

# La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato

Juan Pablo Pérez Velázquez

Facultad de Derecho  
Universidad Pablo de Olavide

### *Abstract<sup>1</sup>*

*En nuestro Código civil no existe un precepto que de forma expresa recoja la carga de evitar o mitigar el daño del que sufre el incumplimiento del contrato. Han sido nuestra jurisprudencia y doctrina las que han tratado de delimitar su configuración y contenido, y a su desarrollo ha contribuido el haberse consagrado en la Convención de Viena, en los posteriores textos del moderno derecho de la contratación (PICC, PECL y DCFR), y, recientemente en la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea (CESL). La importancia de la figura no es baladí puesto que, junto a la obligación de no provocar el incumplimiento o aumentar los daños derivados del mismo, configuran reglas de comportamiento que deben ser respetadas, y tienen como función principal, junto al test de previsibilidad, la delimitación del quantum respondatur. La finalidad del presente trabajo es doble, de una lado, analizar la anatomía de la carga de mitigar el daño, iniciando un recorrido desde sus orígenes para continuar con su evolución y consagración en nuestro Derecho, así como analizar su concepto, naturaleza jurídica, fundamento, función y diferencias con figuras afines. De otro, indagar y poner de manifiesto la fisiología de la regla en la práctica de los Tribunales tanto nacionales como extranjeros y en las Cortes de Arbitraje, siendo cuestión fundamental la determinación de la razonabilidad de las medidas paliativas del daño, lo que exige un estudio de las circunstancias concurrentes.*

*In our Civil Code there is no provision that expressly collect the load to prevent or mitigate the damage suffered by the breach of contract. Have been our jurisprudence and doctrine which have attempted to define your settings and content, and its development has been contributed enshrined in the Vienna Convention, in later texts the modern law of contracts (PICC, PECL and DCFR), and recently in the Common European Sales Law (CESL). The importance of the figure is not trivial since, with the obligation not to cause a breach or increase damage arising thereof, set rules of behavior that must be respected, and their main function along the foreseeability test, the delimitation of quantum respondatur. The purpose of this paper is twofold, on the one hand, to analyze the anatomy of the burden of mitigating the damage, starting a journey from its origins to its evolution and continuing dedication to our law and discuss its concept, legal nature, foundation function and differences with related figures. Alternatively, investigate and reveal the physiology of the rule in the practice of both domestic and foreign Courts and Arbitration Courts, being fundamental issue determining the reasonableness of remedial measures, damage, requiring a study of the circumstances.*

*Title:* The mitigation of harm

*Palabras clave:* Incumplimiento, Remedios, Indemnización de daños y perjuicios, Mitigación del daño

*Keywords:* Non performance, Remedies, Damages, Mitigation of harm

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto I+D “La protección jurídica del consumidor adquirente de bienes y contenidos digitales en el moderno derecho privado europeo: consecuencias para el ordenamiento jurídico español” (DER2013-44399-P), del cual es investigador principal el Prof. Dr. Francisco Oliva Blázquez.

## Sumario

1. Planteamiento
2. La formulación de la carga de mitigar el daño
  - 2.1. Su origen histórico
  - 2.2. En el Derecho español
    - a) Evolución y consagración en las resoluciones del Tribunal Supremo
    - b) En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009
  - 2.3. Su consagración en los textos de la moderna construcción del Derecho de los contratos
3. Concepto y naturaleza jurídica
4. Fundamento y función
5. Diferencias entre la carga de mitigar el daño (duty to mitigate), la concurrencia de culpas o de causas (contributory negligence) y la agravación del daño (further damage): la relación entre la conducta del perjudicado y el daño
6. Contenido del deber de mitigar el daño. La delimitación de “las medidas razonablemente exigibles en atención a las circunstancias”
  - 6.1. Configuración, caracteres y momento de las medidas mitigadoras
  - 6.2. Casuística relativa al cumplimiento o incumplimiento de la carga de mitigar del comprador
    - a) Supuestos en los que no hubo incumplimiento
    - b) Supuestos en los que hubo incumplimiento
  - 6.3. Casuística relativa al cumplimiento o incumplimiento de la carga de mitigar del vendedor
    - a) Supuestos en los que no hubo incumplimiento
    - b) Supuestos en los que hubo incumplimiento
  - 6.4. Conclusiones sobre las resoluciones jurisprudenciales y arbitrales relativas a la casuística sobre el cumplimiento o incumplimiento de la carga de mitigar
7. El reembolso de los gastos
8. La reducción de la indemnización en la cuantía de las pérdidas evitables o mitigables
9. La carga de la prueba
10. Tabla de jurisprudencia citada
11. Bibliografía

## 1. Planteamiento

El principio rector del cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios es la reparación integral del daño o *full damages rule*, existiendo cierto consenso sobre que dicho principio se canaliza mediante la protección del interés contractual positivo o *expectation interest*<sup>2</sup>, en virtud del cual la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento del contrato tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiera ejecutado en los términos pactados. La indemnización debe concretarse en una suma de dinero equivalente al daño íntegramente padecido, de forma que no quede parte del mismo sin resarcir, y sin que la indemnización suponga un enriquecimiento para la parte perjudicada, lo que no es más que una consecuencia de la naturaleza compensatoria o resarcitoria del remedio indemnizatorio. El derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, ya que existen tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o en parte del mismo; y por último, la carga que recae sobre el perjudicado de mitigarlo<sup>3</sup>.

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de la carga del acreedor de mitigar el daño que, junto a la obligación de no provocar el incumplimiento o aumentar sus consecuencias, representan reglas de comportamiento que el acreedor debe respetar. Ello configura la posición jurídica o estatuto del perjudicado en la indemnización, puesto que se tiene en consideración, en su caso, como parámetro de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido su actitud en la causación y en la extensión de los daños.

Centrándonos en la regla mitigadora, no existe en nuestro Código civil un artículo que de forma expresa la recoja. En cambio, sí se encuentra expresamente reconocida en el artículo 17 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE nº 250 de 17.10.1980), aunque debe matizarse que tomando como punto de partida un supuesto de hecho muy distinto al que se contempla en este trabajo. En efecto, no se sitúa en un previo incumplimiento del contrato, sino que es el acaecimiento del siniestro el que desencadena que el asegurado o tomador del seguro deba aminorar la extensión de sus efectos<sup>4</sup>. Fue la STS, 1ª, 15.11.1994 (RJ 1994\8488; MP: Francisco Morales Morales) la primera que formalmente la propone en nuestro Derecho. A esta sentencia le han seguido otras que, junto a la doctrina científica, persiguen establecer su definición, presupuestos, naturaleza jurídica, fundamento, finalidad, delimitación de sus

---

<sup>2</sup> FULLER & PERDUE (1957, p. 10).

<sup>3</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, p. 783) justifica la presencia en nuestro Derecho de los anteriores criterios de delimitación del *quantum respondatur* afirmando que “la tradición del Derecho contractual del que nuestro Código es heredero, ha introducido algunos paliativos que, en parte, obedecen al criterio de justicia, y en parte también a la conveniencia de no hacer demasiado difícil la situación del deudor contractual, de manera que se pueda favorecer la contratación”.

<sup>4</sup> Artículo 17. Deber de salvamento: “El asegurado o tomador del seguro deberá emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado”. Al respecto, véase SÁNCHEZ CALERO (2001, pp. 300-309).

fronteras, efectos de su cumplimiento o incumplimiento y, en definitiva, cómo opera en la práctica.

Junto a la labor realizada por nuestra jurisprudencia y doctrina, debe destacarse la importancia que para su configuración y desarrollo supuso su consagración en el artículo 77 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG), así como posteriormente en el 7.4.8 de los Principios Unidroit (en adelante PICC), 9:505 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL), y más recientemente en los artículos III.-3:705 del Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR) y 163 de la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea (en adelante, CESL). Ello, sin duda, ha contribuido a que la Comisión General de Codificación, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 (en adelante, PMCC), haya dedicado el artículo 1211 a su regulación.

Por todo lo expuesto, el estudio de la mitigación del daño exige la contemplación de las tendencias regulatorias del moderno derecho contractual<sup>5</sup>, así como de las resoluciones judiciales y laudos arbitrales que la perfilan y desarrollan.

## 2. La formulación de la carga de mitigar el daño

### 2.1. Su origen histórico

El origen<sup>6</sup> de la regla lo sitúa CRISCUOLI en la pandectística alemana<sup>7</sup>, en una época de *“apertura alle esigenze della solidarietà sociale, la soluzione pandettistica segna nel nostro campo il trapasso dalla concezione individualistica del Diritto típicamente romana a quella sociale dell’età moderna”*<sup>8</sup>. Critica dicho autor que se pretenda situar su origen en las fuentes romanas, concretamente en el Digesto 50, 17, 203<sup>9</sup> y 19, 1, 21, 3<sup>10</sup>, si bien no niega una cercanía con la regla segunda, en la que se considera que la persona que compró grano para que sus esclavos comieran, y no le fue entregado, no puede pretender una indemnización al haber muerto aquéllos como consecuencia

<sup>5</sup> Véase sobre el proceso de modernización del derecho contractual europeo, PÉREZ VELÁZQUEZ (2013, pp. 17 y ss.).

<sup>6</sup> En relación con los orígenes y el reconocimiento de la regla de la mitigación del daño en el *Common Law* y en algunos sistemas del *Civil Law*, véanse, entre otros: BERNARDINI (1995, pp. 711-727); CRISCUOLI (1972, pp. 553-606); SOLER PRESAS (1995, pp. 961-963); y TREITEL (1991, pp. 179 y 180).

<sup>7</sup> MOMMSEN (1855, p. 296) y WINDSCHEID (1925, pp. 44-50).

<sup>8</sup> CRISCUOLI (1972, p. 569).

<sup>9</sup> Con la expresión *“quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire”* se establece de manera muy genérica la exclusión de la ilicitud de los daños que la víctima se ha provocado o ha contribuido a hacerlo.

<sup>10</sup> *“Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur”*.

de no tener que comer, puesto que tenía que haber buscado una alternativa para proveerlos de alimentos. Afirma que *“il comportamento relativo all’acquirente del grano non è previsto affatto come esecuzione di un dovere, sibbene come semplice eventualità nella prospettiva dell’interruzione del nesso causale tra l’inadempimento del venditore e la morte degli schiavi”*<sup>11</sup>. La mitigación del daño también está presente en la obra de POTHIER, que la ilustra con el conocido pasaje de la vaca enferma que contagia al resto del ganado:

“[...] 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 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 he perdido por el dolo del tratante, eso puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos”. Concluye POTHIER que, a pesar de la pérdida del ganado, el comprador podría haber reducido los daños que, derivados del incumplimiento, podían haber sido evitados<sup>12</sup>.

Como acertadamente ha indicado SOLER PRESAS, aunque POTHIER contribuyó a la difusión de la regla de la mitigación en orden a la delimitación del daño, *“lamentablemente lo expuso de forma tal que indujo a la confusión, desde entonces generalizada, de dos figuras afines en cuanto a los resultados prácticos de su aplicación, pero radicalmente distintas en su concepto, como son el deber de mitigar las pérdidas y su concurrencia en la producción del daño”*<sup>13</sup>.

HONNOLD ha afirmado que el principio de la mitigación del daño está generalmente reconocido, pero *“is expressed in different ways and is applied with varying degrees of emphasis”*<sup>14</sup>. En los Códigos civiles decimonónicos en los que expresamente se ha contemplado, lo ha sido como un supuesto más de concurrencia de culpas o de causación del incumplimiento o del daño, entendida en un sentido lato. Así el BGB en el § 254<sup>15</sup>, bajo la denominación *“Mitverschulden”* —curso de

<sup>11</sup> CRISCUOLI (1972, p. 568).

<sup>12</sup> POTHIER (1993, p. 99).

<sup>13</sup> SOLER PRESAS (1998, p. 63). Al respecto afirma MORALES MORENO (2010, p. 121), que POTHIER *“cree que el acreedor pudo evitar ese daño, comprando o arrendando otros animales, o dando en arrendamiento sus tierras. Si no lo hizo, su omisión es la causa próxima del daño. El dolo del vendedor (que provoca directamente la muerte de los bueyes) no es la causa próxima, pues no produce como «consecuencia absolutamente necesaria» ese daño. Y en caso de que el comprador hubiera tomado medidas para mitigar el daño y a través de ellas hubiera obtenido el provecho del cultivo de sus tierras, el menor provecho obtenido, debido al coste de esas medidas, puede quedar comprendido en los daños que indemniza el vendedor”*.

<sup>14</sup> HONNOLD (1999, p. 456). Al respecto afirma TALLON (1997, p. 303) que: *“Il n’y a guère eu de discussion pour mettre à la charge du créancier un devoir d’atténuation du préjudice, bien que de nombreux droits l’ignorent en tant que tel, alors que pour d’autres, il s’agit d’un règle fondamentale, au point d’englober le fait du créancier”*.

<sup>15</sup> § 254: *“Mitverschulden.- [I] Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. [II] Dies gilt auch dann,*

culpas—, contempla tres supuestos diferentes que atendiendo a la conducta del perjudicado tienen como efecto común la delimitación de la suma indemnizatoria. En el párrafo primero regula la concurrencia del perjudicado en la causación del daño, y en el segundo contempla dos supuestos distintos: la falta de comunicación al deudor del riesgo de la producción de un perjuicio de gran envergadura y el deber de mitigar el daño<sup>16</sup>. El *Codice Civile* de 1942 es el primero de los Códigos de influencia francesa que regula la mitigación del daño, concretamente en el párrafo segundo de su artículo 1227<sup>17</sup>. La denominación del artículo como “*Concorso del fatto colposo del creditore*” pone de manifiesto que padece la misma patología que el BGB, heredada de POTHIER<sup>18</sup>. Las diferencias existentes entre la carga de mitigar el daño y la concurrencia de culpas serán abordadas posteriormente.

Por otro lado, el artículo 96 del Libro VI del Código civil holandés, al afirmar que podrán ser reclamados los “*reasonable costs to prevent or minimize damage which could be expected as a result of the event giving rise to liability*”, indirectamente está reconociendo la regla mitigadora<sup>19</sup>.

Aunque se ha afirmado que su origen se encuentra en la obra de los pandectas alemanas, ha sido en el Derecho angloamericano donde mayor desarrollo ha alcanzado la regla que se conoce como *duty to mitigate damage suffered* o *duty to mitigate*, habiendo alcanzado la categoría de característica típica de su sistema de resarcimiento del daño tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual<sup>20</sup>, siendo en *British Westinghouse Electric v. Underground Electric Railways Co of London Ltd*, en el año 1912<sup>21</sup>, cuando por primer vez se formula en una sentencia, constituyendo

---

*wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, das er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder das er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung”.*

<sup>16</sup> Sobre la regulación de la carga de mitigar el daño en el § 242 BGB, véanse: SOLER PRESAS (1995, pp. 962 y 963) y SAN MARTÍN NEIRA (2012, pp. 219-223).

<sup>17</sup> Art. 1227: “*Concorso dei fatto colposo del creditore.- [I] Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. [II] Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”.*

<sup>18</sup> En la doctrina italiana, CRISCUOLI (1972, pp. 560-573) se muestra especialmente crítico con la falta de nitidez en el reconocimiento de la existencia de un autónomo *dovere di mitigare*. Afirma que, a diferencia de la claridad con la que dicha regla es acogida en el Derecho inglés, en el italiano su regulación en el art. 1227.2 es desafortunada. La doctrina y la jurisprudencia se encuentran dividida, siendo mayoritaria la que “*rifiutando, seppure acriticamente, le posizioni negative precedenti, riconosce, sempre in ordine al capoverso dell'art. 1227 c.c., l'esistenza di un dovere di «non aggravare» il danno subito. Ma, come vedremo subito, tale dovere non è quello di «mitigare», né può di questo essere estensivamente comprensivo*”. Posteriormente, CRISCUOLI justifica la existencia autónoma del deber de mitigar el daño como canon de determinación o delimitación de la indemnización (1972, pp. 567-573). Sobre el tratamiento de la mitigación del daño en el Derecho italiano, véanse SOLER PRESAS (1995, p. 963) y SAN MARTÍN NEIRA (2012, pp. 225-232).

<sup>19</sup> SOLER PRESAS (1997, p. 622).

<sup>20</sup> ANSON (1969, p. 523); BURROWS (1987, pp. 64-69); MCGREGOR (2003, pp. 216-296); SCHMITTHOFF (1961, pp. 361-366); STREET (1962, pp. 36-42); TREITEL (1991, pp. 179-192; y 1999, pp. 910-915); y VISSER y POTGIETER (1998, pp. 96-105).

<sup>21</sup> *British Westinghouse Electric v. Underground Electric Railways Co of London Ltd* en el año 1912 AC 673 a 689: “*The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps (...). This*

desde entonces la base de la elaboración jurisprudencial del principio.

## 2.2. En el Derecho español

Como ya se ha indicado, nuestro Código civil no contiene un artículo que de forma expresa recoja la carga de mitigar el daño. En el presente epígrafe se analiza cómo se ha formulado por nuestra jurisprudencia, hecho que, junto a su consagración en los textos del Derecho uniforme, ha provocado que haya sido incluida en la PMCC.

### a) Evolución y consagración en las resoluciones del Tribunal Supremo

Un impulso decisivo en la introducción en nuestro Derecho de la regla estudiada ha venido de la mano del Tribunal Supremo, no solo por haber solucionado conflictos en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías aplicando el artículo 77 CISG, lo que resulta lógico ya que desde su adhesión por España es Derecho vigente en la materia, sino porque haciendo uso del criterio previsto en el párrafo primero del artículo 3 CC, de interpretación de las normas jurídicas de acuerdo con el contexto social en el que han de ser aplicadas, ha impregnado de dicha regla —desde la ya citada STS, 1ª, 15.11.1994— los fundamentos de derecho de muchas de sus sentencias —que como ya se ha indicado, se ha consagrado en los textos de la moderna construcción del Derecho de los contratos—. Ello permite una interpretación del Derecho de los contratos de nuestro Código civil adaptado a los tiempos actuales.

Antes de que la regla fuera formulada formalmente por la jurisprudencia ya venía siendo implícitamente aplicada<sup>22</sup>. Como ejemplo podemos citar la STS, 1ª, 27.10.1992 (RJ 1992\8363; MP:

---

*second principle does not impose on the plaintiff an obligation to take any steps which a reasonable and prudent man would not ordinarily take in the course of his business”.*

<sup>22</sup> El profesor Díez-PICAZO (1973, pp. 295 y 296; y 2000, p. 784) cita como paradigmático de un supuesto al que se le debería haber aplicado la regla que analizamos, la STS, 1ª, 6.5.1960 (RJ 1960\1716; MP: Juan Serrada Hernández): “Son hechos sustanciales de la demanda formulada ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia, por el actor, propietario de un Circo, que al llegar a su destino la mercancía facturada por ferrocarril, la RENFE se había negado a la entrega del Circo, alegando que la tarifa aplicada, la especial diez, no era la aplicable, sino la General, por no haberse abonado el precio del transporte por anticipado, demorándose por este motivo y la reiterada negativa de la RENFE a la descarga e instalación del Circo, ocasionándose por este motivo a su propietario, el hoy demandante, muy serios perjuicios. Termina suplicando se dicte sentencia declarando que el transporte de la mercancía había sido contratado y realizado por la tarifa especial diez a portes debidos, con arreglo a cuya tarifa debía ser cobrado el importe del transporte por la demandada; que ésta había incumplido el contrato al negarse a entregar la mercancía cuando se ofreció su pago y que por tal demora se habían ocasionado al actor daños y perjuicios, debiéndose condenar a la demandada a pasar por tales declaraciones, a entregar al actor la mercancía transportada y a que abonara a éste en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad que se determine en ejecución de sentencia”. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda, en apelación se modificó el fallo denegándose el pago de la indemnización de daños y perjuicios, en concreto del lucro cesante reclamado, y finalmente en casación el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, argumentando para denegar la indemnización que: “...una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarada, que la base de la indemnización que conceden los artículos 1101 del Código civil y el 923 de la Ley de Enjuiciamiento del mismo orden, es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales tienen que probarse en autos, pues no basta admitir que haya existido ese incumplimiento, ya que no siempre éste ocasiona perjuicios... con relación a que los perjuicios se originen en ganancias dejadas de percibir como consecuencia del incumplimiento contractual, exige que éstas no sean dudosas ni contingentes, supuesto que en este caso se da, pues es claro que no puede admitirse que siempre la

Francisco Morales Morales) en la que el vendedor que sufrió el incumplimiento realizó una de las más frecuentes medidas mitigadoras, esto es, una operación de reemplazo:

Don Ángel L.M., como vendedor, y Don Javier A.P., como comprador, celebraron un contrato de compraventa de 750.000 kg de manzanas a razón de 45 ptas el kg, lo que resultaba un montante total de 33.750.000 ptas además del 4% en otro concepto. Se pactaron unas fechas para su sucesiva recolección y pago. Como consecuencia del incumplimiento de lo pactado por el comprador, que sólo llegó a recolectar y pagar una parte de lo acordado, el vendedor después de requerir la retirada y pago del resto de la fruta procedió, en evitación del perecimiento de la misma, a la venta por un precio inferior al pactado en una subasta notarial de cuya celebración fue informado el comprador incumplidor. La forma de operar en la práctica la carga de mitigar el daño queda claramente definido en el Fundamento de Derecho 5º al afirmar que “el vendedor señor L.M., ante el incumplimiento del comprador y dado el peligro de perecimiento del producto vendido (manzanas), se vio forzado a venderlas en subasta notarial el día 20-10-1987 (fecha en que ya hizo uso de la pactada opción resolutoria del contrato), obteniendo por ellas un precio total de seis millones seiscientos ochenta y seis mil setecientos treinta (6.686.730) pesetas, que es el mejor que pudo obtener, como también se tiene ya dicho, por lo que el perjuicio efectivamente sufrido (lucro cesante o ganancia frustrada) por el vendedor, en el caso concreto que nos ocupa, ha de venir, determinado por la diferencia entre el precio pactado y el menor obtenido en la subasta”. Es en el Fundamento de Derecho 9º donde “condena al demandado señor A.P. a que en concepto indemnización de perjuicios, abone al demandante la cantidad de diez millones treinta mil noventa y cinco (10.030.095) pesetas, que es la diferencia entre el precio pactado de cuarenta y cinco pesetas por kilogramo de 371.485 kilogramos de manzanas y el precio que se obtuvo en la subasta notarial de las mismas, a razón de dieciocho pesetas el kilogramo”<sup>23</sup>. Siendo acertado el razonamiento realizado por el Tribunal Supremo, estimo que tal vez la obsesión por el lucro cesante le ha impedido haber condenado al comprador-incumplidor al pago del daño emergente que, en un supuesto como el presente, pudo venir representado por los gastos notariales (actas de requerimiento de pago y de notificación de la subasta, la escritura de subasta notarial, con sus correspondientes gastos de publicidad, etc...). Recuérdese, como analizaremos posteriormente, que el acreedor que mitiga el daño tiene derecho a los gastos razonables que hubiera realizado, lo que en última instancia no es más que una consecuencia del principio de *full damages rule* que rige en la materia.

