

LILIAN C.

SAN MARTÍN NEIRA

LA CARGA DEL PERJUDICADO
DE EVITAR O MITIGAR EL DAÑO
ESTUDIO HISTÓRICO-COMPARADO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA



PRÓLOGO	17
INTRODUCCIÓN	21
I. El problema del “quantum respondeatur”. Alcance del principio de reparación integral del daño	21
II. El objetivo de la obra: la posibilidad de considerar el “daño evitable” parámetro de delimitación del “quantum respondeatur”	27
III. En Chile y América Latina en general falta una disposición legal que imponga al perjudicado el “deber de evitar el daño”: atisbos doctrinarios y jurisprudenciales de su existencia. Necesidad de un estudio sistemático en la materia	29
IV. El recurso al derecho romano como método para determinar las reglas que rigen el “daño evitable” en el subsistema jurídico latinoamericano	34
CAPÍTULO PRIMERO	
EL QUANTUM RESPONDEATUR EN EL DERECHO ROMANO	39
I. Premisa: origen histórico de la obligación de resarcimiento, su relación con el “proceso” en que se hacía valer	41
II. Resarcimiento en el período arcaico: proceso por “legis actionis”	42
III. Resarcimiento en el proceso formulario: la “summa condemnationis” como consecuencia de la estructura de la fórmula	43
A. El resarcimiento en las fórmulas con <i>condemnatio</i> en “ <i>quanti ea res</i> ”	49
B. El “ <i>id quod interest</i> ”: criterio subjetivo de determinación de la cuantía de la condena. Influencia de la cláusula “ <i>ex fide bona</i> ”	50
C. El resarcimiento en las fórmulas con “ <i>condemnatio</i> ” en “ <i>bonum et equum</i> ”	52
IV. El resarcimiento en el derecho posclásico: generalización del “ <i>id quod interest actoris</i> ”	53
V. Limitación del resarcimiento al “ <i>duplum</i> ” por obra del emperador Justiniano: C.7.47	56

CAPÍTULO SEGUNDO

INFLUENCIA DE LA PROPIA NEGLIGENCIA EN EL QUANTUM

RESPONDEATUR EN EL DERECHO ROMANO: EXCLUSIÓN

DEL DAÑO EVITABLE DE LA SUMMA CONDEMNATIONIS

		63
I.	La diligencia como valor en el mundo romano	65
II.	El “deber” de diligencia consigo mismo	66
	A. Más que de “deber” cabe hablar de “carga” de diligencia consigo mismo: distinción entre carga y deber con base en los postulados del derecho moderno. Las cargas en la relación obligatoria	68
III.	La diligencia del “bonus, prudens pater familias” como paradigma de la diligencia consigo mismo	72
IV.	La “neglegentia” constituye culpa. “Culpa sua” como reproche a la conducta de la víctima. D.50.17.203	75
V.	La culpa del perjudicado y su influencia en la “quantum respondeatur”: “compensación de culpas”. Posibilidad de dividir la responsabilidad entre víctima y victimario	80
	A. Una demostración de la posibilidad de repartir la “responsabilidad” entre los sujetos pasivo y activo de la acción: D.14.1.7pr.	85
	B. El carácter innovador de Juliano en materia de “quantum respondeatur” justifica la autoría de la solución en orden a la disminución de la “summa condemnationis”	90
	C. El no resarcimiento del mayor daño sufrido “ex culpa sua”: D.21.1.23.8	96
	D. El no resarcimiento del mayor daño causado “ex domini neglegentia”. El daño evitable en materia extracontractual: D.9.2.52pr.	101
	E. La “negligentia domini” como factor de interrupción del nexo causal: la carga de diligencia como parte integrante de la conducta esperada del buen ciudadano romano	107
	F. Circunscripción de la responsabilidad del agente a los daños (inevitables) “causados” por él	110
	G. La necesidad de ejercitar las propias herramientas procesales: daño evitable según Labeón en D.19.2.60.2	112
	H. (<i>sigue</i>) La solución de Labeón: la carga de diligencia se une a la conservación del <i>synallagma</i> contractual	115
VI.	El daño evitable en la obra de Paulo. Premisa	118
	A. El vendedor no debe los gastos que el comprador evicto pueda obtener del reivindicante: D.19.1.43-45.1	119

