

R  
2

ANÁLISIS DEL ART. 77 DE LA CONVENCION  
DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA  
INTERNACIONAL DE MERCADERIAS:  
EL DEBER DE MITIGAR LAS PERDIDAS”.

JAVIERA ALEJANDRA ECHEVERRIA GONZALEZ



**MEMORIA  
DE  
TITULO**

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL

ME.DER  
(35)  
2012

26480

11-09.485

C.O

**UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**MEMORIA DE PRUEBA.**

**Nombre de la alumna:**

Javiera Alejandra Echeverría González.

**"ANÁLISIS DEL ART. 77 DE  
LA CONVENCIÓN DE VIENA  
SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL  
DE MERCADERÍAS:  
EL DEBER DE MITIGAR LAS PÉRDIDAS".**



**FACULTAD DE DERECHO**  
**2012**

11443

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL  
FACULTAD DE DERECHO

Santiago, 27 de agosto de 2012

Señora  
Solange Doyharçabal Casse  
Directora  
Facultad de Derecho  
Presente

Señora Directora:

El Departamento de Investigación Jurídica ha revisado la Memoria de Prueba de la alumna, doña **JAVIERA ALEJANDRA ECHEVERRÍA GONZÁLEZ**, titulada "ANÁLISIS DEL ART. 77 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. EL DEBER DE MITIGAR LAS PÉRDIDAS", y sobre la base de este segundo estudio y de Informe del Profesor Guía, señor Rodrigo Ignacio Cortés Muñoz, viene en confirmar la nota Seis coma Cinco (6.5), con la que ha sido calificada.

Dios guarde a la señora Directora,

  
VICTOR MUKARKER OVALLE

DIRECTOR  
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA  
"PROFESOR ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA"

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA

P.S.: Se acompaña Informe del Profesor Guía,  
señor Rodrigo Cortés Muñoz.

VMQ/Pmp.

Santiago, Junio 2012.

Sr. Víctor Mukarker Ovalle.  
Director de Investigación.  
Facultad de Derecho.  
Universidad Gabriela Mistral.  
Presente.

Ref. Informa Tesis de Grado de  
la alumna Srta. Javiera  
Echeverría González.

De mi consideración.

Junto con saludarle, por la presente tengo el agrado de informar la tesis de grado de la alumna Srta. Javiera Echeverría González, titulada "Análisis del artículo 77 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: El deber de mitigar las pérdidas".

En primer término cabe señalar que el tema abordado resulta contextualmente interesante considerando que nuestra doctrina no lo ha desarrollado *in extenso*. Sobre el particular, de hecho, existe solo una opinión que se pronuncia por la recepción del deber de mitigar desde la buena fe contractual -que serviría de estructura a nuestro ordenamiento privado- aún en contradicción entre las fuentes que la *carga* mencionada reconoce y las que tiene nuestro Código Civil. Es del caso añadir, además, que la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercadería (en adelante "CISG"), siendo ley de la República desde la década del ochenta, sólo ha sido aplicada de manera jurisprudencial en un solo fallo, el que además, es defectuoso tanto en su análisis como conclusión. En tal perspectiva, toda investigación que profundice y socialice el contenido del tratado internacional promueve su *internalización* entre nosotros, aspecto que ya resulta favorable en la investigación en curso.

El análisis de la Srta. Echeverría comienza (Cfr. Capítulo I) con una descripción de la naturaleza jurídica de lo que en doctrina se denomina el “deber de mitigar pérdidas” y que tiene su fuente en el artículo 77 de la CISG. Sobre el particular, el razonamiento busca calificar el contenido legal ya como una obligación, en el sentido tradicionalmente entendido entre nosotros, o como un deber, nomenclatura esta última, ajena (en sus supuestos de configuración) a nuestro acervo y más propio del mundo anglosajón.

Acto seguido describe en sus condiciones de verificación, qué parámetros y sus correlatos fácticos, permitirían a las partes y a la instancia de adjudicación, distinguir cuándo dicho *deber* nace como un contenido contractual para las partes y los efectos seguidos de su no concurrencia. Un punto crucial abordado por la tesista, se refiere a la extensión del *deber de mitigación*. I.e. al ámbito de cobertura de la exigencia que como variable contingente se encuentra presente en el contrato internacional. Ello reviste una importancia extrema, pues esa delimitación dependería -según la Srta. Echeverría, posición con la que concordamos- de circunstancias *ex post* al consentimiento. Dicho factor, permitiría, por ejemplo, calificar al contrato internacional de mercadería bajo la calificación de contrato incompleto, según el decir de la Teoría Económica. Sin embargo, dicha discusión se encuentra allende al supuesto de análisis de la presente investigación.

En el capítulo II, la tesista se refiere a la recepción que el *deber de mitigación* tendría en nuestro sistema, tanto en una dimensión legal como doctrinaria. En este apartado la Srta. Echeverría se refiere a las normas que permitirían eventualmente su homologación como una carga disponible desde el acervo positivado. Asimismo, se refiere y confronta la opinión doctrinaria que derechamente afirma la existencia del *deber de mitigación* entre nosotros exponiendo su parecer. Así por ejemplo, señala que no existiendo en nuestro Código Civil un estándar que diferencie entre distintos tipos de incumplimiento -atendiendo a la gravedad del mismo- es teóricamente muy difícil aceptar que la carga referida pueda existir como un contenido disponible. Es decir, operativamente, más allá de la consistencia con el principio de buena fe, sería imposible entender que tal resultaría acervo entre nosotros. La opinión citada,

de hecho, nos parece acertada y refuta de manera exacta la posición doctrinaria del profesor Vidal Olivares.