No obstante lo anterior, no es hasta la STS, 1ª, 15.11.1994 cuando se invoca formalmente por primera vez la regla<sup>24</sup>.

Los hechos probados fueron los siguientes: “1.º Don Juan-Manuel R. G., por su profesión de técnico al servicio de la entidad «Acondicionamientos y Saneamientos, SA» («ACOYSA»), tenía necesidad de hacer frecuentes viajes de Madrid a Bilbao, que siempre realizaba en avión. 2.º Los respectivos billetes para dichos viajes los venía obteniendo, con toda normalidad, en la Agencia de Viajes «Wagons-lits», por

---

explotación de un espectáculo público ha de producir beneficio y no por el contrario originar pérdidas, lo que hace ineludible, justificar más acusadamente la realidad de la existencia de los perjuicios”. Al final, decimos, el resultado habría sido el mismo, es decir, la denegación de la indemnización por el lucro cesante, si bien no por la vía de aplicar el restrictivo criterio jurisprudencial en su apreciación, sino la carga de mitigar el daño, ya que como indica Díez-Picazo (2008, p. 784) “el actor, actuando diligentemente, hubiera debido, para recuperar el circo, pagar la tarifa exigida por Renfe y reclamar después su restitución con intereses, evitando de esta manera un daño más amplio”. Véase también YZQUIERDO TOLSADA (2001, p. 499).

<sup>23</sup> STS, 1ª, 27.10.1992 (RJ 1992\8363).

<sup>24</sup> Sobre esta sentencia, véanse: SOLER PRESAS (1995, pp. 959-969); YZQUIERDO TOLSADA (2001, p. 499); GÓMEZ POMAR (2007, p. 23); MORALES MORENO (2010, p. 180) y CARRASCO PERERA (2010, p. 1260).

medio de la tarjeta de crédito Visa número ..., de la que era titular el referido señor R. G., que le había expedido el «Banco Hispano Americano» Sucursal 575, de la calle Hernani, 73, de Madrid, en donde tenía abierta la cuenta corriente número 1362, en la que se cargaban o adeudaban las compras o adquisiciones que hiciera por medio de la expresada tarjeta de crédito. 3.º El «Banco Hispano Americano, SA» tenía concertada, con la entidad «La Estrella, Sociedad Anónima de Seguros», una póliza de seguro en favor de sus clientes que fueran titulares de la tarjeta de crédito Visa (expedida por dicho Banco), cuya póliza de seguro garantizaba al titular de la tarjeta (o a los beneficiarios) una indemnización de hasta veinte millones de pesetas por los daños corporales sufridos como consecuencia de los accidentes ocurridos en calidad de pasajeros en un medio de transporte público, siempre que el importe del transporte hubiera sido pagado con la referida tarjeta de crédito Visa. 4.º El día 18 de febrero de 1985, don Juan-Manuel R. G., como tenía por costumbre, acudió a la ya referida Agencia de Viajes para adquirir, por medio de su tarjeta Visa, un billete de avión para viajar a Bilbao al siguiente día (19 de febrero). 5.º Tras la comprobación oportuna acerca de la vigencia de la tarjeta de crédito (como es habitual en este sistema de pago), la aludida Agencia de Viajes comunicó al señor R. G. que no le podía despachar el referido billete con cargo a su expresada tarjeta de crédito, pues aparecía en el ordenador que la misma había sido cancelada por el Banco, por lo que en la Agencia le aconsejaron que comprobara en dicho Banco qué era lo ocurrido. 6.º En la misma mañana del día 18 de febrero, el señor R. G. acudió al «Banco Hispano Americano» (Sucursal de calle Hernani, 73), en donde le confirmaron que su tarjeta había sido, efectivamente, cancelada, y al inquirir el señor R. le concretaron las causas de dicha cancelación, y tras las pertinentes comprobaciones, el Director de la referida Sucursal le comunicó que habían padecido un error, pues existía otro cliente del Banco con los mismos nombre y apellidos que él, el cual no tenía saldo disponible en su cuenta, y en vez de cancelarle la tarjeta de crédito a ese otro cliente (que era a quien se la tenían que cancelar), se la habían cancelado erróneamente a él, por lo que le aconsejaron que solicitara una nueva, que le sería expedida a la mayor brevedad posible, cuya solicitud la hizo. 7.º Ante la imposibilidad de obtener ya el billete de avión por medio de su tarjeta Visa (cancelada la antigua y aún no expedida la nueva), compró el billete en la misma Agencia de Viajes, con cargo a la empresa «ACOYSA» a cuyas órdenes trabajaba, previa la autorización dada por ésta, pero ya sin el referido seguro que habría tenido si la adquisición del billete la hubiese hecho por medio de su referida tarjeta de crédito. 8.º El avión en el que viajaba de Madrid a Bilbao, el día 19 de febrero de 1985, tuvo un accidente aéreo en el monte Oiz, en el que pereció don Juan-Manuel R. G., junto con los demás ocupantes del mismo”<sup>25</sup>.

En base a los hechos expuestos, Doña Encarnación M.A., viuda del fallecido, interpuso una demanda contra las entidades “Banco Hispano Americano, SA”, “Sistema 4B, SA” y “Visa España, Sociedad Civil” solicitando su condena solidaria al pago de los veinte millones de pesetas más los intereses legales desde la interposición de la demanda. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. El posterior recurso de apelación confirmó parcialmente la sentencia recaída en primera instancia, absolviendo de toda responsabilidad a «Visa España, Sociedad Civil». Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima parcialmente y condena, como afirma YZQUIERDO TOLSADA (2001, p. 499) “salomónicamente”, haciendo uso de la facultad moderadora de la responsabilidad que establece el artículo 1103 CC, al pago de la mitad de la cantidad solicitada en la demanda. El Tribunal Supremo justificó dicha reducción en la existencia de concurrencia parcial de causas o de imprevisiones tanto por parte del Banco al cancelar por error la tarjeta, como del propio titular que pudo haber contratado un seguro para el viaje.

---

<sup>25</sup> STS, 1ª, 15.11.1994 (RJ 1994\8488).

Concretamente, en el Fundamento de Derecho 7º se afirma que “el Banco recurrente viene a sostener, en esencia, que al cancelar la tarjeta de crédito del señor R. G., no podía prever que éste proyectara viajar en avión a Bilbao el día 19 de febrero de 1985 y, mucho menos, que en dicho día y en el expresado viaje se produjera un accidente aéreo en el que pereció el referido señor R. G., por lo que no existe nexo causal, concluye el recurrente, entre la cancelación de la tarjeta y el expresado accidente aéreo. Dadas las muy excepcionales y casi empíricamente irrepitibles circunstancias que configuran el caso aquí enjuiciado, la respuesta casacional que ha de darse al presente motivo ha de venir enmarcada en las coordenadas siguientes: Al cancelar (injustificadamente, además) la tarjeta de crédito Visa de que era titular el señor R. G., el Banco emisor de dicha tarjeta podía, indudablemente, prever que aquél quedaba privado de todos los beneficios inherentes a la expresada titularidad, uno de los cuales era, ciertamente, la posibilidad de obtener un billete en cualquier medio de transporte público con el seguro de accidentes que amparaba la adquisición del billete, efectuada por dicho medio de pago del mismo. Es cierto, por otro lado, que para el Banco recurrente resultaba difícilmente previsible que iba a ocurrir el expresado accidente aéreo, dada la muy escasa frecuencia en que, afortunadamente, ello sucede, pero no de imposible producción, como lo evidencia el hecho que aquí nos ocupa. Desde otra perspectiva, finalmente, no puede dejar de tenerse en cuenta también que el señor R. G. que, lógicamente, sabía o debía saber que, al haberle sido cancelada la tarjeta de crédito Visa de la que era titular, quedaba privado del seguro de accidentes inherente a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima (330 pesetas, según aparece probado en el proceso) haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, con lo que su esposa, como beneficiaria, habría percibido la misma indemnización que el otro (el correspondiente a la tarjeta cancelada) le garantizaba. Lo anteriormente expuesto y las muy excepcionales, repetidas, circunstancias concurrentes en el caso aquí enjuiciado, nos llevan a apreciar una concurrencia parcial de imprevisiones, no sólo por parte del Banco emisor de la tarjeta que, al cancelar la misma (injustificadamente además, se repite), pudo prever que dejaba privado a su titular de los beneficios inherentes a la obtención, por medio de ella, de un billete para cualquier medio de transporte público, sino también por parte del referido titular que, al obtener el billete de avión ya sin la referida tarjeta de crédito y, por tanto, conocer que no disfrutaba de los beneficios inherentes a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima, como antes se ha dicho, haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, junto a su deber de mitigar el eventual (aunque para él también difícilmente previsible) daño, que le imponía la buena fe negocial, una vez que había aceptado las explicaciones que le dio el Banco, como lo evidencia el hecho de que, en vez de dar por extinguidas totalmente sus relaciones con dicha entidad bancaria, aceptó que ésta le expidiera una nueva tarjeta de crédito”<sup>26</sup>.

Como ya se ha indicado, lo novedoso e importante de la sentencia se encuentra en ser la primera en que el Tribunal Supremo admite expresamente la existencia de mitigar el eventual (aunque para él también difícilmente previsible) daño, que le imponía la buena fe negocial. Otra cuestión será la de los efectos que el Tribunal Supremo hace derivar de su incumplimiento: si para evitar el daño debió contratar un seguro y no lo hizo, no debería tener su viuda derecho a una indemnización de un daño evitable. Es por ello que coincidimos con SOLER PRESAS (1995, pp. 968 y 969) cuando afirma que:

“...resulta difícil explicar la *ratio* de la condena al pago de diez millones establecidas en la sentencia.... Nos encontramos, como ya hemos avanzado, ante un incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del usuario de la tarjeta, como así lo entiende el propio Tribunal que en ningún momento duda de la exigibilidad al marido de la demandante de la medida mitigadora idónea, esto es, del deber de cubrirse en el mercado por un coste mínimo. Por exclusión, sólo nos queda una última razón que

---

<sup>26</sup> STS, 1ª, 15.11.1994 (RJ 1994\8488).

explique el reparto del importe del daño *por mitad* impuesto por el Tribunal, que no es sino la *equidad* del caso concreto. Amparándose en las excepcionales y no del todo claras circunstancias del presente caso, el Supremo impide que la procedente aplicación de la doctrina del deber de mitigar el daño prive a la viuda demandante de *toda* la indemnización que la Instancia le había concedido”.

En cambio, no coincidimos con CARRASCO PERERA (2010, p. 1261) cuando mantiene, en relación a dicha sentencia, que si bien formula por primera vez formalmente la carga de minimizar los daños “no se trataba propiamente de un caso de esta clase, porque la carga que se reprocha al acreedor haber incumplido era anterior a la producción del daño”. Como analizaremos posteriormente, la actitud que se espera que lleve a cabo el perjudicado por el incumplimiento no sólo va dirigida a la reducción de los daños una vez producido el incumplimiento (“mitigación en sentido estricto”), sino también a evitar que, ocurrido el incumplimiento, se produzcan (“mitigación en sentido amplio”). Por ello, la carga que pesa sobre el perjudicado, una vez producido el incumplimiento, tiene un doble campo de actuación temporal: de una parte, evitar que el daño se produzca (que nazca); y de otra, que una vez producido se extienda lo menos posible; en definitiva, reducirlo. En el supuesto analizado por la sentencia, el incumplimiento por el Banco se produjo —la cancelación por error de la tarjeta de crédito—, y ahí era donde pudo haber intervenido el fallecido contratando un seguro. Lo importante ante un supuesto de mitigación del daño es el hecho cierto del incumplimiento, no la producción de aquél.

La carga de mitigar también ha sido contemplada por nuestro Tribunal Supremo en relación a compraventas internacionales. La primera que aplica la regla es la STS, 1ª, 28.1.2000 (RJ 2000\454; MP: Pedro González Poveda). Los antecedentes de hecho que dieron lugar a la sentencia los resume OLIVA BLÁZQUEZ (2000, p. 203) en los siguientes términos:

“«Internationale Jute, BV» afirma haber realizado un contrato de compraventa con “«Marín Palomares, SL», en virtud del cual la primera se comprometió a entregar a la segunda ochocientas mil bolsas de yute por el precio de 55,90 dólares americanos cada cien bolsas. Como consecuencia del incumplimiento de dicho contrato por parte de la compradora española, al negarse a que se le remitiesen setecientas veinticuatro mil ochocientas unidades de las inicialmente acordadas al precio pactado, la sociedad vendedora decidió reclamarle ciento veintidós mil cuatrocientas noventa y un dólares americanos, cuyo contravalor en pesetas asciende a la cifra de dieciséis millones setenta y una mil seiscientas. La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda, y la de apelación declaró que no estaba probado que existiese un contrato sobre esas 724.800 unidades. La empresa vendedora recurre en casación alegando la infracción de los artículos 1281 y 1262 del CC, así como la aplicación errónea del artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, declarando el Tribunal Supremo haber lugar al recurso y estimando parcialmente la demanda”.

Una vez que el Tribunal Supremo estimó la existencia de un contrato de compraventa entre las entidades “Internationale Jute, BV” (como parte vendedora) y “Marín Palomares, SL” (como parte compradora), falló que la parte vendedora tenía derecho a una indemnización de daños y perjuicios del lucro cesante por un importe de 2.340.379 pesetas, cantidad muy inferior a los 16.070.600 pesetas que reclamaba la parte demandante. Dicha reducción de la indemnización la justifica el Alto Tribunal de la siguiente forma:

“...lo dispuesto en el art. 77 de la citada Convención según el cual «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. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida»; probado en autos que la sociedad recurrida ofreció adquirir las 724.800 bolsas a que se contrae este litigio al precio de 70 pesetas unidad, precio en el que se incluía la estampación del anagrama, al serle comunicado por la vendedora la existencia de un comprador de reemplazo que pagaría 0,30 dólares americanos por unidad nueva e impresa, no está justificado el rechazo por la vendedora de aquella oferta tratando de supeditar el pago a que se realizara gestionando la emisión de una letra de crédito de un banco holandés de reconocido prestigio que cubra el precio de compra ofrecido, ya que el desarrollo de las relaciones comerciales habidas entre las partes desde el año 1988 se había producido sin incidencias respecto al pago de la mercancía suministrada, siendo de observar que en la compraventa de reemplazo no se exigieron especiales garantías del pago del precio, pactándose que se haría «después de recibo de la factura»; no se puede afirmar, en consecuencia, que ante esa oferta de adquirir la demandada las repetidas 724.800 bolsas al precio de 70 pesetas unidad, la actora adoptará «las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida», vendiendo a los pocos días las bolsas a un tercero por un precio muy inferior. Por ello debe reducirse la indemnización solicitada a diecisiete mil ochocientos sesenta y cinco dólares americanos con cuarenta y ocho centavos de dólar (17.865,48) cuyo contravalor en pesetas es de dos millones trescientas cuarenta mil trescientas setenta y nueve (2.340.379) pesetas; condenando a la demandada a su pago más los intereses legales del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de esta Sentencia”<sup>27</sup>.

Aunque no se indique expresamente, también late la aplicación de la regla en la STS, 1ª, 23.5.2005 (RJ 2000\6364; MP: Francisco Marín Castán), que excluye en una compraventa internacional como partida indemnizatoria los gastos de última remesa en los que incurrió el vendedor una vez avisado por el comprador para que no le remitiera la mercancía. Abundan también sentencias de las Audiencias Provinciales que abordan problemas relativos al artículo 77 CISG, así la SAP Barcelona, Civil, Sec. 1ª, 2.2.2004 (JUR 2004\91344; MP: Francisco Javier Pereda Gámez); SAP Zaragoza, Civil, Sec. 4ª, 31.3.2009 (JUR 2009\221573; MP: María Jesús de Gracia Muñoz); SAP Murcia, Civil, Sec. 4ª, 15.7.2010 (JUR 2010\296249; MP: Juan Martínez Pérez); SAP Barcelona, Civil, Sec. 14ª, 8.3.2012 (JUR 2012\150503; MP: María del Carmen Vidal Martínez); y SAP Murcia, Civil, Sec. 1ª, 25.5.2012 (JUR 2012\232460; MP: María Pilar Alonso Saura)<sup>28</sup>.

De la misma forma se ha referido el Tribunal Supremo a la regla de la mitigación del daño en relación a supuestos de compraventas mercantiles domésticas. Así la STS, 1ª, 14,5,2003 (RJ 2003,4749; Antonio Gullón Ballesteros):

“...no hay lugar a una disminución del lucro cesante, pues no se ha demostrado, ni intentado siquiera, que la compradora pudo adquirir en el mercado la misma mercancía a un precio menor al que corría en él para mitigar el daño, que es una obligación de todo acreedor basada en la buena fe (art. 1258), naturalmente siempre que ello sea posible en sus circunstancias”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Véanse los comentarios a la sentencia de OLIVA BLÁZQUEZ (2000, pp. 218 y 219) y FERNÁNDEZ MASIÁ (2000, pp. 687-689).

<sup>28</sup> Véase también la SJPI Fuenlabrada, Civil, 11.5.2012 (JUR 2012\211398; MP: Jesús Miguel Alemany Eguidazu).

<sup>29</sup> STS, 1ª, 14.5.2003 (RJ 2003\4749).

También debe destacarse su importante consolidación jurisprudencial como regla de limitación del lucro cesante en relación con los contratos de arrendamiento. Así las SSTs, 1ª, 28.10.2005 (RJ 2005\7352; MP: Vicente Luis Montés Penadés); 30.4.2007 (RJ 2007\2391; MP: Antonio Gullón Ballesteros) y 18.3.2010 (RJ 2010\2404; MP: Román García Varela).

En relación a la forma de operar en el campo arrendaticio, afirma CARRASCO PERRERA (2010, pp. 1261 y 1262) que: “También el arrendador está obligado a mitigar el daño, aceptando tomar las llaves que el arrendatario le devuelve, con independencia de las reclamaciones que pueda dirigir luego; por eso, son a cargo del acreedor los daños y deterioros que se le siguen después del abandono de la cosa y de que rehusara hacerse cargo de ella (STS 28 octubre 2005 [RJ 2005, 7352]. Hasta el presente, la jurisprudencia – abundante ya– limita los lucros cesantes resarcibles al arrendador a las rentas efectivamente perdidas antes de que pudiera realquilar el inmueble abandonado por el arrendatario; pero hasta la importante STS 18 marzo 2010 (JUR 2010, 100321) no había formulado esta limitación como una consecuencia de la regla que impone la carga de minimizar, sino como una exigencia del principio que veta el enriquecimiento injusto, Sólo con esta sentencia se ha llegado a construir en la jurisprudencia de casación una jurisprudencia más elaborada, que priva al arrendador del resarcimiento de aquellas rentas posteriores al tiempo en que *pudo* razonablemente haber realizado un alquiler de sustitución”.

#### **b) En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009**

En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 se pretende reformar los artículos 1088 a 1314 CC, con la doble finalidad de adaptar dicha materia a las necesidades actuales del tráfico, por una parte, y lograr un mayor acercamiento entre el Derecho español y los demás sistemas jurídicos europeos, por otra. Tiene como modelos o guías a seguir a la CISG y a los PECL, incorporando también algunas cuestiones de los PICC. La Comisión de Codificación ha tenido muy presente la evolución que en materia de obligaciones y contratos suscitó la CISG, y que, en buena medida, ha sido continuada y desarrollada por los PICC, los PECL y el DCFR, al regular, adaptando a los tiempos actuales el incumplimiento y, en concreto, la indemnización de los daños y perjuicios, en los artículos 1205 a 1212<sup>30</sup>.

A lo anterior habría que añadir una tercera finalidad que cumple la PMCC, cual es la plasmación positiva de lo ya recogido en vía jurisprudencial, como sería el caso de la carga de mitigar el daño que expresamente se prevé en el artículo 1211:

“No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Véanse sobre la PMCC, entre otros, los siguientes trabajos: ALBIEZ DOHRMANN *et alii* (2011); Díez-PICAZO (2011, pp. 1-9); FENOY PICÓN, (2010, pp. 49 y ss.; y 2011, pp. 1481-1683); GARCÍA RUBIO (2011, pp. 1-15) y ROCA TRIAS (2011, pp. 1-23).

<sup>31</sup> Véanse sobre el artículo 1211 PMCC: FENOY PICÓN (2011, pp. 1661-1665) y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2011, pp. 472-474).

Siendo acertada la inclusión de este artículo en la PMCC, estimo que se le pueden hacer dos observaciones: la primera ya ha sido señalada por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2011, p. 473) cuando afirma que “echamos en falta en la PMCC algunos aspectos que abordamos en los PECL y el DCFR. En concreto, las citas relativas al negocio de reemplazo”. Y ello, máxime cuando en el artículo 417-4 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 está expresamente contemplada la posibilidad de realizar una operación de reemplazo, que además se trata de la habitual medida mitigadora, aunque no la única, como tendremos ocasión de analizar. La segunda observación sería la relativa al estándar de diligencia que sería exigible a la parte que sufre el incumplimiento, que por otra parte es la cuestión central que suscita la carga de mitigar el daño, es decir: ¿qué debe entenderse por “medidas requeridas por la buena fe”? A lo que debe añadirse que nuestra Comisión de Codificación se aleja de las expresiones “*measures as are reasonable in the circumstances*” de la CISG, “*taking reasonable steps*” de los PICC, PECL, DCFR y CESL, o incluso de la expresión de los sistemas de *Common Law* de “*ordinary course of business*”. ¿Podiera ser que la Comisión de Codificación mezclara el fundamento sobre el que se construye la carga con el estándar de conducta exigible? ¿O ha empleado dicha expresión por huir de la sexista “diligencia de un buen padre de familia”? Lo principal, más allá de los términos empleados para referirse a la conducta exigible, es la delimitación de las fronteras por las que discurren las medidas razonables que han de ser adoptadas por el perjudicado, cuestión que es realmente difícil de establecer de forma apriorística y que exige un análisis caso por caso, dada la multitud de situaciones y circunstancias que pueden darse en la práctica.