	B. El acreedor debe soportar los daños que tengan como causa concreta su falta de diligencia: D.19.1.21.3 a la luz de la carga de diligencia consigo mismo	126
VII.	Líneas generales de la institución en el derecho romano: en el derecho romano la evitación del daño constituía una carga cuya inobservancia conllevaba la “culpa” del gravado	129

CAPÍTULO TERCERO

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PREVISIBILIDAD

Y DE LAS “CONSECUENCIAS INMEDIATAS Y DIRECTAS”

COMO CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE:

CONSAGRACIÓN EN EL CODE CIVIL 133

I.	Premisa: la importancia de estudiar el Code civil en esta materia aunque no contenga disposiciones que regulen expresamente la negligencia del perjudicado	135
II.	El derecho contractual en Francia hasta el siglo XVI: aspectos característicos del sistema contractual germánico, obsolescencia de estas reglas ante el auge del comercio	136
III.	Interpretación medieval de C.7.47 y su relación con D.19.1.21.3. Distinción entre “interesse singularis”, “commune” y “conventum”. Distinción entre “interesse circa rem” y “extra rem”	139
IV.	Du Moulin y la nueva interpretación de C.7.47	142
	A. La justificación de C.7.47 a través del criterio de “previsión”	146
	B. La influencia de la culpa del perjudicado en el “quantum respondeatur” según Du Moulin: la culpa del acreedor no debe agravar ni mejorar la condición del deudor, exclusión de la regla del “todo o nada”	147
	C. “Non habetur ratio damni, quod vitari potuit”	149
	D. Exclusión del daño que surge “ex novo casu”, falta de descripción al respecto	150
	E. El daño evitable y su relación con la “causalidad” y previsibilidad. Daño evitable y dolo del deudor	151
V.	El iusnaturalismo frente al resarcimiento del daño. La formulación de la obligación de resarcimiento en términos generales y abstractos	153
	A. El iusnaturalismo en Francia: el resarcimiento del daño en la obra de Domat, generalidades. Arrinconamiento definitivo de C.7.47	154

	B. Domat y el daño “previsible”. La previsibilidad del perjuicio justifica la limitación del resarcimiento en las obligaciones dinerarias	157
	C. Los problemas de causalidad en la obra de Domat: el daño resarcible ha de tener como “única causa” el incumplimiento del deudor	158
	D. Domat y la posibilidad de evitar el daño: la necesidad de la consecuencia como criterio para determinar si procede o no el resarcimiento	162
	E. Otras cuestiones relacionadas con el resarcimiento en la obra de Domat: el ánimo del culpable, los medios económicos de éste y la prudencia del juez como dirimente final de todas las cuestiones relacionadas con el resarcimiento	165
VI.	El resarcimiento del daño en la obra de Pothier. Generalidades	166
	A. Pothier y el daño previsible. Innovaciones con respecto a Du Moulin	168
	B. Pothier y la regla de Du Moulin según la cual no hay lugar al resarcimiento de los daños “ex novo casu”. Diferencias entre ambos autores. Acogida de las enseñanzas de Domat	170
	C. Las consecuencias innecesarias: negativa expresa al resarcimiento del daño que el acreedor “hubiera podido evitar”	173
	D. El daño evitable de frente al dolo del deudor. ¿Cambio de visual respecto de Du Moulin?	176
	E. Pothier y el cálculo de la “summa condemnationis” en consideración del daño evitable: exclusión de la regla del “todo o nada”	177
	F. La prudencia del juez, como dirimente final de todas las cuestiones relacionadas con el resarcimiento	178
	G. Colocación sistemática del daño evitable en la obra de Pothier: síntesis de los criterios de selección del daño resarcible. Convergencia de las enseñanzas de Du Moulin y Domat	178
VII.	La codificación de la obligación de resarcimiento en el “Code Napoléon”, 1804. Proyectos Cambacérés	180
	A. El resarcimiento del daño en el proyecto del año VIII	181
	B. El resarcimiento del daño en el texto definitivo. Limitación a las “consecuencias inmediatas y directas”, diferencias sustanciales en relación con el pensamiento de Pothier. Preterición de la necesidad del daño	182