Finalmente, la investigación comprende una conclusión en la que la tesista desarrolla un análisis global del deber de mitigación y confronta su tesis original.

La referencias y bibliografía de la investigación es completa y actual. Las fuentes citadas, por lo mismo, permiten entender que los argumentos que se exponen y confrontan pertenecen al *estado del arte* sobre la materia, aspecto que también resulta muy favorable.

Es por ello, que la presente investigación la califico con un 6.5.

Sin otro particular, saluda atentamente a Ud.



Rodrigo Ignacio Cortés Muñoz.  
Profesor Contratación Internacional.  
Universidad Gabriela Mistral.

## **MEMORIA DE PRUEBA**

“Análisis del Artículo 77 de la Convención de Viena sobre Compraventa  
Internacional de Mercaderías. El deber de mitigar las pérdidas”

Alumna:

Javiera Alejandra Echeverría González.

Profesor Guía:

Rodrigo Cortés Muñoz.

FACULTA DE DERECHO

Santiago, 4 de Junio de 2012.

Índice.

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	8
“EL DEBER DE MITIGAR LAS PÉRDIDAS”.....	8
¿DEBER U OBLIGACIÓN?.....	8
SUPUESTOS FRENTE A LOS CUALES NACE EL DEBER DE REDUCIR LAS PÉRDIDAS.....	17
QUÉ PÉRDIDAS DEBEN MITIGARSE.....	24
CAPÍTULO II.....	26
EL DEBER DE MITIGAR LAS PÉRDIDAS EN NUESTRO DERECHO.....	26
CAPÍTULO III.....	32
Conclusión.....	32
BIBLIOGRAFÍA.....	35

## INTRODUCCIÓN.

Esta memoria hará una referencia al artículo 77 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, en adelante CISG (United Nations Convention for the International Sale of Goods) que dice relación con el deber de mitigar las pérdidas producidas como consecuencia del incumplimiento de una obligación en el marco de una compraventa internacional de mercadería. Desarrollando en ella una investigación que permita dar a conocer la naturaleza jurídica de esta institución, frente a cuáles supuestos puede ponerse en marcha y cuáles son las pérdidas que efectivamente deben mitigarse.

Al final de este trabajo se expondrá el fundamento de este deber y sobre qué principios se sustenta.

El derecho sufre tantas modificaciones como la vida en la medida en que cambia la cultura, los escenarios, las relaciones entre las personas, empresas y, en fin, se va acomodando y va regulando las nuevas situaciones que se presentan con el correr del tiempo, pasando a ser como un reflejo de la historia del hombre. Bajo este prisma se puede ver que si el siglo pasado fue escenario de múltiples cambios, de un desarrollo muy avanzado en materias relacionadas con el economía, la cultura, el

transporte, las telecomunicaciones, por nombrar algunos ámbitos, asimismo el derecho ha buscado formas de regular las nuevas situaciones que han aparecido al tiempo de los demás cambios. El paso de dos guerras mundiales y el evidente desarrollo tecnológico que estas trajeron consigo sirvió para abrir nuevos campos en las comunicaciones, transporte y también el comercio avanzando hacia una globalización en la cual entran en contacto, de forma más cómoda y rápida, los países –con sus legislaciones correspondientes- religiones y culturas.

Con lo anterior se enfrentan diferentes ordenamientos con sus propios principios y maneras de resolver conflictos en el ámbito jurídico. Como respuesta a la globalización surgen múltiples intentos de crear un texto que logre fundir estos principios y así proponer fórmulas que sean aceptadas por las diferentes legislaciones; que se adapten a ellas.

Un texto destacable de entre esos intentos es el de la CISG. Éste propone un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, promoviéndose intercambios comerciales amparados en la seguridad jurídica y una mayor reducción de los gastos de estas operaciones.

Esta convención tiene como una de sus características visibles el ser muy estricta al exigir el cumplimiento de parte de quienes contratan, poniendo obligaciones y deberes a estas asegurando el cumplimiento desde la buena fe.

Es por eso que en esta investigación será desarrollado el tema de un deber particular que impone la CISG –bien conocido en el common law, pero no tanto en nuestro Derecho Civil- de mitigar las pérdidas producidas como consecuencia de un incumplimiento.

Sea por el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en estados diferentes, que se trate muchas veces de grandes sumas de dinero, volúmenes de mercaderías, el que éstas deban venderse rápido –por el riesgo de perecer- o por el hecho de formarse cadenas de compras y ventas, en las que al romperse un eslabón se desmorona todo un enjambre de transacciones comerciales, es de gran importancia poder regular los contratos con el fin de promover la buena fe y que el desperdicio de recursos sea el menor posible, evitando el daño económico que puede llegar a ser de enormes cantidades. Señala el preámbulo de la CISG:

“estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que

se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional...”

Siendo ese uno de los motivos por los cuales los Estados partes de la CISG convienen en su texto.