### 2.3. Su consagración en los textos de la moderna construcción del Derecho de los contratos

La consagración de la regla de la mitigación del daño en la CISG y en los posteriores textos de la moderna construcción del Derecho de los contratos ha logrado una doble finalidad. Por una parte, su difusión en aquellos países en los que, o bien no era conocida, o no estaba formalmente formulada, o bien era inadecuadamente aplicada<sup>32</sup>. Y por otra, contribuir a su desarrollo y delimitación en su aplicación práctica, detectando e intentando solucionar los aspectos conflictivos de la regla.

Con carácter previo al análisis de cómo se ha formulado la regla mitigadora en estos textos, debe indicarse que ya antes de la CISG estaba fuertemente arraigada en la práctica arbitral de la Cámara de Comercio Internacional<sup>33</sup>. Como muestra de ello pueden verse los laudos dictados<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Como ha afirmado SOLER PRESAS (1997, p. 622) “la doctrina y la jurisprudencia de los sistemas de Derecho civil de tradición latina suelen confundir el deber de mitigar el daño con la conocida figura de la concurrencia de «culpas» en la causación del daño, con la que sólo guarda similitud en el resultado práctico de su aplicación”.

<sup>33</sup> CHENGWEI (2003, pp. 20 y 21) “*the mitigation doctrine, which is a generally admitted obligation in Common Law, though «not so largely and clearly consecrated in Civil Law», deals with such an «obligation for a creditor to minimise the damage he suffers because of the non-fulfilment by the debtor of his own commitments».* Now, a number of international awards have applied it as a general principle of international trade, not referring in particular to a Common Law system. Indeed, it is said to «constitute the *lex mercatoria* in its present form», and is regarded as «one of the most well-established general principles in arbitral case law». Further, the awards in support on mitigation «rarely call up the *lex mercatoria* in so many words; they merely treat the principle as obvious»”.

en los asuntos n.º. 2142 en 1974<sup>35</sup>, n.º. 2216 en 1974, n.º. 2478 en 1974, n.º. 2139 en 1974<sup>36</sup> y n.º. 2404 en 1975<sup>37</sup>.

En el laudo dictado en el asunto n.º. 2216 en 1974, el Tribunal Arbitral, con sede en Suiza, conociendo del incumplimiento de un contrato de compraventa de petróleo por la parte compradora, una empresa noruega, reduce la indemnización del lucro cesante por considerar que se podía haber minimizado por la parte vendedora.

En este sentido afirma “que (la empresa vendedora) que hasta (la fecha del télex) estaba atada por los vínculos del contrato, a partir de dicha fecha, debería desplegar todos sus esfuerzos para vender este petróleo lo más rápidamente posible a unos terceros, con el fin de reducir la importancia del perjuicio. Resultando que, el Tribunal, teniendo en cuenta la organización y la importancia internacional de (la empresa vendedora), estima equitativo juzgar que esta sociedad debería haber encontrado solución adecuada al final del mes de...”.

Considero muy significativa la visión de DERAIS (1985, p. 110) quien, al comentar el anterior laudo, afirma “que el acreedor debe minimizar sus pérdidas es, en cambio, indiscutiblemente un principio de derecho «anacional» que rige en las relaciones comerciales internacionales, incluso si no se trata de una creación arbitral. Esta regla, bien conocida por la Common Law y por varias legislaciones del continente europeo, se encuentra recogida tanto en el artículo 88 de la Ley uniforme sobre la Venta con carácter Internacional de bienes muebles de 1964, como en el artículo 59 del proyecto de Ley uniforme sobre la venta con carácter internacional, actualmente preparado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional... Recibe aplicación en la mayor parte de los laudos que estatuyen sobre problemas de responsabilidad contractual, sin que por ello los árbitros dejen de apoyarse sobre una ley nacional, e independientemente del hecho de que tengan o no los poderes de amigables compondores”.

En el laudo dictado en el asunto n.º. 2478 en 1974, el Tribunal Arbitral, con sede en París, conociendo del incumplimiento de un contrato de compraventa de carburante por la parte vendedora, una empresa rumana, reduce la indemnización del lucro cesante por considerar que se podía haber minimizado por la parte compradora, ya que realizó una compraventa de

---

<sup>34</sup> Pueden consultarse los laudos de la Cámara de Comercio Internacional en DERAIS (1985, pp. 75 y ss.).

<sup>35</sup> En el que los árbitros afirman que “habiendo notificado (la demandada) en fecha... la rescisión del contrato para el día de..., el Tribunal estima que teniendo en cuenta la organización y la importancia internacional de (la demandante) debería haber encontrado otros compradores para la fecha de... a lo más tardar”.

<sup>36</sup> En relación con este laudo, afirma DERAIS (1985, p. 122) que dada su envergadura empresarial la demandante “hubiese podido limitar el daño ocasionado por la inejecución de las obligaciones por parte de la demandada. Observemos, al respecto, que volvemos a encontrarnos aquí, de un modo sobrentendido, con que el contratante perjudicado tiene el deber de minimizar las pérdidas, principio muy apreciado por los árbitros del comercio internacional”.

<sup>37</sup> En el que se indica “que cualquier Tribunal requerido para juzgar una controversia debe tener en cuenta cualquier posibilidad de minimizar el perjuicio. En efecto, ocurre, a menudo, que la parte perjudicada intenta atribuir toda la responsabilidad del perjuicio sufrido a su contratante, cuando es evidente que por su parte hubiese sido posible reducirlo, actuando sin tardar, desde el momento en que había tenido conocimiento del incumplimiento de éste”.

reemplazo a un precio superior al que después del incumplimiento la propia empresa rumana se lo había ofrecido, aunque dicho precio era superior al inicialmente pactado. El razonamiento empleado para calcular el perjuicio es similar al seguido por nuestro Tribunal Supremo en la ya comentada STS, 1ª, 28.1.2000.

En dicho laudo el Tribunal Arbitral sostiene que “no hay duda del perjuicio sufrido por la demandante. La falta de entrega de una parte de los productos petrolíferos, objeto del contrato, le ha obligado a proceder a reemplazar las cantidades que le faltaban para hacer honor a sus propios compromisos contraídos con sus compradores franceses... Para calcular el importe exacto de este perjuicio, hay que tener en cuenta la diferencia existente entre el precio fijado en el contrato y el precio en el que la demandante pudo, o habría podido obtener las cantidades que le faltaban... Sea cual sea el precio pagado realmente por la demandante para conseguir las cantidades que le faltaban, no hay que perder de vista el hecho de que en virtud de los principios generales del derecho, que por otra parte se encuentran reflejados en los artículos 42, párrafo 2 y 44, párrafo 1 del código federal de las obligaciones, le corresponde a la parte perjudicada adoptar todas las medidas necesarias para no aumentar el daño. Pero, se comprueba que, a raíz de la reunión de Bucarest de..., la parte demandada había ofrecido a la demandante el suministrarle, durante el segundo trimestre de 1973 (x) toneladas de gasoil al precio de F... la tonelada. Al ser este precio claramente inferior a los precios existentes en ese momento en el mercado mundial del petróleo, la demandante, incluso si no estuviese de acuerdo con este aumento del precio sobre el previsto en el contrato, debería haber aceptado esta oferta, con el fin de disminuir la extensión del daño, sin perjuicio de recurrir, a continuación, el arbitraje, solicitando el mantenimiento del precio contractual. Así pues, la diferencia entre el precio contractual de F... la tonelada, y el precio ofrecido en... en F... la tonelada, es decir, F... es el que conviene retener como base para el cálculo del perjuicio sufrido por la demandante por el hecho de la no entrega de las cantidades previstas para el segundo trimestre de 1973”.

La afirmación en el laudo de que “la demandante, incluso si no estuviese de acuerdo con este aumento del precio sobre el previsto en el contrato, debería haber aceptado esta oferta, con el fin de disminuir la extensión del daño, sin perjuicio de recurrir, a continuación, al arbitraje, solicitando el mantenimiento del precio contractual”, es destacada por DERAIS (1985, p. 117), para quien:

“Parece introducir la idea de que la aceptación de una oferta de modificación de algunas disposiciones contractuales –como una cláusula de precio– con el único fin de limitar el perjuicio que inevitablemente se derivaría de la interrupción de la ejecución del contrato, podría volver a cuestionarse, posteriormente, por los árbitros por haberse hecho bajo coacción. Por supuesto, sólo habrá coacción ilegítima que justifique la anulación del nuevo acuerdo, cuando la oferta sea realmente inaceptable tanto desde el punto de vista de las disposiciones contractuales (existencia o no de una cláusula de readaptación) como en virtud su mismo contenido, y ello sometido a control del árbitro”.

La mitigación de los daños en la CISG se regula expresamente en su artículo 77: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”<sup>38</sup>. Dicho precepto tiene su antecedente inmediato en el artículo 88 de la *Uniform Law on*

<sup>38</sup> Sobre la mitigación del daño en la CISG en la doctrina española, véanse, entre otros: CALVO CARAVACA y

*the International Sale of Goods* (en adelante, ULIS), que de forma más sintética indica que: “La parte que invoca el incumplimiento del contrato debe adoptar todas las medidas razonables con objeto de disminuir la pérdida experimentada. Si ella descuida hacerlo, la otra parte puede exigir la reducción de los daños y perjuicios”.

Ambos artículos son muy parecidos; por una parte establecen que quien sufre el incumplimiento debe mitigar el daño; y por otra, los efectos limitativos que sobre el *quantum* indemnizatorio tiene su inobservancia. Si bien, como afirma STOLL<sup>39</sup>, con la redacción dada al artículo 77 CISG se pretende despejar cualquier género de duda sobre que las medidas para reducir las pérdidas deben ser adoptadas tanto para evitar su producción como su extensión, ya sea en relación tanto con el daño emergente como con el lucro cesante<sup>40</sup>.

En los PICC, el artículo 7.4.8, titulado “Atenuación del daño”, recoge la regla de la mitigación de los daños: “(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte agraviada en cuanto ésta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó. (2) La parte agraviada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño”<sup>41</sup>.

Aunque el principio que inspira al artículo 7.4.8 PICC es similar al 77 CISG, se observan tres importantes diferencias respecto a su tenor literal: a) En el artículo 77 CISG, primero se afirma la carga de mitigar el daño y después los efectos de su inobservancia. Es decir, primero la regla o presupuesto de hecho y después la sanción o consecuencia jurídica. En cambio, en los PICC se presume la existencia de la carga e inicia su regulación estableciendo las consecuencias de su inobservancia; b) A diferencia del artículo 77, en el 7.4.8 no se hace referencia expresa al lucro

---

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1997, pp. 320-323); ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS (2003, pp. 232-235); OLIVA BLÁZQUEZ (2000, pp. 218 y 219) y SOLER PRESAS (1997, pp. 621-628). En la doctrina extranjera, véanse, entre otros: ADAME GODDARD (1994, pp. 298 y 299 y 324 y 325); AUDIT (1990, pp. 164-167); BERNARDINI (1995, pp. 711-741); BERNSTEIN & LOOKOFKY (2003, pp. 146 y 147); BONELLI (2012, pp. 851 a 864); ENDERLEIN & MASKOW (1992, pp. 307-309); HONNOLD (1999, pp. 456-464); KNAPP (1987, pp. 559-567); STOLL (1987, pp. 585-590); VAN DER MERSCH & PHILIPPE (2001, pp. 719 y 720) y ZELLER (2009, pp. 103-111).

<sup>39</sup> STOLL (1987, p. 585): “Article 77 adopts the same principle as Article 88 ULIS, but clarifies certain matters. First of all, it makes clear that the aggrieved party’s duty to mitigate includes not only loss of assets (*damnum emergens*) but also loss of profit (*lucrum cessans*). The phrase ‘loss resulting from the breach’ appears in the English versions of both the CISG and ULIS. However, a change in the wording of the French versions (*la perte... résultant de la contravention*) (CISG) instead of *‘la perte subie’* (ULIS) is intended to indicate that the aggrieved party is obliged not only to take reasonable measures to mitigate loss which has already occurred, but also to counteract imminent loss. Article 77, second sentence, clearly lays down that damages cannot be claimed in respect of loss which could have been mitigated by the aggrieved party, while Article 88 ULIS leaves open the extent to which damages are to be reduced in the event of a failure to observe the requirement to mitigate loss”. En el mismo sentido véanse también KNAPP (1987, p. 559) y SOLER PRESAS (1997, p. 625).

<sup>40</sup> En relación con la propuesta de la Delegación de los Estados Unidos en los trabajos preparatorios de la Convención y en la propia Conferencia de Viena sobre la ampliación de la regla de la mitigación de los daños al ejercicio tanto de la acción de reclamación de cantidad como a la de cualquier otro remedio, véanse entre otros, además de HONNOLD (1999, pp. 462-464) que fue el autor de la propuesta, KNAPP (1987, pp. 564-566); SOLER PRESAS (1997, pp. 633-624) y STOLL (1987, pp. 585 y 586).

<sup>41</sup> Sobre la mitigación del daño en los PICC, véanse, entre otros: BONELLI (2012, pp. 851-864); KOMAROV (2008, p. 261); MCKENDRICK (2009, pp. 901-904); MORÁN BOVIO (2003, pp. 368-370); OPIE (2007, pp. 226-231); TALLON (1997, pp. 295-305) y VIGURI PEREA (2007, pp. 243-253).

cesante, lo que en modo alguno puede significar que no deba ser evitado o reducido. Sólo puede ser reflejo de una concepción amplia de la expresión “daño”, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante; c) A diferencia de la ULIS y la CISG, se reconoce en el apartado segundo del artículo 7.4.8 el derecho al reembolso de los gastos razonables en que haya incurrido la parte perjudicada tratando de mitigar los daños. La omisión en aquellos textos no ha impedido que en atención al principio de reparación integral del daño también se hayan considerado como reembolsables tales gastos en los mismos.

También resulta interesante la justificación que ofrece McKENDRICK (2009, p. 901) sobre el empleo de la expresión “*Mitigation of harm*” para titular al artículo 7.4.8, en vez de “*Duty to mitigate*” propia de los sistemas del *Common Law*. A ello volveremos cuando abordemos la naturaleza jurídica de la regla.

Los artículos 9:505 PECL<sup>42</sup> y III.-3:705 DCFR<sup>43</sup> bajo el título “*Reduction of Loss*”<sup>44</sup> reproducen la estructura y el tenor del 7.4.8 PICC: “(1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en aquello que éste hubiera podido mitigar adaptando medidas razonables. (2) El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de aquellos gastos razonables que hizo al intentar mitigar el daño”.

Por último, el día 11 de octubre de 2011, el Parlamento Europeo y el Consejo publicaron una Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (*Common European Sales Law* o *CESL*)<sup>45</sup> que, con el propósito de mejorar el establecimiento y funcionamiento del mercado comunitario, ofrecía un corpus normativo uniforme de Derecho contractual europeo que pudiera ser aplicado en la regulación de las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados.

La mitigación del daño se encuentra regulada en la *CESL*, de forma similar a los PICC, PECL y DCFR, en su artículo 163 titulado “*Mitigación de pérdidas*”: “(1) El deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último hubiera podido mitigarlas tomando medidas razonables. (2) El acreedor tendrá derecho a cobrar el importe de los gastos en los que razonablemente incurrió al intentar mitigar las pérdidas”.

---

<sup>42</sup> En relación con la mitigación del daño en los PECL, véanse, entre otros: CHENGWEI (2003, pp. 20-24); DíEZ-PICAZO *et alii* (2002, pp. 383 y 384); MARI (2005, pp. 456-458); MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA (2003, p. 469); NAVAS NAVARRO (2004, p. 322); SOLER PRESAS (2009, pp. 9-19) y ZELLER (2007, pp. 486-490).

<sup>43</sup> Sobre la mitigación del daño en el DCFR, véanse, entre otros: KEIRSE (2011, pp. 969 y 970); OGUS (2010, p. 137); SCHWEIZER (2010, pp. 161 y 162) y SOLER PRESAS (2009, pp. 9-19).

<sup>44</sup> Aunque en la versión en castellano de los PECL se ha traducido como “*Deber de mitigar el daño*”, LANDO & BEALE (2003, p. 656); considero que hubiera sido más correcto traducirlo como “*Reducción de las pérdidas*” o incluso “*Reducción de los daños*”.

<sup>45</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a una normativa común de compraventa europea, Bruselas 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

### 3. Concepto y naturaleza jurídica

Una vez expuestos los orígenes y la forma en que la regla estudiada ha sido formulada en nuestra jurisprudencia y en los textos del nuevo Derecho de los contratos, estamos en condiciones de analizar su configuración interna.

En la doctrina angloamericana, con la expresión "*duty to mitigate*" señala SCHMITTHOFF (1961, p. 361) que se hace referencia a que la parte que sufre el incumplimiento tiene que realizar todas las medidas razonables para mitigar las pérdidas que ha sufrido, ya que no puede ser indemnizado por aquéllas que pudo mitigar. De forma gráfica afirma que "*he must not «run» a loss against the contract-breaker*". En definitiva, como afirma TREITEL (1991, p. 179), no se puede obtener una indemnización por los daños que tendrían que haber sido evitados<sup>46</sup>. Por su parte, MCGREGOR (2003, pp. 216 y 217) ha señalado que el principal significado del término "*mitigation*" es evitar las consecuencias de una injusticia, de un agravio. Dicho significado a su vez engloba tres reglas diferentes que se encuentran íntimamente relacionadas: a) la parte que sufre un daño debe adoptar toda medida razonable para mitigar las pérdidas y no puede obtener el resarcimiento de aquellas que pudo razonablemente evitar; b) el perjudicado que adopta las medidas no tiene derecho a una indemnización por los no soportados, aunque las medidas adoptadas para evitarlo hayan excedido de las razonablemente exigibles; c) el perjudicado tiene siempre derecho al reembolso de los gastos razonables realizados para mitigar, con independencia de que lo haya logrado.

En el ámbito de la CISG, KNAPP (1987, pp. 559 y 560) describe el principio que inspira al artículo 77 afirmando que no se le puede permitir a la parte que toma una actitud pasiva ante la producción de las pérdidas, que después pretenda obtener una indemnización por ellas ("*to await passively incurrance of the loss and then sue for damages*"), ya que tiene que tomar las medidas adecuadas para mitigarlas<sup>47</sup>.

En nuestra doctrina ha señalado SOLER PRESAS (1995, p. 960) que la mitigación "exige al acreedor del resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado". A lo que con acierto MORALES MORENO (2010, p. 180) añade que tales medidas deben también ser exigidas para "evitar que el daño llegue a producirse".

En definitiva, la regla tiene como contenido básico que el perjudicado actúe de cortafuegos de las pérdidas, bien para que una vez producido el incumplimiento evitar que se produzcan, o bien para evitar su extensión una vez producidas. Se trata de hacer, siempre dentro de lo razonable,

---

<sup>46</sup> En similares términos, ANSON (1969, p. 523) afirma que el perjudicado por el incumplimiento "*cannot claim to be compensated by the party in default for loss which is really due not to breach but to his own failure to behave reasonably after the breach*".

<sup>47</sup> Véanse también ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS (2003, p. 232) y STOLL (1987, p. 587).

que el incumplimiento sea lo menos gravoso posible para el que lo provoca. Que las pérdidas puedan ser reducidas o evitadas adoptando medidas razonables hace emigrar el riesgo de su padecimiento del que lo produce a la esfera de control del perjudicado<sup>48</sup>. Debe advertirse que el término “*mitigation*” no debe entenderse en un sentido estricto como reducción o mitigación de algo, en este caso de las pérdidas, sino en un sentido amplio, como comprensivo no sólo de la reducción de las pérdidas sino también de su evitación<sup>49</sup>. En esta línea, afirma McKENDRICK (2009, p. 902) que el perjudicado “*it must take reasonable steps both to limit the extent of any harm and to avoid any increase in harm*”.

Por lo que respecta a su naturaleza, no se trata de una obligación jurídicamente exigible, sino de una carga —*onere* o *eine blosser Obliegenheit*<sup>50</sup>— que tiene el acreedor de una indemnización de daños y perjuicios. Como ha afirmado CRISCUOLI (1972, p. 557) “*il dovere rivolto a mitigare il danno dal punto di vista técnico corrisponde, come è pacificamente e tradizionalmente riconosciuto in dottrina e in giurisprudenza, all’osservanza di ciò che secondo la nostra terminologia si definisce un «onere» o «dovere libero», quanto incoercibile da chicchessia, ma necessitato, nel senso che il suo rispetto è essenziale per la realizzazione dell’interesse del soggetto medesimo che ne è investito*”. Considero que se trata de una carga del acreedor de la indemnización, porque si la incumple no se le impone coactivamente; técnicamente no existe una sanción, simplemente tiene como consecuencia que no recuperará todos los daños sufridos, sino sólo los que no podían ser evitados ni aminorados<sup>51</sup>. Como indica STOLL (1987, p. 586) “*failure to take such a measure does not result in a liability to pay a damages, but precludes recovery of any loss which could have been prevented*”<sup>52</sup>. En nuestro Derecho se pronuncian sobre su condición de carga PANTALEÓN PRIETO (1993, p. 1743); SOLER PRESAS (1995, p. 960); DíEZ-PICAZO (2000, p. 322); MORALES MORENO (2006, p. 218); y CARRASCO PERRERA (2010, p. 1259). En otra línea, VÁZQUEZ LÉPINETTE (2000, pp. 308 y 309) y MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA (2003, p. 469) afirman que la mitigación del daño es una obligación del perjudicado, si bien el primer autor señala que es jurídicamente exigible, no sabemos cómo; y los segundos, que su incumplimiento “*genera efectos específicos: la reducción del crédito*”<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> En este sentido señala CARRASCO PERRERA (2010, p. 1259) que “el acreedor soporta el riesgo del daño no mitigado cuando era razonable que lo hiciera, pero debe ser resarcido de los costes incidentales en que razonablemente haya incurrido en cumplimiento de la carga de mitigar”.