VIII.	Las primeras interpretaciones del Code civil: Toullier y la inclusión del daño evitable en las “consecuencias mediatas e indirectas”	185
IX.	La escuela de la exégesis y su actitud de frente a los criterios de selección del daño resarcible	188
	A. El límite de la previsibilidad del daño según los exégetas. Criterio que se aplica solo en materia contractual	189
	B. El criterio de las “consecuencias inmediatas y directas” en la interpretación de los primeros años de la exégesis	191
	C. Abandono de la doctrina de Du Moulin, Domat y Pothier sobre el incumplimiento como causa exclusiva del daño. Acogida de la teoría de la “equivalencia de las condiciones”. El artículo 1151 contiene un principio general de derecho aplicable tanto en materia contractual como extracontractual	192
X.	La consideración del daño que el acreedor hubiera podido evitar: “criterio que no fue incluido en el Code civil”	194
	A. Subsistencia de opinión según la cual el perjudicado no está llamado a contener el propio daño en la doctrina y la jurisprudencia francesas del siglo XXI	196

CAPÍTULO CUARTO

EXCLUSIÓN DEL DAÑO EVITABLE DEL QUANTUM

RESPONDEATUR EN EL PANORAMA INTERNACIONAL

		203
I.	Premisa	205
II.	El código prusiano (ALR), 1794. Primer código moderno	205
	A. El ALR y la distinción entre consecuencias inmediatas, mediatas y casuales	206
	B. Distinción entre daños inmediatos, mediatos y casuales: exclusión del daño evitable del resarcimiento	207
III.	El Código Civil austriaco (ABGB-1811). Influencia de Christian Wolff. Daño evitable como hipótesis de “culpa” de la víctima	209
IV.	El Código Civil alemán (BGB-1900). Los postulados de la pandectística de frente a la extensión del resarcimiento, exclusión del daño evitable	213
	A. La codificación de la “obligación de resarcimiento” según los postulados de la pandectística	218
	B. El no resarcimiento del daño evitable como una hipótesis de culpa de la víctima: establecimiento del “deber jurídico de evitar el daño” derivado de la cláusula general de buena fe	219

V.	El Codice civile de 1865-1942. Acogida de los límites franceses al resarcimiento	224
	A. Acogida del “deber de evitar el daño” en Italia: antecedentes del artículo 1227 inc. 2.º del Codice civile de 1942	225
	B. Extensión del deber contractual de evitar el daño a la responsabilidad extracontractual. Dificultades	232
VI.	El daño evitable en el <i>common law</i> . Distinción entre “contributory negligence”, “duty to mitigate” y “further damages”	234
VII.	No resarcimiento del daño evitable en los instrumentos internacionales: CISG. Unidroit. PECL. Premisa	237
VIII.	El reconocimiento expreso del deber de evitar el daño en Bolivia y Perú	242

CAPÍTULO QUINTO

LA DELIMITACIÓN DEL QUANTUM RESPONDEATUR

EN LOS TRES CÓDIGOS MODELO DE LATINOAMÉRICA

		245
I.	El derecho latinoamericano como un subsistema del sistema jurídico romanista: “mos latinoamericanus iura legendi”	247
II.	Los tres códigos originarios como modelos para buscar la existencia del deber de evitar el daño en el sistema jurídico latinoamericano	251
III.	El Código Civil chileno o “Código de Bello” (1855)	253
	A. La obligación de resarcimiento en el código chileno	254
IV.	El <i>Esboço</i> de Teixeira de Freitas (1862-1867) y los códigos civiles brasileños (1916; 2002)	258
	A. La obligación de resarcir el daño en el ordenamiento brasileño	259
	B. El daño resarcible en el <i>Esboço</i>	259
	C. El daño resarcible en el código de 1916	261
	D. (<i>sigue</i>) El daño resarcible en el código del 2002	266
V.	El Código Civil de Vélez Sarsfield (1869)	270
	A. La obligación de resarcir el daño en el código argentino	271
	B. Las normas de los artículos 901 a 906 como “principios generales” que gobiernan la causalidad en el derecho argentino. Acogida de la “causa adecuada” como teoría para establecer el nexo causal	273