La CISG establece normas que regulan los contratos de compraventa internacional de mercaderías en diferentes aspectos es por eso que nos detendremos en particular a estudiar, en el capítulo V, la sección II: la indemnización de daños y perjuicios: en el deber de mitigar las pérdidas.

Se expondrá más adelante que la CISG ofrece a la parte agraviada por el incumplimiento una serie de “remedios”, alternativas por las que puede optar cuando la otra parte no cumple. En nuestro derecho también existen alternativas pero no se equiparan en cantidad a las que ofrece la convención. Esas soluciones tampoco regulan en sí mismas la idea de promover la mitigación del daño poniendo de cargo de la parte afectada por el incumplimiento el deber de tomar medidas concretas para ese fin. Por lo tanto no hay una forma de regular ni de motivar a quien ve incumplido su contrato para que, dentro de lo razonable, evite un daño

causado por otro a su patrimonio. No se logra captar el concepto de que ese menoscabo que otro causa con su incumplimiento, a pesar de poder ser indemnizado en lo mediato, debe ser reducido en lo inmediato para evitar desperdicios mayores, ya que las acciones de ambas partes en el escenario de la compraventa internacional de mercaderías afectan a muchos otros contratantes a su vez.

En el primer capítulo se mostrará qué es el “deber de mitigar las pérdidas”, y por qué no constituye una obligación, los supuestos frente a los cuales nace este deber y cuáles son las pérdidas que deben tratar de reducirse con el objetivo de que al solicitar a la autoridad la indemnización ésta no la otorgue con deducciones.

El segundo capítulo será de un breve análisis y relación de este deber con las normas de nuestra legislación interna. Para lograr captar que a pesar de ser una novedad podría entenderse que este deber no nos es del todo ajeno.

## CAPÍTULO I:

### “EL DEBER DE MITIGAR LAS PÉRDIDAS”

#### ¿DEBER U OBLIGACIÓN?

Este deber está consagrado en el artículo 77 de la CISG.

La CISG en su Parte III trata la compraventa de mercadería propiamente tal, el Capítulo V dice relación con disposiciones comunes a las obligaciones tanto del vendedor como del comprador y, dentro de ese capítulo, en la sección II se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 77<sup>1</sup> de la CISG prescribe lo siguiente:

“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

---

<sup>1</sup> cuyo texto se adoptó el 11 de abril de 1980, entrando a regir en Chile con el Decreto 544, promulgado el 31 de mayo de 1990 y publicado el 3 de octubre de ese mismo año.

daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.”

Aquí se presenta un deber que no es exclusivo del vendedor o del comprador sino que es común a cualquiera de ellos siempre que se encuentre en la situación de estar invocando el incumplimiento.

Puede parecer difícil entender que se imponga este deber ya que en nuestro sistema de derecho esto no es algo de normal ocurrencia, como se podría dar en países en que impera el common law, donde este deber está incorporado en los contratos y en la mente de los contratantes y se entiende como algo habitual.

En nuestro derecho está permitido, según el artículo 1489 del Código Civil, que frente al incumplimiento de una de las partes, la otra pueda pedir la ejecución forzada, la resolución del contrato y, además, la indemnización de los perjuicios. De esta manera lo que se hace es proteger a la parte que cumple o está llana a cumplir, dándole a elegir lo que más le acomode pero no impone deber alguno sobre la parte que invoque el incumplimiento. Esta no tendrá mayores problemas para luego hacer efectiva la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado. Eso es lo que a ojos de nuestro derecho es lo normal. Pero la CISG va un poco más lejos y

no deja a quien invoca el incumplimiento en la situación de sólo pedir, sino que lo impulsa a que, a pesar de ser la víctima de la falla o incompleta ejecución, tome las medidas correspondientes –dentro de los márgenes que la CISG también impone- para evitar sus propios daños; producidos por la falta de cumplimiento de la otra parte.

Es bastante más complejo de entender para quienes no han crecido acostumbrados a estudiar este deber, pero tiene fundamentos lógicos muy potentes.

A pesar de que lo anterior parezca en cierta medida estricto y que el hecho de que el demandante deba adoptar las medidas razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, la CISG no hace nacer una obligación para esa parte, sino que sólo hay un deber: una carga.

Para poder continuar es necesario tener en cuenta algo esencial y es que una carga o deber no es lo mismo que una obligación; no tiene los mismos efectos que una obligación y su no cumplimiento trae diferentes consecuencias.

Una carga contractual es “una imposición legal, o convencional, de una determinada conducta, cuyo incumplimiento no otorga al perjudicado una pretensión encaminada a exigir su observancia; empero, ubica a su titular

ante ciertas desventajas jurídicas, como la pérdida o la reducción de derechos. La carga no constituye una obligación, sino un 'tener que' que actúa como base de un posterior 'poder ser'.<sup>2</sup>

Con esta carga el demandante de la indemnización no puede ser compelido de manera coercitiva por la otra parte (potencialmente obligada a indemnizar) para adoptar aquellas medidas.<sup>3</sup> A pesar de que nadie puede moverlo a actuar, si deja de hacerlo esa pasividad provocará una reducción en el monto de la indemnización que le correspondería en la misma cantidad en que hubiese podido evitar o aplacar ese perjuicio, provocándose un daño a sí mismo al final de cuentas. Esa es una diferencia sustancial con una obligación, la CISG asigna esta carga y al

---

<sup>2</sup> Vidal, A. (2005) Revista de derecho (Valdivia), versión On-line ISSN 0718-0950. Puede encontrarse en [www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-09502005000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-09502005000200003&script=sci_arttext)

<sup>3</sup> El hecho de no cumplir con esa carga no hace nacer un derecho para que la otra parte pueda exigir el cumplimiento, pero el titular de la indemnización se verá privado o al menos verá limitado su derecho a exigir que se reparen sus perjuicios

mismo tiempo deja en claro cuál es el efecto en el caso de no realizar lo que se “debe”.