<sup>49</sup> Ello lleva a DíEZ-PICAZO (2000, p. 322) a afirmar que “el deber o la carga de reducir o mitigar los daños pesa sobre el eventual perjudicado desde el momento en que es previsible la producción misma del daño y subsiste, tras la producción de éste, respecto de sus consecuencias o secuelas”.

<sup>50</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ (1988, pp. 21-35).

<sup>51</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ (1988, pp. 42-46).

<sup>52</sup> En el mismo sentido CALVO CARAVACA Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1997, p. 321); KNAPP (1987, p. 562) y TALLON (1997, p. 303).

<sup>53</sup> En la misma línea afirma ADAME GODDARD (1992, p. 501) en relación al art. 77 CISG que “se trata de una obligación puesto que el vendedor puede exigirle responsabilidad por no haber tomado esas medidas. En efecto, cuando el comprador reclame al vendedor el pago de daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento de alguna de sus obligaciones, el vendedor podrá pedir que se reduzca el monto de la indemnización de daños y perjuicios que él deba si el comprador no tomó medidas adecuadas para reducir, en lo posible, esos daños y perjuicios. Se trata, por consiguiente de una obligación que es exigible, no por vía de compensación o reconversión, pero ciertamente exigible”.

Por último, una vez analizados su concepto y naturaleza jurídica, es necesario realizar una precisión terminológica. Por influencia de la denominación en los sistemas del *Common Law* como *duty to mitigate*, se suele emplear para referirse a ella la expresión, que no es más que su traducción literal, de deber de mitigar los daños. Ya hemos indicado que el término “mitigación” no es del todo correcto, puesto que debe interpretarse en un sentido *lato*, ya que corresponde no sólo mitigar o reducir los daños, sino también evitar que se produzcan. Por otro lado, la palabra “deber” —*duty* o *dovere*— también debe ser interpretada correctamente. Ya se ha afirmado que se trata de una carga, por lo que el uso del término deber, que tratamos de evitar en este trabajo, no puede conducirnos al error de considerarla como una obligación. Esa es la razón por la que hemos denominado a este trabajo *la carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, evitando emplear la expresión “deber de mitigar el daño”, aunque sea la empleada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Muestra de lo anterior son las críticas que la expresión *duty to mitigate* ha recibido en la doctrina inglesa. Así, afirma TREITEL (1991, p. 179) que el ámbito de la mitigación “*is often made to a «duty» to mitigate loss, but this mode of expression has been justly criticized. There is no sanction for «breach» of his «duty»... He does not incur any liability in consequence of the breach of «duty»*”.

Posiblemente para evitar confusiones sobre la naturaleza jurídica de la figura es por lo que el artículo 7.4.8 PICC es titulado “*Mitigation of harm*”, o el 9:505 PECL “*Reduction of Loss*”, huyendo del término “*duty*”; si bien continúan empleando los términos “*mitigation*” y “*reduction*” que, como ya se ha indicado, deben ser interpretados en un sentido amplio.

En este sentido ha afirmado MCKENDRICK (2009, p. 901) que “*the difficulty with the language of «duty» is that it is misleading insofar as it suggests that the aggrieved party who fails to mitigate incurs liability in respect of its breach of duty. A failure to mitigate does not in fact attract a liability in damages; the effects of a failure to mitigate is simply to deny to the aggrieved party an entitlement to recover damages in respect of the harm which is attributable to its failure to mitigate. Art. 7.4.8. avoids the misleading language of «duty» and instead describes the effects of a failure to mitigate on the liability of the non-performing party*”.

#### 4. Fundamento y función

Su fundamento dependerá de la esfera desde la que sea contemplada<sup>54</sup>. Desde un punto de vista jurídico debe afirmarse que se encuentra en el principio general de buena fe; la carga que tiene el perjudicado es una concreción del mismo, como principio universal que impregna todo el derecho de los contratos. CRISCUOLI, afirma que el *dovere di mitigare* es una exigencia derivada de la buena fe, que se concreta en un *dovere* positivo pero indeterminado<sup>55</sup>. Sobre el principio de la

---

<sup>54</sup> Sobre el fundamento de la carga de mitigar el daño, véase el recorrido que realiza la sentencia de 18.9.2001 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, de Argentina (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1630>).

<sup>55</sup> La caracterización como positivo e indeterminado del *dovere di mitigare* que realiza CRISCUOLI (1972, p. 572) lo justifica de la siguiente forma “*la positività, che, ripetiamo, si rapporta ad una condotta di fattiva ingerenza nella sfera giuridica altrui, va colta sul piano della solidarietà sociale considerata alla stregua del suo più pregnante significato, ossia come esigenza di cooperazione, si apure nei limiti della «ordinaria diligenza», alla salvaguardia degli interessi (non solo*

buena fe (art. 7.1º CC, 7.1º CISG y 1:201 PECL) como pilar sobre el que se construye se han pronunciado en nuestra doctrina, entre otros, CARRASCO PERRERA (2010, p. 1259)<sup>56</sup>; DíEZ-PICAZO (2008, p. 783)<sup>57</sup>; MORALES MORENO (2010, p. 181)<sup>58</sup>; PANTALEÓN PRIETO (1989, p. 1152); SOLER PRESAS (1995, p. 964). Lo mismo puede afirmarse de los autores que han analizado los modernos textos del derecho contractual; así, en relación a la CISG: ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS (2003, pp. 232 y 233)<sup>59</sup>; OLIVA BLÁZQUEZ (2000, p. 218); STOLL (1987, p. 586)<sup>60</sup>. Respecto al artículo 7.4.8 PICC, afirma TALLON (1997, p. 303) que la carga de mitigar el daño no se copia de ningún modelo nacional, sino que emana del principio de la buena fe que debe ser respetado por las partes del contrato. También, en relación a los PECL, NAVAS NAVARRO (2004, p. 322) afirma que “su fundamento se encuentra en el principio de la buena fe que debe presidir toda contratación a tenor del art. 1:201 PEDC”<sup>61</sup>.

En la doctrina angloamericana está muy arraigada la idea de que *the theoretical basis* de la carga de mitigar el daño se encuentra en el carácter compensatorio o meramente resarcitorio de la indemnización, huyendo de cualquier nota de carácter punitivo. En este sentido, afirma ANSON (1969 p. 523) que es una consecuencia de “*the rule that damages are compensatory only that one who has suffered loss from a breach of contract must take any reasonable steps that are available to him to mitigate the extent of the damage caused by the breach. He cannot claim to be compensated by the party in default for loss which is really due not to breach but to his own failure to behave reasonably after the breach*”. En la misma línea, señala SCHMITTHOFF (1961, p. 363) que “*the true basis of the doctrine of mitigation is the rule governing the measure of damages, as laid down in, and derived from, Hadley v.*

---

*propri ma) anche altrui allorché di questi si assuma, per un qualsiasi contatto, la gestione. L'indeterminatezza consegue alla indipendenza del dovere di mitigare dalla fattispecie in ordine alla quale il danno si è subito: se tale fattispecie è, quindi, un contratto, il contenuto del dovere non dipende dalla volontà delle parti, né è condizionato dallo scopo del rapporto”.*

<sup>56</sup> “En el Derecho común, el fundamento último de esta carga se encontró en la regla de Derecho de que *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (Dig. 50, 17, 203). Hoy podemos considerar esta carga como concreción del principio de buena fe contractual”.

<sup>57</sup> “Hay, ante todo, un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando para ello las precauciones que la razonable diligencia exige”.

<sup>58</sup> “el deber de mitigar el daño expresa un criterio de racionalidad jurídica, que en nuestro ordenamiento puede conectarse con las exigencias de la buena fe”.

<sup>59</sup> “El art. 77 CNUCCIM, que se sitúa dentro de la sección dedicada a la indemnización de los daños y perjuicios, establece un deber de mitigar los daños para la parte que solicita la indemnización, y que viene a ser un reflejo del principio de la buena fe (art. 7.1 CNUCCIM). Y es que aun cuando su contraparte haya incumplido, se entiende que la parte que solicita los daños y perjuicios no puede desatenderse de la transacción y así se le exige que actúe para evitar mayores pérdidas”.

<sup>60</sup> “*The requirement to mitigate loss is also an expression of good faith in international trade and, as such, may exceptionally go so far as to require that in order to mitigate loss the aggrieved party should refrain from exercising contractual rights or should exercise certain rights, such as the right to avoid the contract*”.

<sup>61</sup> SOLER PRESAS (2009, pp. 9 y 10) afirma en relación a los artículos 9:505 PECL y 3:705 DCFR que “la exigencia de un comportamiento económico ordenado, subyacente en lo que llamamos «buena fe contractual», demanda del acreedor del resarcimiento un esfuerzo de contención del daño, negándole el resarcimiento de las pérdidas (generalmente lucros cesantes) que pudiera haber evitado”.

*Baxendale. Damages for breach are, on principle, compensatory and not punitive*<sup>62</sup>. Seguramente sea correcto fijar su fundamentación dogmática dentro del sistema de remedios en su carácter resarcitorio o compensatorio. En todos los matices y límites de la indemnización subyace el carácter compensatorio del remedio, no podría ser de otra forma, pero lo anterior no puede conducir a negar que el fundamento último y principal se encuentre en el principio de la buena fe. En definitiva, en el diferente enfoque del fundamento de la carga de mitigar los daños de los sistemas angloamericanos con los Derechos europeos continentales, subyace la ausencia de reconocimiento de la obligación general de los contratantes de actuar conforme a la regla de la buena fe. Y es por ello, por lo que acuden al carácter compensatorio o resarcitorio de la indemnización para justificar el fundamento de la carga.

También existen otros argumentos, no menores, que justifican su necesidad. Así, desde el punto de vista de la promoción del intercambio de bienes y servicios, afirma DÍEZ-PICAZO (2008, p. 783) que “en línea de principio el deber de resarcimiento de los daños es integral y debe comprender todo el daño que el acreedor haya experimentado. No obstante, la tradición del Derecho contractual del que nuestro Código es heredero, ha introducido algunos paliativos que, en parte, obedecen al criterio de justicia, y en parte también a la conveniencia de no hacer demasiado difícil la situación del deudor contractual, de manera que se pueda favorecer la contratación”. Dentro de estos paliativos da cabida a la mitigación de los daños. Todo lo anterior sin olvidar aspectos de índole social y eficiencia económica. Hasta qué punto sería lógico que el perjudicado por un incumplimiento tome una actitud pasiva, dejando pasar de largo pérdidas, que en definitiva no suponen más que el despilfarro de recursos económicos y el aumento del coste global del incumplimiento<sup>63</sup>. Al respecto, indica SOLER PRESAS (1995, p. 961) que cuestiones de política social y económica “exigen la promoción del uso cuidadoso de los recursos desincentivando, con la exclusión del resarcimiento, que el agraviado sufra pasivamente una pérdida que puede ser evitada con un esfuerzo razonable”. Recuérdese que, al tratar su origen histórico, señalábamos que CRISCUOLI (1972, pp. 553-606) lo situaba en la pandectística alemana, en una época de transformación de una concepción individualista heredera del Derecho romano a una etapa de apertura a las necesidades de la solidaridad social.

Por lo que respecta a la función que cumple, al inicio de este trabajo afirmábamos que el principio rector del cálculo de la indemnización es la reparación integral del daño, así como que dicho criterio o principio no es absoluto, ya que existen tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en su producción o extensión, en todo o parte del

---

<sup>62</sup> Véanse también OGUS (1973, p. 85) y BURROWS (1987, p. 64).

<sup>63</sup> Con relación al artículo 7.4.8 PICC afirma MORÁN BOVIO (2003, p. 369) que “existe un claro trasfondo económico en la norma, como queda insinuado en el *Comentario*, semejante al enunciado en los *Artículos 7.4.2(1)*, última frase, y *7.3.2(2)* de los *Principios*: razones de economía general determinan que convenga acentuar el ahorro de recursos, lo cual también puede alcanzarse, impidiendo a la parte perjudicada un posible uso abusivo de su posición de parte con derecho al resarcimiento, que podría conducirlo a desprestigiar los medios que tiene a mano para atenuar la pérdida de su contraparte. Cabe apreciar en el *Artículo 7.4.2(1)* una concreción del *Artículo 7.1.2*, ya que la parte perjudicada no puede ampararse en el incumplimiento de la otra, en tanto que tal incumplimiento fue causado por el acto u omisión de aquella”.

mismo; y por último, la carga que recae sobre el perjudicado de mitigar<sup>64</sup>. Por tanto, su función principal es la delimitación del *quantum respondatur*. Debe subrayarse, aunque en un segundo plano, que también cumple una función de equilibrio de los comportamientos y actitudes de las partes ante el incumplimiento o sus efectos. Y ello, porque aunque pueda parecer *prima facie* que se trata de una medida protectora del incumplidor, no lo es, o no en exclusiva, por eso empleábamos el término equilibrio. Por una parte, el incumplidor queda protegido en el sentido de que sólo responderá de los daños que no fueran evitables de forma razonable, por lo que los que finalmente indemnizará tendrán que ser causalmente imputables (de hecho y de derecho mediante los criterios de imputación objetiva), previsibles o no en función del tipo de incumplimiento, y finalmente inevitables. Desde el punto de vista del perjudicado, su protección deriva del derecho al reembolso de los gastos razonables que realice para evitar o reducir los daños, y ello con independencia de que se logre el objetivo perseguido. A esta función parece que se refiere MORALES MORENO (2006, p. 218) cuando afirma que la carga de mitigar los daños del acreedor “aporta un nuevo elemento de equilibrio en el sistema de responsabilidad”.

##### *5. Diferencias entre la carga de mitigar el daño (duty to mitigate), la concurrencia de culpas o de causas (contributory negligence) y la agravación del daño (further damage): la relación entre la conducta del perjudicado y el daño*

Una vez analizada la configuración interna de la conducta mitigadora, resulta conveniente para evitar confusiones, fijar las diferencias existentes con otras figuras con las que coincide en cuanto a la función limitadora de la indemnización, aun cuando partan de presupuestos diferentes. Las notas que la diferencian de la concurrencia de culpas y de la agravación del daño se encuentran en cuál sea la conducta del perjudicado y en qué momento se manifieste.

La mitigación tiene como presupuesto básico que el daño sea completamente imputable al que lo provoca, es decir, que una vez que la relación de causalidad (*quaestio facti*) y la imputación objetiva (*quaestio iuris*) atribuyan los daños al que incumple, nazca la carga del perjudicado de mitigarlos. Como bien señala SOLER PRESAS (1995, p. 963) “el deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación presupone que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante”<sup>65</sup>. Precisamente, el reproche de la mitigación es ese, no intervenir en el curso causal, haciendo de cortafuegos del daño. Por tanto, lo característico es

<sup>64</sup> En este sentido, afirma BONELLI (1997, p. 309) en relación a los PICC— extremo extensible a nuestro Derecho— que “la regola fondamentale in tema di risarcimento danni è che la parte non inadempiente può –a titolo esclusivo o in aggiunta ad altri rimedi- ottenere il risarcimento dei danni prevedibili (art. 7.4.4) e che essa non poteva evitare (7.4.8)”.

<sup>65</sup> En el mismo sentido, entre otros: FENOY PICÓN (2011 p. 1663) e YZQUIERDO TOLSADA (2001 p. 499).

ser posterior o sucesivo y autónomo a la producción del daño<sup>66</sup>. En definitiva, el problema que plantea es determinar si el perjudicado pudo mitigar un daño en el que no tuvo ninguna intervención en su causación, o “si debe responder el deudor por una pérdida que, siéndole enteramente imputable, hubiera podido ser razonablemente evitada por el acreedor del resarcimiento”<sup>67</sup>.

En cambio, la concurrencia de culpas engloba aquellos supuestos en los que en la producción del daño han contribuido tanto el que incumple como el perjudicado, es decir, existe una participación de ambas partes, por lo que el incumplidor sólo responderá en la proporción que le sea imputable<sup>68</sup>. Por tanto, la concurrencia de culpas sí plantea una cuestión de causalidad, la conducta del perjudicado está íntimamente vinculada al daño, que tendrá que ser solucionada acudiendo a los criterios de imputación objetiva. Lo característico es ser concurrente y dependiente de la producción del daño<sup>69</sup>.

A diferencia de varios ordenamientos de *Civil Law* que han considerado la mitigación de los daños como un supuesto más de culpa concurrente (§ 254 BGB y 1227 *Code Civile*)<sup>70</sup>, la distinción entre el *duty to mitigate* y la *contributory negligence* se encuentra claramente dibujada en los sistemas del *Common Law*. Así, BURROWS (1987, p. 34) describe al primero como “*a plaintiff cannot succeed if subsequent to the tort or breach of contract he could reasonably have avoided the loss*”, y al segundo como “*damages are reduced where the plaintiff's negligence has contributed to, ie been a partial cause of, his loss*”<sup>71</sup>.

También debe diferenciarse la mitigación de los daños de su agravación o *further damage*, que comprende aquellos supuestos en los que el inicialmente producido por el incumplidor, que se denomina daño base, viene incrementado como consecuencia del comportamiento del que lo sufre. Nos situamos también ante un problema de causalidad, ya que se produce un incremento del daño como consecuencia de la entrada en escena de un nuevo curso causal desencadenado

---

<sup>66</sup> En este sentido, CRISCUOLI (1972, p. 559) afirmó que “*il controllo se la vittima avrebbe potuto ridurre le conseguenze del danno riguarda un comportamento necessariamente successivo ed indipendente da quello relativo alla su produzione*”.

<sup>67</sup> SOLER PRESAS (1998, p. 64).

<sup>68</sup> Sobre la concurrencia de culpas véanse los laudos arbitrales de: 25.1.2007 del *World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center* (Italia) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1179>; 31.1.2003 de la *Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry* (Suiza) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=862>; 2.9.1997 de la *International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation* (Rusia) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=670>.

<sup>69</sup> Sobre las diferencias entre la mitigación del daño y la concurrencia de culpas, véanse, entre otros: CRISCUOLI (1972, p. 499); FENOY PICÓN (2011 p. 1663); SAN MARTÍN NEIRA (2012 p. 234 y 235); SOLER PRESAS (1995, p. 963; y 1998, p. 64) e YZQUIERDO TOLSADA (2001, p. 558 y 559).

<sup>70</sup> Véase LANDO & BEALE (2003, pp. 659-661).

<sup>71</sup> En relación con las diferencias entre *duty to mitigate* y la *contributory negligence* en la doctrina angloamericana, véanse, entre otros: OGUS (1973, pp. 86 y 87); STREET (1962, pp. 37-39) y TREITEL (1999, pp. 910-919).

por una posición activa del perjudicado<sup>72</sup>.

Seguramente, por influencia de la doctrina angloamericana, la cuestión de las tres figuras que analizamos se encuentra resuelta en los últimos textos del derecho uniforme. En los PICC el artículo 7.4.8 de mitigación de los daños va precedido del 7.4.7 bajo la rúbrica de "*Harm due in part to aggrieved party*". En relación con dichos artículos afirma MCKENDRICK (2009, p. 904), que "*the difference between the two articles is said to be that Art 7.4.7 is concerned with the case in which the conduct of the aggrieved is a cause of the initial harm, whereas Art 7.4.8 is concerned with the conduct of the aggrieved party subsequent thereto*". La distinción es aún más nítida en los PECL y en el DCFR. El artículo 9:504 PECL contempla el tratamiento de las pérdidas imputables a la parte perjudicada, englobando bajo el mismo epígrafe tanto a la *contributory negligence* como la *further damage*, es decir, la parte que incumple un contrato no responderá de las pérdidas que sean consecuencia de la contribución del perjudicado al incumplimiento o a sus efectos. Y, a continuación, el artículo 9:505 PECL regula la mitigación de los daños. Lo mismo puede predicarse de los artículos III.-3:704 y 3:705 DCFR. En nuestra doctrina, SOLER PRESAS (2009, p. 9) ha afirmado que la regulación en distintos artículos "distinguen así, felizmente, los problemas de concurrencia positiva de «culpas»/causa en la producción del daño de los propios de la falta de mitigación"<sup>73</sup>.

## 6. Contenido del deber de mitigar el daño. La delimitación de "las medidas razonablemente exigibles en atención a las circunstancias"

En este epígrafe y en los siguientes se analizará cómo funciona en la práctica la mitigación del daño, para lo que haremos especial hincapié en las resoluciones jurisprudenciales y arbitrales, tanto nacionales como extranjeras, que sobre la materia se han dictado. La regla que es objeto de estudio puede ser descompuesta en dos partes:

- i. la parte contratante que sufre el incumplimiento tiene la carga de adoptar todas las medidas que sean razonables en función de las circunstancias, para evitar o reducir el daño, y el derecho a que se le reembolsen los gastos razonables realizados con dicha finalidad, aunque la misma no se logre.
- ii. la parte que provoca el incumplimiento tiene el derecho a que se reduzca la indemnización en la cuantía en que debió haberse reducido la pérdida. Dicho derecho conlleva la obligación de pagar los costes de las medidas mitigadoras razonables y la carga de probar qué daños eran razonablemente evitables.

Por ello, las cuatro cuestiones a tratar son: qué debe entenderse por medidas razonables en función de las circunstancias; el derecho al reembolso de los gastos razonables; la reducción de la

<sup>72</sup> Como ha indicado CRISCUOLI (1972, p. 559) "*atiene ad un aggravamento del danno di base in seguito e per effetto della posizione di una nuova ed autónoma causa di pregiudizio*".

<sup>73</sup> Véase también NAVAS NAVARRO (2004, p. 322).

indemnización por las pérdidas evitables o mitigables; y, por último, la carga de la prueba.

### 6.1. Configuración, caracteres y momento de las medidas mitigadoras

Centrándonos en la actuación del perjudicado, debe delimitarse qué se entiende por medidas, qué nivel se les debe exigir a esas medidas, es decir, hasta dónde debe llegar el compromiso del perjudicado en la mitigación; en definitiva, cuál es la extensión o intensidad de la carga (medidas requeridas por la buena fe, *measures as are reasonable in the circumstances, taking reasonable steps, ordinary course of business*), y qué papel juegan las circunstancias en la delimitación de la razonabilidad de las medidas, ya que lo razonable siempre tendrá que venir determinado por las circunstancias objetivas y subjetivas del perjudicado y del que incumple el contrato, del mercado, de la situación económica, del producto objeto del contrato, etc.

