba incumbe a la parte incumplidora”.

Se deduce de la redacción del inc. 1 la existencia de la carga de mitigación del daño.

El inc. 2 se torna un supuesto particular del anterior: la carencia de indemnización de las pérdidas sufridas si no adoptó las medidas razonables y necesarias para disminuir las consecuencias del nocimiento. Si bien el aspecto central es el incumplimiento, el arco temporal de tales medidas puede ser anterior o posterior al pago.

Enfatiza el inc. 3 la cualidad razonable de las decisiones adoptadas para aligerar los perjuicios a fin de que proceda de manera exitosa el reintegro de los gastos. Se torna notable que la mensura del reintegro se ha independizado de la efectividad de las conductas desplegadas.

Por último, el inc. 4 establece un criterio de ponderación medio acerca de la razonabilidad exhibida y hace recaer el *onus probandi* sobre el incumplidor.

14. Conclusiones

Conforme lo expuesto, se debe colegir que el art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación disciplina dos institutos autónomos: 1) la prevención y 2) la morigeración del daño. Los cuáles deberían gozar de preceptos normativos propios.

La mitigación del daño opera como una herramienta de gran valor en el ámbito de la responsabilidad civil. *Impide* que el damnificado obtenga una indemnización por daños evitables mediante esfuerzos razonables y/o adjudicables a su persona. Sus antecedentes se encuentran en el derecho romano, obteniendo un gran desarrollo jurisprudencial en el *common law* inglés.

La *morigeración*, como función principal del instituto, surge de la *relación de causalidad* que permite medir el *quantum* resarcitorio por el daño exclusivamente atribuible al dañador y no a la víctima.

³⁸ Lamanna Guiñazú, *Daño agravado por el acreedor*, p. 59.

La ponderación causal indicada responde a la regla de la justa retribución con objeto de equidad. Robustecida por dos principios: 1) principio de buena fe y 2) principio de *neminem laedere*. La morigeración del daño como instituto traza los límites propios de un ordenamiento jurídico en el cual ningún derecho es absoluto, inagotable e ilimitado.

Desde otra perspectiva, prevenir no es mitigar; mitigar es atenuar y atenuar es impedir dentro del marco de un hecho pasado –no futuro– que el dañador sea adjudicado por aquello que en verdad corresponde a la víctima según la relación de causalidad ilustrada.

Con una mayor rigurosidad técnica, la mitigación evita que el daño se maximice donde no debe y la prevención advierte para que este no nazca. La presencia de dos institutos es evidente y a todas voces necesaria. Ningún ordenamiento jurídico que aspire a la calificación de justo puede desconocerlas.

© Editorial Astrea, 2024. Todos los derechos reservados.