Es importante tener presente que no estamos frente a una obligación. Una obligación es un vínculo jurídico entre personas determinadas, en cuya virtud una se encuentra para con la otra en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa. En esta, el acreedor tiene facultad para exigir algo a su deudor. Es un lazo que une a ambas partes. Siendo un vínculo de derecho está sancionado por la ley.

El artículo 1470 del Código Civil chileno prescribe que las obligaciones civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Por lo tanto la parte que efectivamente ha cumplido puede solicitar a tribunal que compela a su contraparte para que lleve a cabo aquello a lo que se obligó.

Al mismo tiempo, el no cumplir una obligación puede dar paso a que la parte diligente solicite que se dé término al contrato, cosa que no ocurre si se trata de no realizar una conducta impuesta solamente como carga.

Entendiendo la diferencia entre una obligación y un deber, será más fácil desarrollar y comprender la razón de ser del artículo 77.

La CISG impone este deber (de la misma manera que impone otros a lo largo de su texto) como una manera de dar seguridad jurídica a los

intercambios comerciales. De esta manera se está velando por los intereses de ambas partes en consideración también a los volúmenes de mercadería y cantidades de dinero que están en juego en este tipo de operaciones. Así puede garantizar el cumplimiento de la mejor manera posible.

Hay un principio general del derecho, que se aplica en nuestra legislación y que se manifiesta de forma expresa en este artículo: es el “principio de protección a la buena fe”. Este principio tiene relación con la lealtad y corrección que deben observar las partes en el desenvolvimiento de las relaciones negociales.<sup>4</sup>

Esta idea fundamental que rige en nuestra legislación puede desprenderse de ciertas normas, ya que subyace en los preceptos que nos gobiernan. Una muestra patente es el artículo 1546 de nuestro Código Civil, éste evidencia la protección a la buena fe y prescribe:

---

<sup>4</sup> **Bueres, A. “La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual”, Estudios del derecho civil, obligaciones y contratos, libro homenaje a Fernando Hinostrosa, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 174.**

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo 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 o la costumbre pertenecen a ella.”

Como es un principio general del derecho puede desprenderse de diferentes normas, no hay una sola que contenga sus características o requisitos, pero lo reconocemos como un presupuesto transversal de la legislación y necesario para el funcionamiento del ordenamiento jurídico y de diferentes instituciones, como en este caso: El deber de mitigar las pérdidas.

“Una persona normalmente tiende a hacer su mejor esfuerzo para evitar pérdidas que le serán imputadas, pero en el caso del deber de mitigar se requiere de la víctima la evasión de pérdidas imputables a otro, ya que en los casos en que el principio se aplica de manera adecuada, la mitigación del daño beneficiará al responsable sin lastimar los intereses de la víctima”.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> **Rodríguez, M. “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos” Revista de derecho privado n° 15, 2008.**

De esa frase de Maximiliano Rodríguez Fernández<sup>6</sup> pueden desprenderse un par de conclusiones.

Es de sentido común que una persona se esfuerce para evitar pérdidas por las que posteriormente tendrá que responder, pues nadie espera tener que deber algo a otro en circunstancias de haber podido evitarlo, en eso muchos estaremos de acuerdo. En el deber de mitigar parece, en principio, risible que la víctima deba hacer un esfuerzo para evitar daños que a su contraparte le correspondería reparar. Es decir: ¿otro me provoca un daño y yo mismo debo evitarlo? Si no actúo de esa manera ¿quedo en desventaja frente a mi contraparte? ¿Es eso la buena fe?

Viéndolo desde esa perspectiva parece un abuso más que una carga, pero ciertamente la única desventaja viene de no actuar de acuerdo a este

---

<sup>6</sup> **Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma Universidad con maestría en Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Londres, Queen Mary College, docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de las cátedras de Derecho Civil y Contratación Internacional.**

deber. Ya que como se explica más arriba al hacerse la correcta aplicación del artículo 77 la mitigación del daño “beneficiará al responsable” y además cuidará de la “salud” de los intercambios comerciales, dejando finalmente indemne los intereses de la víctima. ¿Cómo quedarán ilesos sus intereses? Porque al momento de pedir la indemnización quien mitiga el daño puede solicitar que ésta se le otorgue por la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener, sin hacer otras deducciones. Efectivamente quien tiene sobre sí el deber de mitigar las pérdidas incurrirá en el uso de ciertos recursos para cumplir con ese fin, pero al ir “más allá” de aquello a lo que el contrato lo obliga, actúa de buena fe y a final de cuentas no pierde nada y se beneficia, dando provecho a todo un sistema.