Por medidas mitigadoras deben considerarse todas las actividades positivas llevadas a cabo por la parte perjudicada con una finalidad paliativa de la extensión cuantitativa y/o cualitativa de los daños. Dichas medidas pueden ser de muy diverso tipo, siendo la más frecuente la realización de una compraventa sustitutoria o de reemplazo. Otras pueden ser: la reparación de una maquinaria defectuosa por el propio comprador, evitando gastos de transporte y demora en su puesta en funcionamiento; renegociar las condiciones del contrato, ya sea estableciendo prórrogas para el cumplimiento, facilidades de pago, reducción del precio; desarmar una máquina inútil para producir, y venderla por piezas; pedir un préstamo para realizar una operación de reemplazo o proceder a cualquier otra actividad mitigadora; examinar las mercancías; abstenerse de seguir fabricando o enviar las mercancías cuando el comprador ya ha comunicado que no le interesa o que no podrá pagarlas; pagar el precio por una mercancía o servicio no conforme y después reclamar, etc. En definitiva, las medidas pueden ser muy variadas, y son las resoluciones a los conflictos y la doctrina las que las han ido cincelandando<sup>74</sup>.

Resulta interesante en relación al conocimiento sobre cuándo nos encontramos ante una medida mitigadora o ante una modificación del contrato, la sentencia de 12.12.2006 de la Obergericht des Kantons Thurgau (Suiza), en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061212s1.html>. El vendedor entregó al comprador una mercancía similar a la pactada pero de mejor calidad y mayor precio. Como consecuencia del litigio surgido entre las partes, el comprador alegó que al aceptar unas mercancías diferentes a las inicialmente pactadas estaba cumpliendo con lo previsto en el artículo 77 CISG. En cambio, el tribunal consideró que no se trataba de una medida mitigadora del daño, sino de una simple modificación del contrato, argumentando que tendría que haberse realizado por el comprador alguna objeción o reserva al aceptar las mercancías, y al no hacerlo, no puede calificarse como de tal naturaleza.

Las anteriores medidas y cualesquiera otras que pudieran ser adoptadas tienen que ser calificadas de razonables en atención a las circunstancias concurrentes; así, afirma STOLL (1987, p. 588) que la parte perjudicada *“is not obliged to undertake measures which involve extraordinary,*

---

<sup>74</sup> Sobre el amplio catálogo de medidas que pueden ser adoptadas, véanse entre otros: ADAME GODDARD (1992, p. 503); AUDIT (1990, p. 165); CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1997, p. 322); KNAPP (1987, pp. 560 y 561); ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS (2003, pp. 233 y 234); MCGREGOR (2003, pp. 249-260); MORALES MORENO (2010, pp. 182 y 183); STOLL (1987, pp. 588 y 589).

*unreasonable cost*<sup>75</sup>. Ya, en *British Westinghouse Electric v. Underground Electric Railways Co of London Ltd*, afirmó el juez HALDANE que el estándar de conducta exigido al perjudicado es “*which a reasonable and prudent person might in the ordinary conduct of business properly have taken*”<sup>76</sup>. Por medidas razonables deben considerarse, como señala OLIVA BLÁZQUEZ (2000, p. 218), las “que un hombre de negocios cauteloso y prudente habría tomado ante una situación similar”. En parecidos términos, SOLER PRESAS (1997, p. 625) indica que serán todas aquellas “que un comerciante cauteloso en la posición del acreedor habría adoptado. El nivel de exigencia lo marca pues el patrón de la diligencia media en el tráfico adecuado a las circunstancias del caso —*ordinary course of business*—”. Ahora bien, dichas afirmaciones están realizadas en el ámbito de la CISG, pero como se ha afirmado la carga de mitigar no es exclusiva de las relaciones comerciales, sino que también se extiende a la responsabilidad civil y a cualquier otra relación contractual; la razonabilidad de las medidas adoptadas tendrán que superar un test comparativo con lo que una persona diligente y cautelosa hubiera realizado en una situación similar. En definitiva, apoyándonos en el fundamento último del principio y siguiendo a STOLL (1987, p. 588) la actuación del perjudicado, las medidas que adopte, podrán ser calificadas de razonables cuando “*under the particular circumstances, it could be expected to be taken by a person acting in good faith*”<sup>77</sup>. Las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a la relación contractual y sus protagonistas son las que determinarán cuándo la medida es o no razonable. Siendo obvio que ninguna medida puede ser *a priori*, abstractamente considerada como razonable o no, este test sólo será superado en atención a las circunstancias que concurran en cada caso<sup>78</sup>, que, al igual que las medidas, pueden ser de muy variada tipología. Tales circunstancias pueden ser: la situación del mercado, como la subida o bajada de los precios, la posibilidad o no de encontrar mercancías de reemplazo, que se trate de mercancías percederas o no; la situación financiera de las partes para realizar una operación de reemplazo u obtener financiación; la forma de proceder las partes en relaciones anteriores, etc. También tendrá que tenerse en cuenta a la propia persona, al no poder ser exigidas las mismas medidas a un comerciante que a un consumidor<sup>79</sup>.

Respecto de la determinación de la razonabilidad o no de las medidas también juega un papel importante el momento en el que sean adoptadas. Ello plantea un doble problema: desde cuándo y hasta cuándo sería razonable adoptarlas.

---

<sup>75</sup> Véanse en el mismo sentido KNAPP (1987, p. 560); y TALLON (1997, p. 303).

<sup>76</sup> *British Westinghouse Electric v. Underground Electric Railways Co of London Ltd* en el año 1912 AC 673 a 689.

<sup>77</sup> Véanse, entre otras, la sentencia de la *Oberster Gerichtshof* (Austria) de 6.2.1996, en la que en el litigio surgido entre una empresa austriaca y otra alemana, se afirma que el perjudicado por el incumplimiento debe reducir las pérdidas adoptando todas las medidas que un acreedor razonable de buena fe hubiera realizado siempre teniendo en cuenta las circunstancias, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

<sup>78</sup> Como afirma OLIVA BLÁZQUEZ (2000, pp. 218 y 219) “habrá que evaluar caso a caso y en función de las circunstancias concretas, así como de los usos y de las prácticas de las partes”.

<sup>79</sup> En relación a las circunstancias, afirma CARRASCO PERERA (2010, p. 1260) que “no es la menor la real capacidad financiera del acreedor o la legítima confianza en que el deudor pueda todavía cumplir, pero también la mayor o menor fungibilidad del bien o servicio contratado. No le es exigible un coste de amortiguación de su daño que exceda de su real capacidad financiera. El grado de razonabilidad dependerá también de la ecuación que se cifre entre el coste de mitigación de su daño y el coste que supondrá para él si toma estas medidas”.

Sobre el momento, de las medidas paliativas afirma MORALES MORENO (2010, p. 185) que “el carácter flexible de la regla de la mitigación del daño (buena fe, criterio razonable) impide fijar de antemano el momento de la adopción de las medidas paliativas (operación de reemplazo) y establecer, de modo cerrado, las que han de ser adoptadas. La determinación depende de las circunstancias de cada caso. Y ha de tenerse presente cuál es la actitud adoptada por el deudor ante su propio incumplimiento”. El momento razonable puede ser cuando se conoce que la otra parte incumplirá; cuando el incumplimiento se haya consumado, o cuando se haya resuelto el contrato<sup>80</sup>. En la ya citada STS, 1ª, 27.10.1992 se admite que el negocio de reemplazo se puede realizar a partir del momento en el que se incumple el contrato o del que se resuelve. El mismo criterio de la razonabilidad en atención a las circunstancias será el que determine cuándo el transcurso de un determinado periodo de tiempo califica a las medidas como razonables o no.

En el artículo 77 CISG no se indica el momento en el que el perjudicado debe adoptar las medidas mitigadoras. Por lo que respecta a la realización de una operación de reemplazo existen varias sentencias en las que se fija el momento de la resolución del contrato y no antes. Así, la sentencia de 28.10.1999 de la *Oberlandesgericht Braunschweig* (Alemania)<sup>81</sup> y el laudo de 25.12.1998 de la *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China)<sup>82</sup>. La resolución del contrato es el criterio adoptado por el artículo 9:506 PECL, y por su influencia en el III.-3:706 DCFR, como el momento a partir del cual se puede realizar el negocio de reemplazo, si bien se admite la reducción de la indemnización cuando se pruebe que el contrato incumplido debería de haberse resuelto antes<sup>83</sup>.

En relación al plazo, a la cuestión del hasta cuándo pueden adoptarse las medidas, ya hemos afirmado que vendrá determinado por lo que resulte razonable en cada caso en atención a las circunstancias. Existen varias resoluciones en las que se contempla el plazo para la realización de la operación de reemplazo. Así, entre otras, las de: 12.9.2006 de la *Court of Appeals, 11 th Circuit* (Estados Unidos)<sup>84</sup>, ante la notificación del comprador de no aceptar más compuesto químico, el vendedor procedió a realizar una venta de reemplazo en el breve plazo de 17 días; 24.4.2006 de la *Hof van Beroep Antwerpen* (Bélgica)<sup>85</sup>, tras la negativa del comprador a pagar y recibir las mercancías, el vendedor tardó más de seis meses en realizar la venta de reemplazo. El tribunal entendió que dos o tres meses era una plazo razonable en atención a las circunstancias para la venta, por lo que disminuyó el importe de la indemnización por haber incumplido la carga de

---

<sup>80</sup> LANDO & BEALE (2003, p. 657) afirman que “el perjudicado no siempre tiene la obligación de mitigar las pérdidas en cuanto tenga noticia del incumplimiento; depende de lo que resulte razonable conforme a las circunstancias”.

<sup>81</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html>.

<sup>82</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981225c1.html>.

<sup>83</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2011, p. 473).

<sup>84</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html>.

<sup>85</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060424b1.html>

mitigar; 28.2.1997 de la *Oberlandesgericht Hamburg* (Alemania)<sup>86</sup>, en la que el comprador procedió a realizar una compraventa de reemplazo en el plazo de dos semanas desde que el vendedor le comunicó que no cumpliría el contrato, también se considero un plazo prudente; 14.1.1994 de la *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Alemania)<sup>87</sup> en la que se consideró que el plazo de dos meses para la realización de la reventa de los zapatos era razonable en el ámbito de la industria de la moda.

Por último, debe tenerse presente al determinar el esfuerzo mitigador que debe exigirse al perjudicado, que es el incumplidor el que desencadena el conflicto, por lo que no parecería adecuado demandarle a aquél un estándar de esfuerzo demasiado exigente o rígido. Pues, como ha afirmado en nuestra doctrina SOLER PRESAS (1998, p. 69), “no parece aceptable que sea el causante del daño quien, pretendiendo la reducción de la indemnización por él debida, logre su propósito alegando que la reacción del perjudicado ante la lesión de su derecho de crédito no satisface los más severos patrones de diligencia”<sup>88</sup>.

## 6.2. Casuística relativa al cumplimiento o incumplimiento de la carga de mitigar del comprador

Como ya se ha advertido, la infracción o no de la carga de mitigar exige la delimitación de qué medidas deben ser calificadas como razonables, así como las situaciones en las que el perjudicado pudo evitar o reducir sus pérdidas y no lo hizo. Ello nos lleva al análisis de las resoluciones que han abordado la cuestión<sup>89</sup>. A efectos sistemáticos, se estima conveniente analizar por separado las resoluciones que tienen como protagonista al comprador de las que tienen al vendedor, y dentro de cada uno de dichos sujetos tratar, también por separado, los supuestos en los que se cumplió o no con la carga.

### a) Supuestos en los que no hubo incumplimiento

La STS, 1ª, 14.5.2003 (RJ 2003\4749) contempla un supuesto en el que las medidas adoptadas por el comprador son calificadas como razonables. El litigio surge entre dos empresas españolas dedicadas al sector del mosto. “Mostos Internacionales, S.A.” compró a “Mayoristas de vinos, S.A.” una cantidad de mosto de la que sólo recibió una parte. La compradora realizó una compraventa de reemplazo a un precio superior al pactado, y posteriormente reclamó los daños y perjuicios que le había supuesto el incumplimiento. Expresamente se afirma que “no hay lugar a una disminución del lucro cesante, pues no se ha demostrado, ni intentado siquiera, que la

---

<sup>86</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>.

<sup>87</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>.

<sup>88</sup> Al respecto, indica McKENDRICK (2009, p. 903) “when deciding whether or not an aggrieved party has taken reasonable steps, a tribunal will have regard to the fact that the aggrieved party is the innocent party and so the standard required is not an exacting one”.

<sup>89</sup> Como afirma OLIVA BLÁZQUEZ (2000, p. 218) “el incumplimiento de la obligación de mitigar los daños se produce tanto cuando no se lleva a cabo ninguna operación de reemplazo, como cuando ésta se realiza de una manera poco razonable y contraria al *ordinary course of business*”.

compradora pudo adquirir en el mercado la misma mercancía a un precio menor al que corría en él para mitigar el daño, que es una obligación de todo acreedor basada en la buena fe (art. 1258), naturalmente siempre que ello sea posible en sus circunstancias”. En definitiva, la nota que cualifica a la compraventa de reemplazo como razonable viene determinada por el hecho de que dadas las circunstancias —la subida del precio en el mercado del mosto—, no era posible realizar la compra a un precio más económico.

Existen abundantes resoluciones en el Derecho Comparado sobre operaciones de reemplazo: así la sentencia 63/2006 de la *Efetio Lamias* (Grecia)<sup>90</sup> en la que ante la negativa de la empresa búlgara vendedora de entregar un pedido de semillas de girasol, la empresa griega compradora realizó en un momento y a un precio razonable una compra de reemplazo a un tercero dado que le interesaba para cubrir las necesidades de su industria petrolera. La sentencia de 19.10.2006 de la *Oberlandesgericht Koblenz* (Alemania)<sup>91</sup> representa un claro ejemplo de la actitud que debe adoptar el perjudicado, en este caso el comprador, ante el incumplimiento del contrato. Una empresa húngara había vendido a un intermediario alemán una partida de camisetas que debían ser entregadas directamente al cliente del intermediario-comprador. Cuando las mercancías llegaron a su destino, el cliente del intermediario (demandado) alegó que algunas tenían mangas largas cuando el pedido era de mangas cortas, que no habían sido adecuadamente embaladas, que estaban sucias y que el tejido también presentaba deficiencias. El intermediario le propuso una reducción del precio a su comprador que éste aceptó, lo que llevó al tribunal a afirmar que la “*opting for a reduction of the price, [Buyer] complied with its duty towards [Seller] under Art. 77 CISG to mitigate the losses resulting from a breach of contract that fell within the responsibility of the other party*”. El laudo de 7.4.2005 de la *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China)<sup>92</sup> consideró que fue razonable la venta de las mercancías defectuosas que había realizado la parte compradora ante la bajada del precio del algodón y el retraso de la parte vendedora en resolver el problema de la recepción de la mercancía que el comprador pretendía devolver. Resulta llamativa el laudo de 31.1.2000 de *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China)<sup>93</sup> por cuanto considera que las medidas adoptadas por el comprador para mitigar el daño son razonables a medias. Una empresa china vendió ropa a una alemana, y ante las importantes deficiencias que presentaba, la empresa compradora las reparó y posteriormente reclamó la indemnización por el coste de la misma. El tribunal, al considerar que dicha reparación tuvo un coste razonable otorgó la indemnización, pero con una rebaja del 30% en atención a que tendría que haber notificado al vendedor los gastos que generarían dichas reparaciones. En la sentencia

---

<sup>90</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060001gr.html>. Véanse también, entre otras, las sentencias de: 10.5.2004 de la *Hof van Beroep Gent* (Bélgica), en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040510b1.html>; 18.8.1997 de *China International Economic & Trade Arbitration Commission*, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970818c1.html>; 2.6.1997 de *China International Economic & Trade Arbitration Commission*, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970602c1.html>; y de 15.11.1996 de *China International Economic & Trade Arbitration Commission*, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961115c1.html>.

<sup>91</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061019g2.html>.

<sup>92</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050407c1.html>.

<sup>93</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000131c1.html>.

de 9.9.1994 de la *Federal District Court of New York* (Estados Unidos)<sup>94</sup> un comprador italiano fabricante de aparatos de aire acondicionado había comprado unos compresores a un fabricante estadounidense que resultaron ser disconformes a las especificaciones del contrato. El comprador, una vez notificada su disconformidad, procedió al almacenamiento de los compresores, y después de intentar sin éxito su reparación procedió al pago a otro proveedor para que acelerara la entrega de otros compresores que tenía comprados con anterioridad y serían útiles para reemplazar a los defectuosos, pudiendo así atender los pedidos. El tribunal concluyó que todas esas medidas eran razonables y que por lo tanto el comprador había cumplido con lo previsto en el artículo 77 CISG.

Además de las anteriores, también se han considerado razonables las siguientes: contratar con un tercero la fabricación de mercancías de cuero, ya que el vendedor al que le había comprado una máquina de curtiduría se la había llevado para realizarle unos ajustes y no la había devuelto en el plazo razonable acordado<sup>95</sup>; ofrecer el comprador intermediario al subcomprador las mercancías entregadas con retraso por el vendedor con una rebaja del precio inicialmente pactado<sup>96</sup>; y emplear el comprador sus propias reservas de carbón ante el retraso en la entrega del vendedor<sup>97</sup>.

También existen fallos en los que se concluye por el tribunal que la inactividad del perjudicado no constituyó un incumplimiento de la mitigación de las pérdidas. La SAP Barcelona Civil, Sec. 14º, 8.3.2012 (JUR 2012\150503) declaró que no se había infringido el artículo 77 CISG en el conflicto surgido entre la entidad italiana vendedora, "A.S.W.S. Italiana, S.R.L." y la compradora española, "Ute Ecoparc". Ambas partes celebraron un contrato que tuvo por objeto fabricar, suministrar, transportar, montar y poner en marcha cuatro bio-reactores rotativos completos para la biofermentación y tratamiento de residuos orgánicos e inorgánicos (BRS). En su ejecución surgieron discrepancias respecto al funcionamiento de dichos bio-reactores y al pago del resto del precio. El tribunal declaró que la empresa española, actora reconvenional, por la defectuosa instalación, no había incumplido el artículo 77 CISG, lo que justificó afirmando que "el plazo se había excedido y los BRS 3 y 4 ni tan sólo habían superado las pruebas de vacío. Los problemas surgidos en la fase de montaje fueron numerosos. Se estima que la actora reconvenional, cuando apartó a la actora de la obra ya había agotado todas las posibilidades para intentar el cumplimiento del contrato y no le era exigible otorgar mayores concesiones a la ahora recurrente

---

<sup>94</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>.

<sup>95</sup> Sentencia de 8.1.1997 de la *Oberlandesgericht Köln* (Alemania), en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html>.

<sup>96</sup> Laudo de 1.1997 de la *Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html>: "The [seller] did not offer any evidence which would suffice to hold that the [buyer] did not take necessary measures to mitigate damages. The evidence revealed that on March 24, [buyer]'s agent learned that the [seller] would have difficulty making timely delivery. Accordingly, [buyer]'s agent forwarded a proposal to [buyer]'s sub-agent to accept late delivery from [seller] for a reduction in price of 10%. The [seller]'s own admission that a reduction in sale price would be warranted where seasonal goods were sold at the end of the season would seem to imply that such a proposal would have been acceptable to the [seller]. Thus, there was insufficient evidence that the [buyer] failed to take measures to mitigate damages and therefore its recovery would not be reduced pursuant to Article 77 CISG".

<sup>97</sup> Laudo de 10.1996 de la *Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*, en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=462>.

para que pudiera obtener un resultado que se había revelado como totalmente incierto”.

En la sentencia de 1.3.2006 dictada por el *Rechtbank Arnhem* (Países Bajos)<sup>98</sup> se considera que no constituye una infracción del artículo 77 CISG que el comprador se negara a pagar por el acero un precio muy superior al pactado en el contrato<sup>99</sup>, así como que se negara a proveer a unos clientes con las existencias de acero que tenía reservadas para otros clientes. La sentencia de 21.3.1996 de *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (Alemania)<sup>100</sup> consideró que estaba justificada la no realización de la operación de reemplazo tomando en consideración “*the short delivery time in the contract and the alleged difficulty in finding another supplier for another supply, there is no manifest violation by the buyer of his duty to mitigate the loss according to Art. 77 CISG*”. Igualmente, según la sentencia de 23.6.1995 de la *Amtsgericht München* (Alemania), tampoco incumplió el comprador la carga de mitigar el daño por no informar al vendedor de que la persona a la que se las había revendido las necesitaba sin demora.

Resulta interesante el laudo número 13009 de la Corte Internacional de Arbitraje<sup>101</sup>, dictado como consecuencia de la controversia planteada en la compraventa de mercancías suscrita entre una empresa vendedora de Liechtenstein y una compradora española que, a su vez, vendió en tránsito a otra empresa también española. Por un conflicto surgido en relación a las cartas de embarque, las partes llegaron a un acuerdo de resolución que puso fin al contrato de venta y se estableció una compensación por los costes. Posteriormente, la parte vendedora demandó al comprador final alegando que había sido coaccionada para llegar al acuerdo de resolución del contrato. Con independencia de que la Corte de Arbitraje desestimaré todas las alegaciones de la vendedora, por lo que aquí nos interesa, se consideró que el comprador intermedio no incumplió el “*duty to mitigate losses (Art. 7.4.8 UNIDROIT Principles) by taking the side of End Buyer in civil and criminal court proceedings initiated by the latter, since it is common judicial practice that a defendant joins its own contractor in the proceedings*”.

#### **b) Supuestos en los que hubo incumplimiento**

La SAP Murcia, Civil, Sec. 1ª, 25.5.2012 (JUR 2012\232460) conoce el conflicto que surge entre una empresa americana, “*International Flavors & Fragrances INC*”, y su filial holandesa, “*International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V.*”, frente a la empresa española “*Ramón Sabater, S.A.*”, como consecuencia de una serie de contratos de compraventa de pimentón rojo en polvo. Se realizaron cinco entregas, resultando que todas contenían colorantes no autorizados, si bien sólo una superaba los límites mínimos permitidos por las autoridades europeas. Según la resolución, la empresa compradora procedió de forma irrazonable a retirar y destruir toda la mercancía, cuando sólo tendría que haberlo hecho del lote que excedía el límite mínimo permitido, por lo

---

<sup>98</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060301n1.html>.