Considerando el principio de protección a la buena fe como un fundamento del deber de mitigar las pérdidas queda más claro cuál es su objetivo.

Puede considerarse que gracias a él se da más seguridad a una compraventa internacional de mercadería, especie de garantía de que las partes actuarán siempre más allá de lo que reza el contrato.

Este deber también busca que en el desarrollo de estas actividades de intercambio internacional se haga el mejor uso posible de los recursos y que los desperdicios sean los menos.

## SUPUESTOS FRENTE A LOS CUALES NACE EL DEBER DE REDUCIR LAS PÉRDIDAS.

Lo ideal y esperado en el momento de celebrar un contrato es que éste se lleve a cabo, realizando ambas partes aquello a lo que se han obligado, dentro de los plazos y en los términos acordados al convenirlo. A pesar de eso hay probabilidades de que no sea así y que una o ambas partes no cumplan o cumplan sólo con una parte o realicen aquello a lo que se comprometieron de forma tardía, lo que es de igual modo no respetar el contrato. Por eso es que la CISG se pone frente a esas situaciones.

Hay una sección especial que señala derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por parte del comprador y otra para cuando el incumplimiento es de parte del vendedor.

En estas se señalan medidas a que tiene derecho cada parte. Dentro de estas aparece el derecho a exigir el cumplimiento, entrega de otras mercaderías en sustitución, exigir el pago del precio y recepción de mercaderías, otorgamiento de plazos para efectuar el cumplimiento, declarar resuelto el contrato, entre otras. Y como un derecho común, tanto al vendedor como al comprador, aparece el de exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

En este sentido la CISG se acerca a lo que prescribe nuestro Código Civil en lo que llamamos “condición resolutoria tácita”. El artículo 1489 prescribe:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el incumplimiento de contrato, con indemnización de perjuicios.”

Esta condición que se basa en la falta de cumplimiento de las obligaciones del deudor permite que se dé fin al contrato por una de las partes. Como alternativa a la resolución el artículo 1489 ofrece insistir en el cumplimiento. De esas alternativas el acreedor debe optar por una, ya que son excluyentes. Tomando aquella opción que mejor cuide sus intereses, conservará siempre el derecho a que se le indemnicen los perjuicios que cause el incumplimiento: sea que elija pedir la resolución o el cumplimiento a toda costa.

Como se desprende de lo anterior la CISG da un abanico de opciones en cuanto a lo que puede exigir la parte diligente, nuestra ley zanja el dilema sólo con dos:

- 1) Pedir la resolución del contrato.
- 2) Pedir que la otra parte lo ejecute de todas maneras.

A pesar de esa diferencia en las posibles soluciones con las que cuenta la parte agraviada por el incumplimiento ambos textos confluyen en que, independientemente del remedio que esta parte elija, siempre quedará lugar –después de optar por pedir la resolución o el cumplimiento- para reclamar la indemnización de perjuicios. En este sentido la CISG es mucho más clara y no deja lugar ni a la menor duda:

Artículo 45 n° 2 “El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.”

El artículo 61 n° 2 prescribe lo mismo sólo que con respecto al vendedor.

Esto es diferente del deber de mitigar las pérdidas dado que es la parte incumplidora la que debe indemnizar el daño. El resarcimiento de éste corresponde a la parte incumplidora ya que lo ha provocado.

La CISG trata de que el afectado por el incumplimiento salga de su actitud pasiva y busque formas de detener ese perjuicio, que a pesar de tener que ser resarcido por la contraparte a fin de cuentas es su propio daño.

Regla general en nuestra legislación frente al incumplimiento de un contrato es que siempre queda a salvo la acción de indemnización de perjuicios y esto no se ve modificado en la CISG pero si se ve condicionado.

El Código Civil no exige requisitos para que se otorgue la indemnización frente a la falta de cumplimiento, más bien, no condiciona el otorgamiento de una indemnización a cierta conducta de parte de quien la solicita. En cambio en la CISG la parte agraviada por el incumplimiento y que lo invoca con la intención de solicitar la reparación queda sujeta al deber de evitar los daños que pueda si quiere que la indemnización sea lo más completa posible. Lo cual parece de gran sentido, ya que es una forma de evitar que una de las partes tome ventaja de su propia inactividad. Después de todo, aunque el daño se produzca por el incumplimiento de otro que luego indemnizará, no corresponde a la buena fe el permanecer de “brazos cruzados” mirando cómo se producen pérdidas al propio patrimonio sin tomar las acciones que corresponderían a una persona diligente. En ese sentido a nuestro Código le falta la rigurosidad que muestra la CISG, dando instancia a la pasividad y al desperdicio de los recursos al no sujetar la indemnización a una condición; como la de tomar medidas concretas en contra del daño a un patrimonio. El principio de protección a la buena fe por

sí sólo no es suficiente para motivar la conducta activa de quien debe mitigar las pérdidas en nuestro derecho. Tal vez plasmar este principio en una norma dejaría claro la necesidad de cumplir con este deber, señalando presupuestos y situaciones en que procede, para al mismo tiempo, evitar el abuso de éste.

En el artículo 77 puede distinguirse que hay ciertos supuestos –aunque no están enumerados pueden distinguirse de forma clara- que deben darse para que pese sobre la parte agraviada el deber de mitigar el daño. Por lo tanto este deber no nace por el simple hecho del incumplimiento.

La primera condición, que es también la más lógica, es que haya una obligación incumplida. Además se requiere que la parte afectada por el incumplimiento lo invoque ante la autoridad y en la forma en que corresponda exija la indemnización, ya que si no se demanda el incumplimiento y no se exige la indemnización no procede la aplicación de este artículo.

Otro elemento es que la parte que invoca el incumplimiento se ponga en situación de adoptar medidas con objeto de reducir sus propias pérdidas. Esas prevenciones, de acuerdo a la Convención, no son sólo aquellas que parezcan convenientes y adecuadas a la parte afectada, sino que además

deben ser, como lo indica su texto: “razonables, atendidas las circunstancias” en todo caso, las medidas que se dispone a adoptar la parte afectada por el incumplimiento son de su potestad (dentro de la razonabilidad de acuerdo a las circunstancias) no hay exigencias de que deba adoptarlas con conocimiento de la otra parte ni menos de mutuo acuerdo; tampoco se dispone que deba informarse de cuáles serán estas acciones.

En cuanto a las características de las medidas que se adoptarán para cumplir con el deber de reducir las pérdidas es importante destacar el criterio de razonabilidad exigido. La misma CISG indica “deberá adoptar las medidas que sean *razonables*, atendidas las circunstancias, para reducir las pérdidas”. Entonces se desprende que cabe dentro del criterio que aquella medida tendiente a aplacar el daño será razonable, si “en buena fe puede esperarse, en las circunstancias que rodean la transacción, la ejecución de dicha conducta o medida”.<sup>7</sup> No cualquier conducta cumple con esas características ya que no tiene sentido poner una carga a la

---

<sup>7</sup> **Rodríguez, M. “El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías” Revista Mercatoria, Volumen 6, Número 2 (2007)**

víctima del incumplimiento que exceda su propia capacidad para superar un mal que no le es imputable. Tampoco debe adoptar medidas que puedan ser innecesarias, riesgosas o desproporcionadas. Si este deber puede entenderse como una declaración en contra del desperdicio no tendría sentido que para lograrlo se tuviese que malgastar más recursos y que el remedio finalmente resulte más costoso.

Para encontrarse frente a esta carga habrá entonces:

- I) Una obligación incumplida.
- II) Una parte que invoca ese incumplimiento ante la autoridad.
- III) Que esa parte adopte ciertas medidas; de las características mencionadas, para reducir la pérdida que se produzca.

Si la parte agraviada no exige la indemnización, entonces este artículo no procederá.

En caso de que la víctima del incumplimiento no aminore sus pérdidas, entonces la incumplidora podrá pedir la disminución de lo que le corresponda entregar posteriormente a modo de indemnización en la cantidad en que pudo evitarse el daño.

## QUÉ PERDIDAS DEBEN MITIGARSE.

Nos encontramos frente al incumplimiento de una obligación y como vimos anteriormente la CISG proporciona a la víctima diferentes remedios en este escenario dejando siempre a salvo el derecho de solicitar la indemnización de perjuicios.

Dentro del derecho a pedir la indemnización de perjuicios la CISG hace pesar sobre la víctima del incumplimiento el deber de reducir las pérdidas y la inobservancia de esta carga afectará directamente la cantidad que el incumplidor deba al otro contratante a modo de indemnización. Entonces si la inactividad de la víctima no logra evitar una pérdida "n", que pudo haberse aplacado tomando las acciones adecuadas, la indemnización será el valor en que se estime la pérdida menos esa cantidad "n".

El artículo 74 de la CISG dispone:

“La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento.”

La indemnización que deberá quien incumple un contrato estará compuesta por los dos rubros indemnizatorios antes señalados:

- a) El daño efectivamente causado.
- b) El lucro cesante.

El artículo 77 se refiere a estos mismos al señalar: “para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento”

En ambos casos: en la indemnización que debe el incumplidor del contrato y la pérdida que debe reducir la víctima del incumplimiento, se comprenden esas dos formas de daño.

En caso de que la víctima no salga de su actitud pasiva con intención de evitar la pérdida de lo que tenía derecho a obtener –aunque esto no sea un efecto inmediato del incumplimiento- al invocarlo, la otra parte podrá solicitar la disminución de la indemnización en aquella cantidad que su contraparte dejó de percibir por su actitud pasiva.

## CAPÍTULO II

### EL DEBER DE MITIGAR LAS PÉRDIDAS EN NUESTRO DERECHO.

En este segundo capítulo quisiera hacer un breve análisis con respecto al deber de mitigar las pérdidas y la posibilidad de relacionar su aplicación en la legislación interna, ocupando como referencia el texto del profesor Álvaro Vidal Olivares<sup>8</sup>. “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”.<sup>9</sup>

En este texto su autor muestra las dos caras de una misma moneda al ocurrir el incumplimiento.

Por una parte se presentan a la parte agraviada un “abanico de remedios” y por otro lado pesaría sobre la misma esta carga de mitigar las pérdidas.

---

<sup>8</sup> **Abogado, profesor adjunto de Derecho Civil, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Licenciado en Ciencias Jurídicas por esa casa de estudios y doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.**

<sup>9</sup> **Artículo publicado por primera vez en Alejandro Guzmán Brito (ed. Científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago LegalPublishing, 2008), pp.429-457.**

Temas que se expusieron en su medida anteriormente con la CISG como marco.