<sup>99</sup> Igualmente, en el laudo de 15.11.1996 de *China International Economic & Trade Arbitration Commission*, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961115c1.html>.

<sup>100</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>.

<sup>101</sup> Se puede consultar abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1661>.

que incumplió la carga de mitigar el daño.

Por otro lado, la SAP Zaragoza, Civil, Sec. 4ª, 31.3.2009 (JUR 2009\221573) declaró infringido el artículo 77 CISG en el conflicto surgido en una compraventa de paletas de cerdo entre la entidad belga “Lavameat, N.V.” y la española “Jamones E. Velázquez, S.A”.

La vendedora reclamaba el pago del último pedido y la compradora se oponía alegando su falta de conformidad respecto a la calidad. El tribunal afirmó que “la mercancía fue entregada, recibida e incorporada al proceso de producción de la demandada, siendo sometidas las paletas al proceso de curación y maduración. La prueba pericial justifica que cada paleta es pesada y examinada por la sociedad compradora. Ésta clasifica las piezas por categorías, una a una, según unos parámetros de peso y grasa, etiquetando según las características, de modo que la compradora supo el peso y pudo conocer el contenido de grasa. Con las pruebas periciales se aportan instrucciones internas de la sociedad demandada sobre el control de calidad, con previsión de devolución de mercancía por defectos o exceso de peso o falta de engrasamiento, que son los parámetros que sirven para incluir cada pieza en una clase, de la 1 a la 6. El art. 77 obliga a adoptar las medidas razonables, según las circunstancias, para reducir la pérdida incluido el lucro cesante. Si el comprador tenía intención de ejercer derechos según la Convención, en principio no adoptó las medidas más razonables para ello (art. 86), pues ni rechazó la mercancía ni la depositó en almacenes de un tercero (art. 87) si, como alega, no tenía medios de conservación, y tampoco las vendió (art. 88). Se recibió toda la mercancía, que fue pagada hasta el mes de noviembre”. La recepción e incorporación al proceso de producción sí hubiera podido interpretarse como una medida mitigadora si en el momento de recibir las paletas de cerdo, y previa inspección, el comprador hubiera puesto de manifiesto su disconformidad. Lo que no se puede pretender es que una vez recepcionadas, inspeccionadas y manipuladas, alegue problemas relativos al peso de la mercancía o de su nivel de engrasamiento. De esta sentencia debe resaltarse la importancia que tiene la inspección de las mercancías por el comprador y que sea precisamente tal momento en el que se ponga de manifiesto su disconformidad.

Existen múltiples resoluciones de tribunales extranjeros en los que se afirma que el perjudicado no ha realizado ninguna actividad, o no de forma razonable para mitigar los daños. Por lo que respecta a la realización de una compraventa de reemplazo, la sentencia de 20.5.2009 del *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul-Sala 5ª de lo civil* (Brasil)<sup>102</sup> cita *obiter dicta* el artículo 77 CISG (texto que recientemente ha entrado en vigor en dicho país, concretamente el día 1.4.2014). Comprador y vendedor brasileños acordaron la compraventa de una máquina de electroerosión. El comprador demandó al vendedor por defectos de la máquina que provocaban su mal funcionamiento, a lo que el demandado opuso que ello era debido a un empleo deficiente de la misma. El tribunal estimó que además de no acreditar el lucro cesante que pretendía, no trató de buscar una máquina que reemplazara a la defectuosa para poder continuar con su actividad<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090520b5.html>.

<sup>103</sup> Sobre la posibilidad de que el comprador hubiera podido reducir las pérdidas realizando una operación de reemplazo, véanse, entre otras las sentencias: número 48 del año 2005 del *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade* (Ucrania), en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050000u5.html>; de 6.6.2000 del *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Rusia), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html>; 25.5.1999 de *Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest* (Hungria), en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990525h1.html>.

En la sentencia de 2.9.1998 de la *Oberlandesgericht Celle* (Alemania)<sup>104</sup> se afirmó que el comprador había incumplido lo previsto en el artículo 77 CISG al haberse limitado a buscar compras sustitutivas de las aspiradoras no conformes en su región, y no haberlo intentado con otros proveedores de otras zonas de Alemania o en el extranjero. El laudo número 7331 del año 1994 de la *Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*<sup>105</sup> señaló que el comprador no mitigó los daños al no aportar la prueba del precio que obtuvo por la venta de las pieles de bovino con las que no estaba conforme.

La sentencia de 27.5.2008 de la *Cour d'Appel de Rennes* (Francia)<sup>106</sup> resuelve un conflicto entre una empresa francesa —demandante— que compró a una italiana —demandada— copas de sujetadores que estaban destinadas a ser incorporadas a trajes de baño y que, resultando ser defectuosas, obligaron al comprador a realizar una operación de reemplazo. El tribunal desestimó el derecho de la compradora a una indemnización por la diferencia entre el precio de la primera compra y el de la segunda de reemplazo por considerarla excesiva, y también entendió que el comprador había incumplido la mitigación de los daños, ya que tardó tres días en detener la producción de trajes de baño desde que comunicó los defectos a la parte vendedora. Esta resolución pone de manifiesto dos criterios importantes a tener en cuenta por el comprador al adoptar las medidas: que la compra de reemplazo no puede resultar excesiva o irrazonable; y que el tiempo juega un papel importante para mitigar el daño; en este supuesto se le reprocha al perjudicado el no haber interrumpido antes la producción. En la sentencia 24.3.1999 del *Bundesgerichtshof* (Alemania)<sup>107</sup>, de forma similar a la anterior resolución, se mantiene que el comprador no procedió a mitigar sus daños al seguir empleando una cera para combatir las heladas y determinadas plagas que afectaban a su viñedo una vez que conocía que era defectuosa. También en el laudo número 9594 de 3.1999 de la Corte Internacional de Arbitraje<sup>108</sup> se considera que el comprador, conocedor de la defectuosa instalación de la máquina industrial, incumplió la carga de mitigar el daño al comenzar a fabricar productos defectuosos.

En el laudo de 19.6.2003 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (China), el tribunal redujo la indemnización que exigía el comprador atendiendo a que podía haber reducido las pérdidas volviendo a pesar, embalar y vender los productos químicos objetos del contrato<sup>109</sup>. Un interesante ejemplo de la importancia de la información entre las partes contratantes, no sólo durante los tratos preliminares del contrato y su ejecución, sino también en la fase del incumplimiento, se contempla en la sentencia de 10.11.2000 de un Tribunal de

---

<sup>104</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>.

<sup>105</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html>.

<sup>106</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080527f1.html>.

<sup>107</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>.

<sup>108</sup> En <http://www.unilex.info/case.cfm?id=691>.

<sup>109</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030619c1.html>.

Arbitraje ad hoc (Dinamarca)<sup>110</sup>, en un procedimiento entablado por un comprador canadiense, “*Construction Acton Vale Lteé*”, contra un vendedor danés, “*KVM Industrimaskiner A/S*”. El comprador adquirió una máquina y un molde para producir paneles de cemento destinados a granjas de cerdos. Advirtió expresamente al vendedor de las dimensiones de los paneles que quería construir, y el vendedor se obligó a instalar la máquina y a ponerla en funcionamiento. Se introdujo una cláusula en el contrato por la que el vendedor no asumía la calidad de los paneles que eran de una dimensión superior a los que habitualmente producían sus máquinas. Posteriormente, y como consecuencia de la defectuosa calidad de los paneles, la parte compradora resolvió el contrato y exigió la restitución del precio a lo que se negó el vendedor, lo que llevó al comprador a revocar la resolución del contrato, contratar los servicios de otra empresa para reparar y modificar la máquina, y exigir una indemnización de daños y perjuicios al vendedor consistentes en el daño emergente por los gastos de reparación y del lucro cesante por la pérdida de producción. El tribunal entendió que la máquina y el molde vendidos no eran conformes, por lo que tenía que indemnizar tanto por el valor de la reparación como por la falta de producción, pero dicha indemnización fue reducida en atención a que el comprador debería de haber informado inmediatamente al vendedor de la revocación de la resolución del contrato y de que deseaba reparar las deficiencias de lo adquirido, para así darle la oportunidad de valorar su situación, bien reparando las deficiencias él mismo, o contratando los servicios de un tercero que lo hiciera. De esta sentencia se extrae no sólo la importancia de que el perjudicado mantenga informado al incumplidor, sino que a éste se le debe permitir directa o indirectamente que repare la disconformidad de las mercancías entregadas. Una solución similar es la adoptada en la sentencia de 9.5.2000 de la *Landgericht Darmstadt* (Alemania)<sup>111</sup>, en la que un comprador suizo de grabadoras de video encargó a un tercero manuales de instrucción en francés e italiano en vez de hacerlo al vendedor alemán.

Sobre la carga que tiene el comprador de inspeccionar las mercancías pueden consultarse, entre otras muchas, las resoluciones de: 24.1.2004 del *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Rusia)<sup>112</sup>; 21.8.1997 de *Oberlandesgericht Köln* (Alemania)<sup>113</sup>, que resolvió que el comprador, un fabricante francés de vidrio, debió haber inspeccionado el hidróxido de aluminio que era defectuoso, antes de producir el vidrio que también resultó ser defectuoso, y que dicha inspección, que resultaba razonable atendiendo a las circunstancias, hubiera reducido sus pérdidas; y 16.12.1991 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (China)<sup>114</sup>, en la que se indica que el comprador no sólo se retrasó en la inspección de las mercaderías sino que una vez detectados los defectos de las mismas, fue incapaz de conservarlas adecuadamente durante el transbordo.

---

<sup>110</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060503d1.html>.

<sup>111</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html>.

<sup>112</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>.

<sup>113</sup> En <http://www.jura.uni-freiburg.de/iprl/cisg/urteile/text/290.htm>.

<sup>114</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911216c1.html>.

En el laudo de 27.7.1999 el *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Rusia)<sup>115</sup> se resolvió que el comprador había incumplido la carga de mitigar al contratar un buque para cargar y transportar la mercancía pese a las reiteradas comunicaciones del vendedor de que iba a demorar su prestación.

### 6.3. Casuística relativa al cumplimiento o incumplimiento de la carga de mitigar del vendedor

#### a) Supuestos en los que no hubo incumplimiento

Ya dijimos que antes de que fuera formulada formalmente en nuestra jurisprudencia la regla de la mitigación del daño, ésta había sido implícitamente aplicada en la STS, 1ª, 27.10.1992 en la que el vendedor, ante el incumplimiento del comprador de retirar y pagar las manzanas objeto del contrato, procedió, ante el inminente peligro de perecimiento del género, a la realización de su venta en subasta notarial previa citación del comprador incumplidor que no asistió. Nada puede reprocharse a un vendedor que no sólo realizó la venta de reemplazo con la rapidez que el perecimiento de la mercancía exigía, sino que la hizo mediante una subasta notarial, con las garantías y la publicidad que se le presume a este tipo de ventas y con citación del comprador incumplidor, lo que le otorgaba hasta última hora poder replantearse su situación e incluso poder cumplir el contrato. No cabe duda de que nos encontramos ante un supuesto en que el vendedor obró con una palmaria buena fe.

Existen múltiples resoluciones de tribunales extranjeros en las que se afirma que el vendedor perjudicado cumplió con la carga de mitigar.

En el laudo de 2.4.2007 de la *Federal Arbitration Court of the Volga-Vyatka Area* (Rusia)<sup>116</sup>, se consideró que el vendedor sí mitigó los daños derivados del pago parcial de las mercaderías al destinarlo a liquidar parte de los intereses de los préstamos suscritos para satisfacer una multa por el incumplimiento de la legislación cambiaria croata —derivada del incumplimiento del contrato por el comprador—, pero no de los préstamos mismos.

En la sentencia de 21.3.2006 de la *Gerechtshof Arnhem* (Países Bajos)<sup>117</sup>, en la que se contempla el supuesto de la celebración de un contrato de compraventa de muestras de pegatinas entre un vendedor belga y un comprador holandés debiendo hacerse en dos entregas. Después de recibir la primera, el comprador comunicó al vendedor mediante fax que no podía aceptar la segunda por la anulación de pedidos de sus propios clientes, y que tal vez una poco más adelante podrían reactivarse algunos pedidos — *“we shall attempt to rescue whatever we can and accept that number of goods for our clients that still wish to receive them”*—. Ante la posibilidad de un futuro cumplimiento

---

<sup>115</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html>.

<sup>116</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070402r1.html>.

<sup>117</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060321n1.html>.

del contrato, el vendedor procedió a almacenar la mercancía y casi un año después, sin haber tenido noticias del comprador, resolvió el contrato y vendió la mercancía. El tribunal sostuvo que el vendedor no había infringido el artículo 77 CISG, ya que las manifestaciones del comprador justificaban que hubiera confiado en que la mercancía acabaría siendo vendida.

En el laudo de 6.11.2003 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (China)<sup>118</sup>, ante la negativa del comprador de aceptar la tercera entrega de las mallas de fibra de vidrio, el vendedor pagó los gastos de transporte de ida y vuelta para reducir las pérdidas e intentar vender posteriormente la mercancía.

El laudo de 30.12.2002 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (China)<sup>119</sup>, resuelve el conflicto que surge entre un vendedor chino y un comprador luxemburgués que habían pactado la compraventa de 60 toneladas de manganeso. Una vez que llegaron al puerto de Rotterdam, no fueron aceptadas ni pagadas por el comprador. Tres días después, el agente de transporte marítimo en Rotterdam comenzó a cobrar una tarifa de sobreestadía y la cuota de alquiler del muelle, a lo que se sumó que el precio del manganeso comenzó a disminuir. Ante ello, el vendedor procedió a su costa a descargar y almacenar la mercancía para posteriormente realizar una venta de reemplazo; medidas que fueron consideradas por el tribunal como razonables.

La sentencia de 3.12.2002 de la *Handelsgericht des Kantons St. Gallen* (Suiza)<sup>120</sup>, en la que ante la falta de pago del precio de una máquina para la fabricación de textiles, el vendedor procedió al desmontaje y venta por piezas, el tribunal encargó un informe pericial para que determinara si el vendedor había actuado correctamente o si podía haber vuelto a vender la máquina en el mercado de segunda mano. El peritaje dictaminó que la máquina fue especialmente producida y especificada para la gama de productos que deseaba confeccionar el comprador y que eran muy pocas las posibilidades de su reventa a un precio razonable y adecuado.

En la sentencia de 17.11.2000 de la *Supreme Court of Queensland* (Australia)<sup>121</sup>, el tribunal admitió que la pronta subcontratación del buque original fue una medida razonable para minimizar los daños y perjuicios que sufrió el vendedor al tener un gran buque inmovilizado, a costa propia, y no poder emplearlo para enviar la chatarra de acero al comprador. También consideró que la reventa de la chatarra a otro comprador dentro de los dos meses posteriores a la fecha en que el vendedor aceptara la resolución del contrato por parte del comprador, claramente cumplía los requisitos previstos en el artículo 75 de la CIM, ya que se realizó dentro de un plazo razonable.

La reventa de mercaderías a un tercero, como paradigmática medida mitigadora del daño, se

---

<sup>118</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031106c1.html>.

<sup>119</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021230c1.html>.

<sup>120</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>.

<sup>121</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html>.

aborda, entre otras, en las resoluciones de: 12.9.2006 de la *Court of Appeals, 11th Circuit* (Estados Unidos)<sup>122</sup>, en la que ante la notificación del comprador de no aceptar más compuesto químico, el vendedor procedió a realizar una venta de reemplazo en el breve plazo de 17 días; 26.6.2003 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (China)*<sup>123</sup>, en la que un comprador chino celebró un contrato para la compra de 30.000 toneladas de alúmina a un vendedor de Hong Kong. El vendedor alegó que el comprador había incurrido en un incumplimiento del contrato al no emitir las cartas de crédito necesarias. Por ello, el vendedor revendió las mercancías a otros compradores a precios reducidos, y presentó una reclamación por las pérdidas causadas como consecuencia del incumplimiento del comprador, en particular por la pérdida de los beneficios previstos. Igualmente solicitó además el pago de intereses, las costas del arbitraje, los honorarios de los abogados y otros gastos; 4.2.2002 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (China)*<sup>124</sup>, el comprador tampoco emitió la carta de crédito para el pago del estireno monómero en el plazo de prórroga concedido por el vendedor que, ante el posible deterioro de las mercancías por su almacenamiento y sometimiento a altas temperaturas, resolvió el contrato y procedió a su reventa; 22.3.2001 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (China)*<sup>125</sup>: un vendedor chino y un comprador suizo celebraron una compraventa de alubias mung a precio libre a bordo. Entregadas e inspeccionadas en el puerto de carga, el comprador se negó a cargar y pagar la mercancía alegando que no era conforme. El vendedor, después de vencer la carta de crédito y con el fin de reducir las pérdidas, procedió a revender la mercancía que se encontraba almacenada en el puerto; 15.6.1994 de *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Austria)*<sup>126</sup>, que tuvo como árbitro único al prestigioso profesor Michael Joachim BONELL: vendedor y comprador pactaron la transmisión de planchas de metal laminado en frío. El comprador no pagó la primera partida y se negó a aceptar las siguientes; el vendedor las revendió a un precio inferior y reclamó el pago de las mercancías impagadas y la diferencia entre el precio pactado en el contrato inicial y en el de reemplazo; 14.1.1994 de la *Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania)*<sup>127</sup>: un vendedor italiano y un comprador alemán celebraron un contrato de compraventa de 140 pares de zapatos. Ante la falta de pago y de prestación de garantías del cobro, el vendedor resolvió el contrato y en el plazo de aproximadamente dos meses pudo vender la mayoría de los zapatos, unos al precio pactado en el contrato incumplido y la mayoría a un precio muy inferior, quedando algunos pares sin vender. El tribunal confirmó que el vendedor había actuado correctamente, pues una vez resuelto el contrato ofreció los zapatos a diferentes compradores minoristas que, dadas las fechas en las que se encontraban, ya se habían proveído de zapatos para su campaña comercial; 22.9.1992 de la

---

<sup>122</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html>.

<sup>123</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030626c1.html>.

<sup>124</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020204c1.html>.

<sup>125</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010322c1.html>.

<sup>126</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>.

<sup>127</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>.

*Oberlandesgericht Hamm* (Alemania)<sup>128</sup>: en la que vendedor italiano y comprador alemán acordaron la compraventa de 200 toneladas de bacon congelado que se entregarían en 10 lotes. El comprador, después de recibir y pagar los cuatro primeros lotes, se negó a recibir los restantes, viéndose el vendedor obligado a revenderlos a un precio inferior al pactado.

En algunos supuestos, los tribunales, en atención a las circunstancias concurrentes, han mantenido que no era exigible al vendedor la realización de una operación de reemplazo para reducir las pérdidas. Así, en las sentencias de 28.10.1999 de la *Oberlandesgericht Braunschweig* (Alemania)<sup>129</sup>, se consideró que el vendedor no incumplió el artículo 77 CISG por no realizar una operación de reemplazo antes de la finalización del periodo en el que la parte incumplidora podía exigir la entrega de la mercancía, ya que podría haberse dado la circunstancia de que habiendo procedido a vender las mercancías, el primer comprador las exigiera; de 1990<sup>130</sup> de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (China)<sup>131</sup>, porque no resultaba fácil para el vendedor revender las medias que habían sido especialmente confeccionadas de acuerdo con las especificaciones previas del comprador.

Según la sentencia de 24.1.2002 de la *Oberlandesgericht Graz* (Austria)<sup>132</sup>, el vendedor no incumplió la carga de mitigar el daño cuando realizó la venta de reemplazo de la máquina excavadora por el mismo precio en que la adquirió.

#### **b) Supuestos en los que hubo incumplimiento**

Nuestro Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre el incumplimiento de la mitigación de los daños por el vendedor. Ya se estudió como en la STS, 1ª, 28.1.2000 se concedió a la parte vendedora en concepto de lucro cesante una cantidad muy inferior a la solicitada en atención a que revendió los sacos de yuta a un precio inferior al ofrecido por el comprador que había incurrido en incumplimiento. Lo anterior llevó al TS a razonar que “no se puede afirmar, en consecuencia, que ante esa oferta de adquirir la demandada las repetidas 724.800 bolsas al precio de 70 pesetas unidad, la actora adoptara «las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida», vendiendo a los pocos días las bolsas a un tercero por un precio muy inferior”.

En la STS, 1ª, 23.5.2005 (RJ 2005\6364), aunque no se afirma expresamente, se redujo la indemnización a la que tenía derecho el vendedor por no mitigar los daños —los gastos de la última remesa—, al pretender seguir cumpliendo el contrato una vez avisado por el comprador para que no le remitiera la mercancía. Un supuesto parecido es el resuelto por el laudo de

---

<sup>128</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>.

<sup>129</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html>.

<sup>130</sup> Although currently dated 1990, precise date of proceeding not yet available.

<sup>131</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900000c1.html>.

<sup>132</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020124a3.html>.

29.9.1997 de la *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China)<sup>133</sup>, en la que se resolvió que el vendedor infringió el artículo 77 CISG al comprar más óxido de aluminio para una segunda entrega, siendo conocedor de que el comprador incumpliría el contrato como ya había sucedido con la primera partida de la mercancía. Ambas sentencias ponen de manifiesto cómo el conocimiento por el vendedor de que la mercancía ya no interesa al comprador, o que éste carece de capacidad económica para aceptarla, le impone siempre en atención de las circunstancias la adopción de medidas para evitar o mitigar los daños<sup>134</sup>.

También puede incumplirse la carga de mitigar por la no adopción de las medidas para evitar las penalizaciones sobre los ingresos en moneda extranjera. Así, en el laudo de 27.10.2004 del *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade* (Ucrania)<sup>135</sup>, un vendedor ucraniano entregó la mercancía al comprador húngaro que no la pagó, por lo que le reclamó su importe y la indemnización del daño emergente que representaba el importe de una multa que le habían impuesto las autoridades fiscales de Ucrania por el retraso en la devolución de divisas desde el extranjero. El Tribunal Arbitral sostuvo que el vendedor había incumplido la mitigación de los daños, ya que si hubiera presentado la reclamación en el plazo de 90 días desde la entrega de las mercaderías, la multa hubiera quedado sin efecto.

En la sentencia de 3.7.2003 del *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 16ª Câmara de Direito Privado* (Brasil)<sup>136</sup>, se invocó el incumplimiento del artículo 77 CISG como reproche de una especie de retraso desleal del vendedor, de aproximadamente un año desde el incumplimiento del contrato, en la reclamación de las sanciones y tipos de interés convencionales derivados del incumplimiento del contrato.

En la sentencia de 12.6.2001 de la *Cour d'Appel de Colmar* (Francia) se resolvió que la empresa fabricante de cárteres de vehículos podría haber mitigado las pérdidas si hubiera procedido a una venta de reemplazo, o hubiera reutilizado o amortizado de otra forma las mercancías<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970929c1.html>.

<sup>134</sup> Véase también la sentencia de 17.9.2003 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (China), en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030917c1.html>. Se insiste en dicha sentencia en que el vendedor tiene que evitar o reducir los daños al tener constancia de que es probable que el comprador no cumplirá el contrato.

<sup>135</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041027u5.html>. En similares términos la sentencia del mismo tribunal de 12.1.2004, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040112u5.html>: "According to art. 77 of the UN Convention on Contracts of International Sale of Goods of 1980 (CISG) "a party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach". Article 4 of the Law of Ukraine "On the Procedure for the Settlement of Payments in Foreign Currency" envisages that at the Tribunal's receipt of the action of a resident on recovery of debts from a non-resident arising as a result of non-observance by the non-resident of the terms established by the export-import contract, the calculation of the penalty for the currency that has not been received is suspended and the penalty for this period is not paid. Hence, had the [Seller] addressed this subject in time for the protection of the violated rights, [Seller] would have a possibility to prevent these losses; however, this was not done".

<sup>136</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070703b5.html>.

<sup>137</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>.

En la razonabilidad de la realización de una venta de reemplazo influye la naturaleza perecedera o no de la mercancía. Así, el laudo de 10.2.2000 del *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Rusia)<sup>138</sup> consideró que la inactividad del vendedor provocó que una parte significativa de los bienes se deteriorase y el resto fuera dado a organizaciones de caridad.

Muy discutible resulta la sentencia de 12.5.1995 de la *Landgericht Alsfeld* (Alemania)<sup>139</sup>, en la que se mantiene que el vendedor italiano no mitigó los daños al reclamar el precio de las mercancías impagadas al comprador alemán empleando los servicios de un abogado italiano en vez de uno alemán.

En la sentencia de 8.2.1995 de la *Oberlandesgericht München* (Alemania)<sup>140</sup> contemplado el supuesto de dos empresas que habían pactado la compraventa de once automóviles, cuando el vendedor comunicó que estaba en posición de hacer entrega de una parte, el comprador, debido a grandes fluctuaciones del tipo de cambio entre la lira italiana y el marco alemán, solicitó una demora en la entrega. Ante tal situación, el vendedor, comerciante de automóviles, canceló los pedidos con sus proveedores e hizo efectiva la garantía bancaria de parte del precio de compra que había recibido del comprador (55.000 marcos de los 400.000). El tribunal entendió que el vendedor no había adoptado las medidas razonables para mitigar las pérdidas, pues podía haber concedido un plazo adicional para el cumplimiento, o haber resuelto el contrato. Lo que carecía de justificación era que el vendedor, sin ni siquiera resolver el contrato, ejecutara la garantía de parte del precio de compra imputándolo a una especie de cláusula penal que no estaba pactada.

Afirma la sentencia de 25.8.1994 de la *Landgericht Düsseldorf* (Alemania)<sup>141</sup>, que incumple el vendedor la mitigación de los daños con la contratación de una agencia para que reclame el pago del precio no satisfecho por el comprador, cuando dicha agencia no cuenta con mejores medios para el cobro que quien la contrata.

La sentencia de 22.9.1992 de la *Oberlandesgericht Hamm* (Alemania)<sup>142</sup> calificó como irrazonable la venta de reemplazo de la mercancía en una cuarta parte del precio pactado en el contrato, lo que llevó al tribunal a calcular la indemnización aplicando el método previsto en el artículo 76 CISG.

---

<sup>138</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000210r1.html>.

<sup>139</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950512g1.html>.

<sup>140</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>.

<sup>141</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940825g1.html>.

<sup>142</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>.

#### 6.4. Conclusiones sobre las resoluciones jurisprudenciales y arbitrales relativas a la casuística sobre el cumplimiento o incumplimiento de la carga de mitigar

Una vez que han sido analizadas un amplio número de resoluciones nacionales y extranjeras, ratificamos lo ya afirmado de que ninguna medida puede ser a priori abstractamente considerada como razonable o no. El test de razonabilidad sólo será superado en atención a las circunstancias que concurran en cada caso, encontrándose la frontera de lo razonable en la posición que hubiera tomado una persona diligente y cautelosa en una situación similar. Además, debe existir un mínimo grado de proporcionalidad entre los daños que se pretenden evitar y las medidas que se adoptan para ello.

Se ha puesto de manifiesto el papel protagonista que tiene la operación de reemplazo como típica medida mitigadora. Ahora bien, en coherencia con lo expuesto, su idoneidad o razonabilidad en el caso concreto viene determinada por las circunstancias concurrentes (del momento, condiciones y precios razonables). Así, resulta adecuada cuando se realiza ante la falta de entrega de la mercancía y el peligro de incremento de su precio en el mercado; en los supuestos en los que el precio de la operación sustitutiva es superior al pactado en el contrato incumplido pero conforme con el de mercado<sup>143</sup>; cuando se recibe una mercancía defectuosa y se vende a un precio inferior al habitual, ante el riesgo de bajada del precio, la falta de respuesta del vendedor a la disconformidad y el peligro de que la mercancía se deteriore<sup>144</sup>.

Los plazos para la realización de una razonable operación de reemplazo también se encuentran determinados por la clase de mercancía de que se trate; no será igual la celeridad exigible para un producto perecedero que para aquellos que no lo son, o para aquellas cuya venta esté vinculada a un período del año (artículos de moda o prendas o calzados de temporada, etc.). En algunos casos se ha estimado razonable la realizada diecisiete días<sup>145</sup> o dos meses después del incumplimiento<sup>146</sup>, o incluso un año<sup>147</sup>. En otros se ha determinado que no estaba justificada su realización seis meses después, puesto que lo razonable hubiera sido para tal clase de mercancías revenderlas en dos o tres meses<sup>148</sup>.

No sólo son determinantes las características generales de las mercancías, sino también las especialidades o especificaciones realizadas en atención a las necesidades del primitivo comprador. En algunos casos los tribunales han tenido en consideración que las especiales

---

<sup>143</sup> Véase la STS, 1ª, 14.5.2003 (RJ 2003\4749).

<sup>144</sup> Véase el laudo de 7.4.2005 de la *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China).

<sup>145</sup> Véase la sentencia de 12.9.2006 de la *Court of Appeals, 11th Circuit* (Estados Unidos).

<sup>146</sup> Véase la sentencia de 14.1.1994 de la *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Alemania).

<sup>147</sup> Véase la sentencia de 21.3.2006 de la *Gerechtshof Arnhem* (Países Bajos).

<sup>148</sup> Véase la sentencia de 24.4.2006 de la *Hof van Beroep Antwerpen* (Bélgica).

características de la mercancía dificultaban considerablemente su reventa<sup>149</sup>.

Han sido consideradas irrazonables aquellas operaciones de reemplazo realizadas por un precio desproporcionado en relación al pactado en el contrato o al existente en el mercado en ese momento y para esa clase de mercancía. Así, cuando el vendedor revendió a una cuarta parte del precio pactado<sup>150</sup> o el comprador realizó una compra sustitutiva a precio muy superior al de mercado<sup>151</sup>.

También, en relación a la operación de reemplazo, debe advertirse que su calificación como razonable no sólo vendrá determinada por el momento de realizarla, por el precio o por las características de las mercancías, sino también por el esfuerzo realizado por el perjudicado para concluir un negocio alternativo. Un ejemplo sería el de la resolución que reprocha al comprador haberse limitado a buscar una mercancía sustitutiva sólo en su región, no habiéndolo intentado con proveedores de otra, o incluso del extranjero<sup>152</sup>.

Por lo que respecta a la reparación de las mercancías, en principio se admite su idoneidad, pero existen supuestos en los que se le ha negado o aceptado parcialmente argumentando que el comprador debería haber informado al vendedor de los defectos para que pudiera replantearse su situación, bien reparándolas directamente o encargándoselo a un tercero<sup>153</sup>. En cualquier supuesto, el coste de la reparación no puede ser excesivo.

También debe destacarse la predisposición de las partes en modificar el contrato mediante una renegociación de sus condiciones, que suele tener como protagonista el precio de la mercancía. Ejemplo de incumplimiento de mitigación sería el del vendedor que revendió los sacos de yuta a un precio inferior al ofrecido por el primitivo comprador, después de haberse negado a pagar el precio previsto en el contrato<sup>154</sup>. En cambio, sí ha sido considerada como medida mitigadora la rebaja del precio de la mercancía en los supuestos de ser defectuosa, o no ser de la calidad pactada, o entregarse con retraso<sup>155</sup>. El problema principal que conlleva la renegociación del contrato se encuentra en determinar dónde está su límite, hasta dónde debe ceder el perjudicado para no incurrir en incumplimiento de la carga. Por ello, se ha indicado que debe existir proporcionalidad entre el sacrificio del que sufre el incumplimiento y el daño que se pretende evitar, si bien debe recordarse que siendo el incumplidor con su comportamiento el que desencadena todo el proceso patológico de la relación contactual, tampoco se le puede exigir un

---

<sup>149</sup> Véase la sentencia de 3.12.2002 de la *Handelsgericht des Kantons St. Gallen* (Suiza).

<sup>150</sup> Véase la sentencia de 22.9.1992 de la *Oberlandesgericht Hamm* (Alemania).

<sup>151</sup> Véase la sentencia de 27.5.2008 de la *Cour d'Appel de Rennes* (Francia).

<sup>152</sup> Véase la sentencia de 2.9.1998 de la *Oberlandesgericht Celle* (Alemania).

<sup>153</sup> Véase el laudo de 31.1.2000 de *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China).

<sup>154</sup> Véase la sentencia de STS, 1ª, 28.1.2000 (RJ 2000\454).

<sup>155</sup> Véase la sentencia de 19.10.2006 de la *Oberlandesgericht Koblenz* (Alemania).

estándar de mitigación muy rígido. Un ejemplo sería la resolución en la que se acordó que el comprador no incumplió la carga al negarse a pagar por el acero un precio muy superior al inicialmente acordado<sup>156</sup>.

Por otra parte se ha afirmado que se incumplió con la carga al seguir utilizando una mercancía o incorporarla a un proceso de producción conociéndose que era defectuosa<sup>157</sup>. Así también como continuar empleando una máquina a sabiendas que debido a sus problemas técnicos o de instalación el producto manufacturado sería deficiente<sup>158</sup>; o en aquellos supuestos en los que no se inspeccionó la mercancía al recepcionarla, lo que hubiera impedido el nacimiento de los daños<sup>159</sup>; o ya, seguir fabricando el producto objeto del contrato o generar gastos (almacenamiento, carga y transporte) con el conocimiento de que el comprador no quiere o no tiene liquidez para cumplir el contrato<sup>160</sup>.

En definitiva, el perjudicado debe intentar que el incumplimiento le resulte lo menos perjudicial posible, logrando con ello el menor coste para el incumplidor. También se han considerado medidas mitigadoras otras tales como hacer frente a los gastos de transporte, descarga y almacenamiento de las mercancías para evitar su perecimiento<sup>161</sup>; pedir un préstamo para realizar una operación de reemplazo, acometer la reparación de una mercancía defectuosa o adoptar cualquier otra medida<sup>162</sup>; el desmontaje y venta por piezas de una maquinaria cuyas singularidades de fabricación la hacen de difícil venta en el mercado de segunda mano<sup>163</sup>.

En cualquier caso, insistimos, los hechos y circunstancias objetivas y subjetivas de las partes contratantes, del mercado, de la situación económica y de las características de la mercancía objeto del contrato, serán los parámetros que determinen la razonabilidad de las medidas.

---

<sup>156</sup> Véase la sentencia de 1.3.2006 dictada por el *Rechtbank Arnhem* (Países Bajos).

<sup>157</sup> Véanse las sentencias de 24.3.1999 del *Bundesgerichtshof* (Alemania); y de 27.5.2008 de la *Cour d'Appel de Rennes* (Francia).

<sup>158</sup> Véase el laudo número 9594 de 3.1999 de la Corte Internacional de Arbitraje.

<sup>159</sup> Véase el laudo de 24.1.2004 del *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Rusia).

<sup>160</sup> Véase la sentencia de STS, 1ª, 23.5.2005 (RJ 2005\6364) y los de laudos 29.9.1997 de la *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China) y 27.7.1999 el *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Rusia).

<sup>161</sup> Véase la sentencia de 30.12.2002 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (China).

<sup>162</sup> Véase el laudo de 2.4.2007 de la *Federal Arbitration Court of the Volga-Vyatka Area* (Rusia).

<sup>163</sup> Véase la sentencia de 3.12.2002 de la *Handelsgericht des Kantons St. Gallen* (Suiza).

## 7. El reembolso de los gastos

El perjudicado tiene derecho al reembolso de los gastos realizados al adoptar las medidas razonables para reducir o evitar los daños, con independencia de que dicha finalidad se haya logrado<sup>164</sup>. Como ha afirmado BONELLI (1997, pp. 321 y 322) *“il risarcimento comprende anche quei danni (in genere spese) in cui il danneggiato è incorso nel ragionevole tentativo di evitare o limitare i danni”*; de lo que se extrae que el coste de las medidas mitigadoras constituyen una partida más dentro de la indemnización.

Con el reembolso se pretende que el perjudicado que incurre en gastos al intentar mitigar el daño no tenga que soportar mayores sacrificios económicos. En definitiva, el reembolso encuentra su fundamento jurídico en el principio de reparación integral del daño, pues es una pérdida, daño emergente, lo que le ha ocasionado el incumplimiento.

Los presupuestos para que los gastos sean reembolsados son los siguientes: la adopción de medidas mitigadoras razonables, y que se trate de gastos necesarios e igualmente razonables conforme a las circunstancias.

Por lo que respecta al primer presupuesto, se exige que las medidas adoptadas resulten razonables considerando las circunstancias del momento en que se tuvo que elegir entre adoptarlas o no, sin tener en cuenta que finalmente hayan resultado infructuosas o no para contener o evitar el daño<sup>165</sup>. Si en el momento en que se adoptaron resultaban ser razonables, será indiferente para que cumpla con el presupuesto que analizamos que no haya mitigado los daños o que incluso los haya incrementado<sup>166</sup>.

LANDO y BEALE (2003, p. 659) ponen el siguiente ejemplo de intento razonable de aminorar el daño que, finalmente, acaba aumentándolo: *“Ejemplo 10: G celebra un contrato de suministro a largo plazo para comprar petróleo a H; las entregas deberán comenzar en el plazo de seis meses. Tres meses después sube mucho el precio del petróleo a causa de la amenaza de guerra en el Golfo y H se niega a seguir con el contrato. G resuelve el contrato rápidamente y celebra un negocio de sustitución con J al precio que se encuentra establecido en ese momento para los suministros a entregar tres meses después. Llegado el momento de la entrega, la amenaza de guerra ha desaparecido, lo que significa que G podría haber comprado el petróleo al precio original. De todos modos, G actuó de manera razonable al celebrar el*

<sup>164</sup> Sobre el reembolso de los gastos, véanse, entre otros: AUDIT (1990, p. 166); BONELLI (1997, pp. 321-323); CHENGWEI (2003, p. 23); CRISCUOLI (1972, pp. 604-606); McKENDRICK (2009, p. 903) y SOLER PRESAS (1997, pp. 627 y 628).

<sup>165</sup> SOLER PRESAS (1997, p. 628).

<sup>166</sup> En este sentido afirmó STREET (1962, p. 42) que *“if the plaintiff reasonably takes steps to mitigate his loss then he can recover expenses so incurred, and even if in the result his loss is greater than if he had not acted at all”*. Por su parte, McKENDRICK (2009, p. 903) indica los siguientes ejemplos: *“in case in which the aggrieved party incurs costs in seeking to enter into a substitute transaction, it is entitled to recover these expenses even in the case where the attempt to enter into a substitute transaction was unsuccessful. Reasonable expenses can be incurred even if they had the effect of increasing the total loss”*.

contrato de sustitución y tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios basándose en la diferencia entre el precio originalmente pactado en el contrato y el precio que tuvo que pagarle a J”.

El segundo presupuesto se refiere a que sólo se podrán recuperar aquellos gastos necesarios o razonables. La razonabilidad es, como afirma McKENDRICK (2009, p. 903), el límite fundamental del reembolso.

LANDO y BEALE (2003, p. 658) ponen el siguiente ejemplo de gastos recuperables: “Ejemplo 6: X compra el chalet de Y, cuya venta estuvo anunciada durante mucho tiempo. Más adelante, X cancela el contrato. Y decide celebrar un negocio de sustitución. Para poder vender de nuevo la casa, debe volver a anunciarla. Tiene derecho a recuperar el precio que suponga insertar de nuevo los anuncios, así como la diferencia entre el precio que X había aceptado pagar y el precio por el que, al final, se haya vendido el chalet”.

Entre otras muchas resoluciones que abordan la cuestión del reembolso de los gastos se pueden citar las de: 7.4.2005 de la *China International Economic & Trade Arbitration Commission*<sup>167</sup>, en la que el comprador recibió una mercancía que tras inspeccionarla resultó ser disconforme, y ante la demora del vendedor en recepcionarlas y la bajada del precio del algodón procedió a su venta a un tercero. El tribunal consideró que el comprador tenía derecho a los gastos de almacenamiento y de sobrestadía; 30.12.2002 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (China)*<sup>168</sup>, también estimó que se debía indemnizar por los mismos gastos que la anterior resolución, pero en esta ocasión era el comprador el que debía hacerlo al vendedor por los gastos sufragados por éste último; 22.3.2001 de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (China)*<sup>169</sup>, que dictaminó que el comprador había incumplido el contrato y tenía que pagar además de la diferencia entre el precio del contrato incumplido y el del contrato de reemplazo, los gastos de la nueva fumigación y almacenamiento de las mercancías, así como los honorarios de los abogados; en la ya citada resolución de 9.9.1994 de la *Federal District Court of New York (Estados Unidos)*<sup>170</sup> un comprador italiano, fabricante de aparatos de aire acondicionado, había comprado unos compresores a un fabricante estadounidense que resultaron ser disconformes a las especificaciones del contrato. El tribunal estimó que el comprador tenía derecho a los gastos efectuados para subsanar la falta de conformidad de los compresores y los de manipulación y embalaje.

Al principio de este epígrafe se ha dicho que el coste de las medidas mitigadoras constituye una partida indemnizatoria más, y ello, junto al reembolso de las medidas que ponen de manifiesto las resoluciones anteriores (almacenamiento, sobrestadía, fumigación, reparación, manipulación y embalaje), lleva a concluir que daños no contemplados al momento de celebrar las partes el

---

<sup>167</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050407c1.html>.

<sup>168</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021230c1.html>.

<sup>169</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010322c1.html>.

<sup>170</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>.

contrato por no resultar previsibles, y por tanto no indemnizables, acaban siéndolo<sup>171</sup>.

### ***8. La reducción de la indemnización en la cuantía de las pérdidas evitables o mitigables***

La reducción de la indemnización de las pérdidas evitables constituye el efecto fundamental del incumplimiento de la carga de mitigar el daño, de ahí que se haya afirmado que la regla analizada tenga como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*<sup>172</sup>. Cuando según las circunstancias resultaba razonable que el perjudicado hubiera adoptado medidas mitigadoras y no lo hizo, o no de forma adecuada, la parte incumplidora tiene derecho a que se reduzcan de la suma indemnizatoria el coste de mitigación omitido<sup>173</sup>. En definitiva, el alcance de la indemnización vendrá representado por la suma de los daños que resulten inevitables y del coste de aquellas medidas que razonablemente deberían haberse adoptado. Ello lleva, como afirma SOLER PRESAS (1997, p. 628), “a comparar la situación existente con la que hipotéticamente existiría de haberse cumplido el deber de mitigar”.

ADAME GOODARD (1992, p. 504) pone el siguiente ejemplo: “el vendedor informa al comprador que no podrá entregarle la maquinaria convenida al precio de 50,000 USD que se había fijado en el contrato, sino sólo al precio de 60,000 USD. Al momento de recibir esta comunicación, el comprador podía haber adquirido la maquinaria con otro proveedor al precio de 55,000 USD, pero en vez de resolver el contrato y proceder a una compra de reemplazo, estuvo insistiendo durante tres meses en que el vendedor le entregase la maquinaria en el precio convenido. Finalmente, viendo que el vendedor no entregará, el comprador decide resolver el contrato y proceder a una compra de reemplazo al precio de 58,000 USD. Cuando el comprador exija al vendedor que le reembolse los 8,00 dólares que tuvo que pagar de más por la maquinaria, el vendedor podrá hacer que se rebaje esa suma en 3,00 que es el equivalente de la pérdida que el comprador hubiera evitado de haber procedido rápidamente a una compra de reemplazo al precio de 55,000 dólares”.

---

<sup>171</sup> Esta cuestión ya fue puesta de manifiesto de manera acertada por BONELLI (1997, p. 322) al indicar que “*le spese fatte dal danneggiato nel ragionevole tentativo di evitare o limitare i danni costituiscano un danno che non era prevedibile al momento della conclusione del contratto, e che quindi come tale non dovrebbe essere risarcibile in base alla regola che si è ora indicata*”.

<sup>172</sup> Sobre la reducción de la indemnización, véanse, entre otros: ADAME GOODARD (1992, p. 504); CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1997, p. 322); KNAPP (1987, pp. 561-564); KOZIOL (2005, pp. 385-391); SOLER PRESAS (1997, p. 628) y STOLL (1987, pp. 589 y 590).

<sup>173</sup> Como indica McKENDRICK (2009, p. 903), la parte que incumple el contrato no debe responder de las pérdidas que sean atribuibles a la no adopción de medidas razonables.