Como señala Vidal Olivares –y fue expuesto en esta presentación- en nuestra legislación no contamos con una norma expresa que consagre el deber de mitigar las pérdidas, en ese sentido nace de forma natural la duda de si puede permitirse la aplicación de este deber en nuestro derecho, con objeto de evitar conductas pasivas, de parte de quien ve que no se le está cumpliendo una obligación. No sería aceptable dejar que ese acreedor de una obligación incumplida contemple como se le producen daños sin hacer nada al respecto, descansando en que la contraparte deba sanarlos. A mi entender, el hecho de desconocer este deber implicaría una especie de protección al agraviado pro el incumplimiento, ya que –si bien esto le irroga un daño- cuenta con la prerrogativa de elegir dentro de las alternativas (remedios) que le ofrece el artículo 1489 (sin tener que justificar por cuál de ellos opta) y tampoco está obligado por alguna norma expresa a actuar con prudencia respecto a esa decisión y a final de cuentas, y en el peor de los escenarios, podría terminar eligiendo una alternativa que cause más desperdicio aún llevando a cabo todo lo que se busca evitar al hacer uso de la carga de mitigar. El Código tampoco fija un estándar para determinar si las causas que provocan el incumplimiento son graves –como para

justificar que se pida la resolución del contrato- o si conviene mantenerlo a toda costa y dejar la resolución como alternativa reservada para casos más graves. Si bien no puede “premiarse” a quien falta al cumplimiento, tampoco puede dejársele en una posición tan desmedrada en que deba cubrir todos los frentes y correr con todas las pérdidas quedando a merced de lo que a su antojo decida pedir su contraparte.

Para quienes hemos estudiado al amparo del Derecho Continental, el tema del deber de mitigar el daño puede parecernos un poco ajeno y no lo llevamos incorporado en nuestros conocimientos.

El profesor Vidal Olivares hace ver que su aplicación no es tan distante de nuestra realidad. Disiento de su opinión pero expondré mis argumentos más adelante.

Él considera que el principio de protección a la buena fe sería el fundamento inmediato para transportar el deber de mitigar las pérdidas a nuestro derecho por ser una fuente de deberes y conductas acordes con este, junto con otro punto que dice relación con la gestión razonable de los efectos del incumplimiento.

Relacionado con lo que señalé más arriba, Vidal Olivares dice lo siguiente:

“el sistema de remedios por el incumplimiento que se intenta construir en nuestro derecho civil, que reconoce al acreedor una pluralidad de remedios entre lo que puede optar libremente, también se preocupa del interés del deudor, y lo hace exigiendo al acreedor, afectado por el incumplimiento, que observe una conducta ajustada a las exigencias de la buena fe objetiva. Se opone a ella un ejercicio antojadizo abusivo de los remedios; o una actitud de pasividad que incremente los daños que irroga el incumplimiento, sobre todo si se entiende que es el acreedor el más interesado en la más pronta satisfacción de su interés”.

En el fondo, por respeto al principio de la buena fe, el acreedor afectado por el incumplimiento debe actuar con consideración a su contraparte y usando criterio de deferencia, aunque no sea la ley la que lo mueva a actuar de esa manera.

Por otra parte el Código de Comercio, al tratar de los seguros, hace una referencia expresa a este deber, claro que no con ese nombre. En su artículo 556 n°4 prescribe:

“El asegurado está obligado:

4° A tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos”

En este caso el asegurado, a pesar de quedar libre del riesgo, está sujeto a una disposición legal expresa que lo obliga a adoptar esas acciones de mitigación.

De esta forma a pesar de que nuestro derecho no consagra como una institución propiamente tal el “deber de mitigar las pérdidas” tiene ciertas normas y principios que lo harían extensible y aplicable.

A mi me parece que la CISG al tratar este deber haciéndolo de uso general, para cualquiera de las partes que invoque el incumplimiento de alguna de las obligaciones de la contraria, lo hace diferente a la situación que se puede desprender de los párrafos anteriores sobre su posible aplicación a nuestra legislación.

Si bien contamos con el principio de protección a la buena fe y normas, como el artículo 556 n° 4 del Código de Comercio (que al decir que el asegurado está obligado, ya excedería el estándar de “carga” para entrar a lo que propiamente es una obligación que nace al momento de contratar) por un lado tenemos un principio, que guía pero no obliga y por otro, una

norma de una materia muy específica que no tiene razón de extenderse a todo el resto de las materias sobre las que puede versar un contrato.

Si la norma del artículo 1489 del Código Civil no propone más condiciones al acreedor perjudicado en el momento de tener que optar por alguna de las opciones que ofrece, por mucho que se quiera mover a las partes a actuar por el principio de la buena fe, si la norma nada dice respecto a tener que mitigar el daño (en orden a ese principio) podría decirse que el 1489 da la prerrogativa al acreedor; tanto de decidir si continuar con el contrato o pedir su resolución, como de actuar frente al incumplimiento sin que pese sobre él deber alguno de tomar acciones frente al menoscabo que le produce el incumplimiento.