## 9. La carga de la prueba

A la parte que ha incumplido el contrato le corresponde la carga de la prueba de que la otra parte no ha adoptado las medidas razonables para mitigar sus daños, puesto que es quien se beneficiaría de la reducción de la indemnización en proporción a los que eran evitables<sup>174</sup>. Un claro ejemplo de ello se recoge en la SAP Murcia, Civil, Sec. 4ª, 15.7.2010 (JUR 2010\296249), al conocer del conflicto surgido entre la empresa alemana “*Krane-Manchinen-Service GMBH & Co. Haldels-Kg*” y la española “*Grúas Andaluza, S.A.*”. Por el incumplimiento de la entrega de una grúa por la empresa española, la alemana, que a su vez la tenía revendida, interpone demanda y el tribunal condena a la vendedora al pago del lucro cesante dejado de obtener y declara que no se ha infringido el artículo 77 CISG puesto que “no se ha acreditado que hubiera existido la posibilidad de una compra de reemplazo y tampoco se ha acreditado que la parte demandante no hubiera adoptado las medidas que fueran razonables, atendidas las circunstancias, para reducir el perjuicio”.

Existen también resoluciones de tribunales extranjeros que han rechazado la aplicación del artículo 77 CISG por no probar quien solicita la reducción de la indemnización que el demandante pudo mitigar las pérdidas. Entre otras, las resoluciones de 20.4.2011 de la *Federal Court of Australia* (Australia)<sup>175</sup>; 19.12.2008 de la *Seoul Central District Court* (República de Corea)<sup>176</sup>; y 31.12.1999 de la *China International Economic & Trade Arbitration Commission* (China)<sup>177</sup>.

Desde una perspectiva procesal del artículo 77 CISG, CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1997, p. 322) indican que “es aplicable de oficio, en que no cabe presumir que el solicitante de la indemnización ha incumplido su deber de aminorar los daños y en que será el obligado a indemnizar el que deberá alegar la reducción de la indemnización: sobre él —se ha señalado— pesará la carga de la prueba de los hechos que justifiquen la posibilidad y conveniencia para aminorar el daño”. Alguna duda suscita la afirmación de que sea “aplicable de oficio”<sup>178</sup>. Podría darse la situación de que un tribunal, ante un incumplimiento de la carga de mitigar el daño, y su falta de alegación, pudiera aplicarla de oficio haciendo uso de los tan recurrentes, como flexibles criterios de moderación o del fondo de justicia material. No obstante

---

<sup>174</sup> Sobre la carga de la prueba, véanse, entre otros: BERNARDINI (1995, p. 714); CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1997, p. 322); McKENDRICK (2009, p. 904) y SOLER PRESAS (1997, p. 627).

<sup>175</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110420a2.html>.

<sup>176</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081219k3.html>.

<sup>177</sup> En <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991231c1.html>.

<sup>178</sup> STOLL (1987, p. 590) también se muestra a favor del examen de oficio por el tribunal de la mitigación de los daños al indicar que “*in line with the basic principle of avoidable loss, Article 77 not only grants a defence to a claim for damages which can be pleaded by the party liable to pay damages, but a court must consider of its own motion whether the defences applies. The party liable to pay damages bears the burden of proving that the conditions for the availability of the defence actually exist*”.

ello, que se trate de una regla aplicable por los tribunales de oficio parece discutible, máxime cuando la jurisdicción civil se encuentra presidida por el principio de rogación.

### 10. Tabla de jurisprudencia citada

#### *Tribunal Supremo*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 6.5.1960	RJ 1960\1716	Juan Serrada Hernández
STS, 1ª, 27.10.1992	RJ 1992\8363	Francisco Morales Morales
STS, 1ª, 15.2.1994	RJ 1994\1315	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 15.11.1994	RJ 1994\8488	Francisco Morales Morales
STS, 1ª, 3.3.1998	RJ 1998\926	Román García Varela
STS, 1ª, 28.1.2000	RJ 2000\454	Pedro González Povedano
STS, 1ª, 14.5.2003	RJ 2003\4749	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 23.5.2005	RJ 2005\6364	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 28.10.2005	RJ 2005\7352	Vicente Luis Montés Penadés
STS, 1ª, 30.4.2007	RJ 2007\2391	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 18.3.2010	RJ 2010\2404	Román García Varela

#### *Audiencias Provinciales*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Barcelona, Civil, Sec. 1ª, 2.2.2004	JUR 2004\91344	Francisco Javier Pereda Gámez
SAP Zaragoza, Civil, Sec. 4ª, 31.3.2009	JUR 2009\221573	María Jesús de Gracia Muñoz
SAP Murcia, Civil, Sec. 4ª, 15.7.2010	JUR 2010\296249	Juan Martínez Pérez
SAP Barcelona, Civil, Sec. 14ª, 8.3.2012	JUR 2012\150503	María del Carmen Vidal Matínez
SAP Murcia, Civil, Sec. 1ª, 25.5.2012	JUR 2012\232460	María Pilar Alonso Saura

*Juzgado de Primera Instancia*

<i>Lugar y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SJPI Fuenlabrada, Civil, 11.5.2012	JUR 2012\211398	Jesús Miguel Alemany Eguidazu

*Sentencias y laudos extranjeros*

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Fuente</i>
China International Economic and Trade Arbitration Commission (China)	1990	CISG DATABASE CISG/1990/01
China International Economic and Trade Arbitration Commission (China)	16.12.1991	CISG DATABASE CISG/1991/05
Oberlandesgericht Hamm (Alemania)	22.9.1992	CISG DATABASE 19 U 97/91
Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	1994	CISG DATABASE 7331 of 1994
Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania)	14.1.1994	CISG DATABASE 17 U 146/93
Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Austria)	15.6.1994	CISG DATABASE SCH-4366
Landgericht Düsseldorf (Alemania)	25.8.1994	CISG DATABASE 31 O 27/92
Federal District Court of New York (Estados Unidos)	9.9.1994	CISG DATABASE 88-CV-1078
Oberlandesgericht München (Alemania)	8.2.1995	CISG DATABASE 7 U 1720/94
Landgericht Alsfeld (Alemania)	12.5.1995	CISG DATABASE 31 C 534/94
Amtsgericht München (Alemania)	23.6.1995	CISG DATABASE 271 C 18968/94
Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	1996	CISG DATABASE 8740 of October 1996
Oberster Gerichtshof (Austria)	6.2.1996	CISG DATABASE 10 Ob 518/95
Schiedsgericht der Handelskammer	21.3.1996	CISG DATABASE Partial award of 21 March 1996

Hamburg (Alemania)		
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	15.11.1996	CISG DATABASE CISG/1996/52
Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	1997	CISG DATABASE 8855 of 1997
Oberlandesgericht Köln (Alemania)	8.1.1997	CISG DATABASE 27 U 58/96
Oberlandesgericht Hamburg (Alemania)	28.2.1997	CISG DATABASE 1 U 167/95
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	2.6.1997	CISG DATABASE CISG/1997/14
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	18.8.1997	CISG DATABASE CISG/1997/26
Oberlandesgericht Köln (Alemania)	21.8.1997	CISG DATABASE 18 U 121/97
International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (Rusia)	2.9.1997	Unilex
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	29.9.1997	CISG DATABASE CISG/1997/28
Oberlandesgericht Celle (Alemania)	2.9.1998	CISG DATABASE 3 U 246/97
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	25.12.1998	CISG DATABASE CISG/1998/11
Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	1999	Unilex
Bundesgerichtshof (Alemania)	24.3.1999	CISG DATABASE VIII ZR 121/98
Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest (Hungría)	25.5.1999	CISG DATABASE VB 97142
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation	27.7.1999	CISG DATABASE 302/1996

Chamber of Commerce and Industry (Rusia)		
Oberlandesgericht Braunschweig (Alemania)	28.10.1999	<i>CISG DATABASE 2 U 27/99</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	31.12.1999	<i>CISG DATABASE CISG/1999/32</i>
Landgericht Darmstadt (Alemania)	9.5.2000	<i>CISG DATABASE 10 O 72/00</i>
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Rusia)	6.6.2000	<i>CISG DATABASE 406/1998</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	31.1.2000	<i>CISG DATABASE CISG/2000/09</i>
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Rusia)	10.2.2000	<i>CISG DATABASE 340/1999</i>
Supreme Court of Queensland (Australia)	17.11.2000	<i>CISG DATABASE Civil Jurisdiction No. 10680 of 1996</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	22.3.2001	<i>CISG DATABASE CISG/2001/02</i>
Cour d'Appel de Colmar	12.6.2001	<i>CISG DATABASE 1 A 199800359</i>
Oberlandesgericht Graz (Austria)	24.1.2002	<i>CISG DATABASE 4 R 219/01k</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	4.2.2002	<i>CISG DATABASE CISG/2002/03</i>
Handelsgericht des Kantons St. Gallen (Suiza)	3.12.2002	<i>CISG DATABASE HG.1999.82-HGK</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	30.12.2002	<i>CISG DATABASE CISG/2002/30</i>
Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry (Suiza)	31.1.2003	<i>Unilex</i>

China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	19.6.2003	<i>CISG DATABASE CISG/2003/09</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	26.6.2003	<i>CISG DATABASE CISG/2003/10</i>
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 16 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado (Brasil)	3.7.2003	<i>CISG DATABASE 1.170.013-1</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	17.9.2003	<i>CISG DATABASE CISG/2003/14</i>
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 16 <sup>a</sup> Câmara de Direito Privado (Brasil)	3.7.2003	<i>CISG DATABASE 1.170.013-1</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	6.11.2003	<i>CISG DATABASE CISG/2003/25</i>
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Russia)	24.1.2004	<i>CISG DATABASE 54/1999</i>
Hof van Beroep Gent (Bélgica)	10.5.2004	<i>CISG DATABASE 2003/AR/2026</i>
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade (Ucrania)	12.1.2004	<i>CISG DATABASE Unavailable</i>
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade (Ucrania)	27.10.2004	<i>CISG DATABASE Unavailable</i>
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade (Ucrania)	2005	<i>CISG DATABASE Unavailable</i>
China International Economic & Trade Arbitration Commission (China)	7.4.2005	<i>CISG DATABASE CISG/2005/01</i>

Efetio Lamias (Grecia)	2006	CISG DATABASE 63/2006
Rechtbank Arnhem (Países Bajos)	1.3.2006	CISG DATABASE Zaaknummer / rolnummer: 125903 / HA ZA 05-682
Gerechtshof Arnhem (Países Bajos)	21.3.2006	CISG DATABASE Rolnummer 03/1021
Hof van Beroep Antwerpen (Bélgica)	24.4.2006	CISG DATABASE 2002/AR/2087
Court of Appeals, 11th Circuit (Estados Unidos)	12.9.2006	CISG DATABASE 05-13995
Oberlandesgericht Koblenz (Alemania)	19.10.2006	CISG DATABASE 6 U 113/06
Obergericht des Kantons Thurgau (Suiza)	12.12.2006	CISG DATABASE ZBR.2006.26
World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center (Italia)	25.1.2007	Unilex
Federal Arbitration Court of the Volga-Vyatka Area (Rusia)	2.4.2007	CISG DATABASE A43-21560/2004- 27-724
Cour d'Appel de Rennes (Francia)	27.5.2008	CISG DATABASE 07/03098
Seoul Central District Court (República de Corea)	19.12.2008	CISG DATABASE 2007Gahap97810
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Brasil)	20.5.2009	CISG DATABASE Apelação Cível no. 70025609579
Federal Court of Australia (Australia)	22.4.2011	CISG DATABASE VID 1080 of 2010

## 11. Bibliografía

Jorge ADAME GODDARD (1992), "Las obligaciones del comprador en la compraventa internacional", *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, pp. 471-504.

--- (1994), *El contrato de compraventa internacional*, McGraw-Hill, México.

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN *et alii* (2011), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona.

Willian ANSON (1969), *Anson's Law of contract*, 23ª ed., Oxford University Press, Oxford.

--- (2010), *Anson's Law of contract*, 29ª ed., Oxford University Press, Oxford.

Bernard AUDIT (1990), *La vente internationale de marchandises*, L.G.D.J., Paris.

Alessandra BERNARDINI (1995), "La compravendita mobiliare e il dovere di limitare il danno alla luce dell'art. 1227, comma 2º, C.C. e della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980", *Diritto del Commercio Internazionale*, pp. 711-741.

Herbert BERNSTEIN & Joseph LOOKOFKY (2003), *Understanding the CISG in Europe*, 2ª ed., Kluwer Law International, London.

Franco BONELLI (1997), "La responsabilità per danni", en Michael Joachim BONELLI & Franco BONELLI, *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Giufrè Editore, Milano, pp. 307-338.

--- (2012), "Il «risarcimento dei danni» nei Principi Unidroit, nella Convenzione di Vienna del 1980 e nel diritto italiano", *Diritto del Commercio Internazionale*, pp. 851-864.

Andrew BURROWS (1987), *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Butterworth, London.

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

Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1997), "Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías", en Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dirs.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, pp. 144-399.

Ángel CARRASCO PERRERA (2010), *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona.

Liu CHENGWEI (2003), *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, pp. 1-50 (consulta 27.5.2014).

Giovanni CRISCUOLI (1972), "Il dovere di mitigare il danno subíto", *Rivista di Diritto Civile*, Año XVIII, pp. 553-606.

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

Yves DERAÏNS (1985), *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*.

--- (1987), "L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 4, pp. 375-382.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1973), *Estudios sobre la jurisprudencial civil*, T. I, 2ª ed., Tecnos, Madrid.

--- (2000), *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid.

--- (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 6ª ed., Civitas, Madrid.

--- (2011), "La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2130, pp. 1-9.

Luis DíEZ-PICAZO, Encarna ROCA TRIAS y Antonio Manuel MORALES MORENO (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid.

Dan DOBBS (1973), *Handbook on the Law of Remedies*, West Publishing, Minnesota.

Michael ELLAND-GOLDSMITH (1987), "La «mitigation of damages» en Droit Anglais", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 4, pp. 347-358.

Fritz ENDERLEIN & Dietrich MASKOW (1992), *International Sales Law*, Oceana Publications, New York-London-Rome.

Nieves FENOY PICÓN (2010), "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, pp. 47-136.

--- (2011), "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, pp. 1481-1683.

Enrique FERNÁNDEZ MASÍÁ (2000), "Sentencia de 28 de enero 2000", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, T. 53, núm. 1447, pp. 673-689.

Lon FULLER & Willian PERDUE (1957), *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona.

María Paz GARCÍA RUBIO (2011), "La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2130, pp. 1-15.

Fernando GÓMEZ POMAR (2007), "El incumplimiento contractual en el Derecho Español", *InDret* 3/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 1-49.

Bernard HANOTIAU (1987), "Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 4, pp. 393-405.

John HONNOLD (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*,

3ª ed., Kluwer Law International, Deventer-Boston.

Rafael ILLESCAS ORTIZ y María del Pilar PERALES VISCASILLAS (2003), *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Anne KEIRSE (2011), "Why the Proposed Optional Common European Sales Law Has Not, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss", *European Review of Private Law*, vol. 19, núm. 6, pp. 951-976.

Victor KNAPP (1987), "Comentario a los arts. 74 a 77 CISG", en Michael Joachim BONELL (Coord.), *Commentary on the International Sales Law, The 180 Vienna Sales Convention*, Giufré, Milán, pp. 538-567.

Alexander KOMAROV (2008), "The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments", en Djakhongir SAIDOV y Ralph CUNNINGTON (Eds.), *Contract Damages*, Hart Publishing, Oxford-Portland, pp. 245-264.

Helmut KOZIOL (2005), "Reduction in damages according to article 77 CISG", *The Journal of Law and Commerce*, T. 25, núm. 1, pp. 385-391.

Ole LANDO & Hugh BEALE (2003), *Principios de Derecho Contractual. Partes I y II*, Consejo General del Notariado, Madrid.

Joseph LOOKOFSKY (2008), *Understanding the CISG*, 3ª ed., Wolters Kluwer, The Netherlands.

Alessandra MARI (2005), "Comentario a los arts. 9:501 a 9:510 PECL", en Luisa ANTONIOLLI & Anna VENEZIANO (Eds.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, pp. 443-479.

Joan MARSAL GUILLAMET y Elena LAUROBA LACASA (2003), "Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios", en Santiago ESPIAU ESPIAU y Antoni VAQUER ALOY (Eds.), *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 459-470.

Harvey MCGREGOR (1997), *Contract Code*, Traducción y nota preliminar por José María DE LA CUESTA SÁENZ y Carlos VATTIER FUENZALIDA, Bosch Editor, Barcelona.

--- (2003), *On Damages*, 17ª ed., Thonson, London.

--- (2008), "The Role of Mitigation in the Assessment of Damages", en Djakhongir SAIDOV y Ralph CUNNINGTON (Eds.), *Contract Damages*, Hart Publishing, Oxford-Portland, pp. 329-346.

Ewan McKENDRICK (2009), "Section 4: Damages", en Stefan VOGENAUER & Jan KLEINHEISTERKANP (Eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 864-926.

Friedrich MOMMSEN (1855), *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2006), *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid.

--- (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid.

--- (2012), "Claves de la modernización del derecho de los contratos", en Lorenzo PRATS ALBENTOSA (Coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, T. III-1, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 319-425.

David MORÁN BOVIO (2003), "Comentario al art. 7.4.8 (Atenuación del daño)", en David MORÁN BOVIO (Coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 368-370.

Susana NAVAS NAVARRO (1998), "El incumplimiento de la obligación", en Lluís PUIG i FERROL, María del Carmen GETE-ALONSO y CALERA Jacinto, GIL RODRÍGUEZ y José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil. II Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil y teoría general del contrato*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, pp. 253-271.

--- (2000), "El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)", *Actualidad Civil*, núm. 4, pp. 1235-1262.

---(2004), *El incumplimiento no esencial de la obligación*, Reus, Madrid.

Anthony OGUS (1973), *The Law of Damages*, Butterworths, London.

--- (2010), "Measure of damages: expectation, reliance and opportunity cost", en Pierre LAROUCHE y Filomena CHIRICO (Eds.), *Economic Analysis of the DCFR*, Sellier, Munich, pp. 133-145.

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (2000), "Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el "deber de mitigar" "ex" artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000,454)", *Revista de Derecho Patrimonial*, T. I, núm. 5, pp. 203-219.

--- (2009), "Comentario a la Sentencia de 7 de Julio 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, T. 80, pp. 611-629.

--- (2012), "Tema 10. Remedios frente al incumplimiento", en Ángel Manuel LÓPEZ y LÓPEZ y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Eds.), *Derecho Civil Patrimonial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 249-285.

Elisabeth OPIE (2007), "Mitigation of losses: Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG", en John FELEMEGAS (Ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, New York, pp. 226-231.

María Luisa PALAZÓN GARRIDO (2003), "Importancia de la tensión "civil law-common law" en la elaboración de los Principios del Derecho Contractual Europeo", en Sixto SÁNCHEZ LORENZO y Mercedes MOYA ESCUDERO (Eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, pp. 293-314.

--- (2005), "El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios", en Juan Miguel OSSORIO SERRANO (Ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Universidad de Granada, pp. 75-91.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1989), "Resolución por incumplimiento e indemnización", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLII, pp. 1143-1168.

---(1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVI, pp. 1719-1745.

Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (2013), *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson, Madrid.

Robert Joseph POTHIER (1993), *Tratado de las obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824 publicada bajo la dirección de M. DUPIN, Heliasta, Buenos Aires.

Encarnación ROCA TRIAS (2011), "El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2132, pp. 1-23.

Francisco SÁNCHEZ CALERO (2001), "Comentario al art. 17", en Francisco SÁNCHEZ CALERO (Director), *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, pp. 300 a 309.

Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2011), "La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las Bermudas", en Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (Dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, pp. 448-482.

Lilian Cecilia SAN MARTÍN NEIRA (2012), *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio jurídico-comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Clive M. SCHMITTHOFF (1961), "The Duty to Mitigate", *The Journal of Business Law*, pp. 361-367.

Urs SCHWEIZER (2010), "Remedies for Non-Performance: Chapter 3 of Book III of the DCFR from an Economist's Perspective", en Pierre LAROCHE y Filomena CHIRICO (Editores), *Economic Analysis of the DCFR*, Sellier, Munich, pp. 147-167.

Ana SOLER PRESAS (1995), "El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVIII, pp. 951-969.

--- (1997), "Comentario a los arts. 75 a 77 CV", en Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, pp. 609-628.

--- (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Navarra.

--- (2009), "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", *InDret 2/2009* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 1-32.

Hans STOLL (1987), "Comentario a los arts. 74 a 77 CISG", en Peter SCHLECHTRIEM (Editor), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed. traducida, Traducción de Geoffrey THOMAS, Clarendon Press, Oxford, pp. 552-590.

Harry STREET (1962), *Principles of the Law of Damages*, Sweet & Maxwell Limited, London.

Denis TALLON (1997), "Les dommages-intérêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerce internacional", en Michael Joachim BONELL y Franco BONELLI (Eds.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Giuffrè, Milán, pp. 295-305.

Guenter TREITEL (1991), *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press, New York.

--- (1999), *The Law of Contract*, 10ª ed., Sweet&Maxwell, London.

Murielle VAN DER MERSCH & Denis PHILIPPE (2001), "L'inexécution dans les contrats du commerce international", en Marcel FONTAINE & Geneviève VINEY (Dirs.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, pp. 701-781.

Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE (2000), *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona.

Agustín VIGURI PEREA (2007), *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

P.J. VISSER & J.M. POTGIETER (1998), *Law of damages*, 2ª ed., Juta & Co, Ltd., Claremont.

Guillaume WEISZBERG (2004), "Obligation de minimiser le dommage et «raisonnable» en Droit du Commerce International", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 2, pp. 181-197.

Bernardo WINDSCHEID (1925), *Il diritto delle pandette*, T. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino.

Juan Antonio XIOL RÍOS (2011), "Criterios de imputación en la responsabilidad contractual", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2132, pp. 1-9.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2001), *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid.

Bruno ZELLER (2007), "Mitigation of damages: Comparison between the provisions of the CISG (Art. 77) and the counterpart provisions of the Principles of European Contract Law (Art. 9:505)", en John FELEMEGAS (Ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, New York, pp. 486-490.

Bruno ZELLER (2009), *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2ª edición, Oxford University Press, New York.