### CAPÍTULO III

#### Conclusión.

He querido agregar este último capítulo para abarcar lo expuesto en los anteriores, haciendo una síntesis de esta investigación con el objeto de mostrar la importancia de entender el artículo 77 de la CISG.

Las respuestas a las preguntas planteadas en la introducción fueron desarrollándose de a poco a lo largo de esta presentación pero quisiera mostrar un punto de vista pragmático, de cuál es la necesidad real de éste estudio.

La CISG es uno de los textos que busca integración y armonización en materia jurídica, en específico en relación al contrato de compraventa de bienes, entre los diferentes estados que la han suscrito. Ella nos presenta el deber de mitigar las pérdidas como una interesante novedad. En ésta memoria se explicó en qué consiste este deber, su relación con nuestra legislación y como entenderlo a la luz de ésta. Es precisamente esto último lo que quisiera condensar en esta parte.

El estudio de ese artículo es crucial para quienes queden sujetos a la aplicación de la CISG al momento de celebrar una compraventa internacional, su desconocimiento representa sin duda un riesgo para quien

contrata, sobre todo considerando que en la mayoría de los casos las cantidades de dinero y los volúmenes de mercaderías son de gran importancia.

En otros países del mundo el deber de mitigar las pérdidas no es una rareza, como podría parecer en Chile, sino que se lleva incorporado en las mentes de quienes contratan y lo más importante: en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto un actor que siempre ha contratado con la noción de este deber en su mente sabe qué puede “esperar” de su contraparte al fallar en la ejecución de un contrato y sabe qué acciones debe tomar en caso de encontrarse en la situación contraria, siendo la víctima del incumplimiento y esperando recibir una indemnización libre de cualquier deducción. Por el contrario es muy probable que un contratante que desconozca este deber ni siquiera se plantee la idea de mitigar el daño, que invoque el incumplimiento de una obligación sin conocer que pesa sobre él esta carga y que ese desconocimiento lo perjudique (aunque tenga las mejores intenciones respecto de su contraparte).

Por eso es que interesa este estudio, ya que quien no conoce el artículo 77 está en posición desventajosa. Quien lo maneja puede entrar a relacionarse con partes que habitualmente se desenvuelven con holgura en la aplicación de este deber.

A pesar de que en nuestra legislación este deber no tiene una consagración expresa, aparte de la CISG, no puede decirse en forma terminante que es desconocido. Como se expuso anteriormente el deber de mitigar las pérdidas, reconocido en países del common law como “duty to mitigate damages”, trae su origen en un principio que sí tiene consagración expresa en nuestra legislación y es de mucha aplicación: El principio de la buena fe.

También se exploró en el capítulo anterior cuáles normas se pueden asimilar a este deber aunque no lleven su nombre puesto en ellas. Por lo tanto este principio podría mover a las partes a llevar a cabo las acciones que busca producir este deber.

Entonces el deber de mitigar el daño puede quedar cubierto por el principio de la buena fe, hay normas expresas que exigen (a modo de deber y no de obligación) conductas como las que exige el artículo 77 de la CISG, pero la regla general, como se mostró en el ejemplo del artículo 1489 es que no se pone la carga de forma estricta y las acciones de mitigar el daño quedarían sólo dentro del marco de la buena fe de los contratantes y la víctima del incumplimiento no quedaría sujeta al deber de tomar acciones mitigadoras.

## BIBLIOGRAFÍA

- Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, parte III, pág, 249-253.
- [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second edition spanish.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second%20edition%20spanish.pdf) consultado en mayo del año 2012.
- Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 8 de junio de 2004, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/77. Revisado en mayo del año 2012.
- **Rodríguez Fernández, Maximiliano.** “El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una breve aproximación al tema”. Revista e-mercatoria volumen 6, Número 2 (2007) <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/emerca/articulo/view/2061>
- **Rodríguez Fernández, Maximiliano.** “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”. Revista de Derecho Privado N° 15, Universidad Externado de Colombia, 2008, Pp. 95 ISBN/ISSN 0123-4366.

- <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rodriguez-fernandez.html>
- **Vidal Olivares, Álvaro.** “La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional”. Revista de derecho (Valdivia) On-line ISSN 0718-0950. Rev. Derecho (Valdivia) v. 8 n. 2 Valdivia Dic. 2005, Revista de Derecho Vol. XVIII n°2 diciembre 2005 páginas 55-81.
- [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-095020050002000003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-095020050002000003&script=sci_arttext)
- **Vidal Olivares, Álvaro.** “Incardinación de la Responsabilidad por Daños y el Concepto de Obligación en la Compraventa Internacional de Mercaderías” Revista Ius et praxis, versión On-line ISSN 0718-0012. V.11 n.2, 303-330, 2005
- [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200010&script=sci_arttext)
- **Zeller, Bruno.** “Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art.77) and the counterpart provisions of PECL (art. 9:505) abril de 2005, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller8.html> reproducido con permiso de *European Journal of Law Reform* (Kluwer) Vol. 4, N° 4 (2002) 629- 643.

- **CÓDIGOS.**

- Código Civil. Editorial Jurídica de Chile, vigésima edición, marzo de 2012.
- Código de Comercio. Editorial Abeledo Perrot, LegalPublishing, Chile, undécima edición, enero de 2011.

BCA. UNIV. GABRIELA MISTRAL  
Universidad Gabriela Mistral