C.	Las normas de los artículos 519 a 522 como normas especiales para el “quantum respondeatur” de la responsabilidad contractual	281
VI.	Conclusión: en los tres códigos vistos falta una mención expresa del daño evitable	289
CAPÍTULO SEXTO		
UNA JUSTIFICACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DEL “DEBER DE EVITAR EL DAÑO” EN AMÉRICA LATINA		
		291
I.	Colocación sistemática del daño evitable como criterio de selección del daño resarcible: ¿problema atingente al nexo causal o criterio autónomo?	293
A.	Tesis según la cual el deber de evitar el daño no constituye un problema de causalidad jurídica. Crítica	294
B.	El deber de evitar el daño como parte de causalidad en cuanto criterio de selección del daño resarcible. Distinción entre causalidad de hecho y causalidad jurídica	299
C.	El deber de evitar el daño supone la causalidad de la omisión: necesidad de un deber jurídico que exija la actuación	302
II.	En búsqueda del “deber jurídico” de evitar el daño: verificación de la posibilidad de seguir a la doctrina italiana sobre la buena fe contractual	307
A.	El deber de evitar el daño como una manifestación del deber de cooperación entre las partes: noción de deber de cooperación	308
B.	La evitación del daño no constituye un deber propiamente tal, sino una “carga”: confirmación de que no es una consecuencia del “deber de cooperación”. La aplicación del daño evitable en materia extracontractual lleva a la misma conclusión	312
III.	Propuesta de recurrir a la analogía para identificar una “norma” que imponga al perjudicado la necesidad de evitar el daño	316
IV.	“Continuidad” del derecho romano en el sistema latinoamericano a través de los “principios generales del derecho”. Recuperación de la <i>ratio</i> romana del no resarcimiento del daño evitable	320
A.	El daño evitable como hipótesis de culpa de la víctima. Autorresponsabilidad del perjudicado	323
V.	Subsistencia de la carga de diligencia consigo mismo como principio general de sistema romanista de derecho	327

A.	La “carga de diligencia” que pesa sobre el acreedor cuyo crédito ha sido garantizado con fianza: (1) el acreedor negligente en la excusión de los bienes del deudor; (2) el acreedor que imposibilita la subrogación del fiador o disminuye las seguridades del crédito; (3) la omisión del acreedor en excutir al deudor cuando ha sido requerido por el fiador	329
1.	El acreedor negligente en la excusión de los bienes del deudor	329
2.	El acreedor que imposibilita la subrogación del fiador o disminuye las seguridades del crédito	335
3.	La omisión del acreedor en excutir al deudor cuando ha sido requerido por el fiador	337
B.	La carga de diligencia que pesa sobre el cesionario que goza de la garantía de solvencia	338
C.	La “carga de diligencia” que pesa sobre el adquirente que sufre la evicción de la cosa	342
D.	El adquirente o arrendatario que conocía o debía conocer de los vicios no dispone de la acción redhibitoria	345
E.	El deber de salvataje del asegurado	347
F.	El empleo de las fuerzas de trabajo: art. 1638 Cc. argentino, art. 198 C. com. chileno	349
G.	La “culpa” del depositario. El depósito necesario hecho por el alojado	352
VI.	Conclusión: En el sistema jurídico latinoamericano se ha conservado la carga de diligencia consigo mismo; podemos entonces hablar de “deber” de evitar el daño	353

CAPÍTULO SÉPTIMO

	LA CARGA DE EVITAR EL DAÑO EN LA PRÁCTICA	357
I.	Premisa	359
II.	Caracterización del “deber de evitar el daño” en relación con la genérica “culpa de la víctima”	359
A.	Distinción entre culpa de la víctima y deber de evitar el daño en el BGB, § 254	361
B.	Distinción entre culpa de la víctima y deber de evitar el daño en Italia: diferenciación entre los incisos primero y segundo del artículo 1227. Diversas posiciones al respecto	363

C.	(<i>sigue</i>) La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias distinguen entre “culpa de la víctima en la producción del daño-evento” y “deber de evitar el daño ulterior”. Problemas	367
D.	Conclusión: el daño evitable se caracteriza porque está referido a la gestión de la situación dañina, potencial o concreta, gestada por un tercero	371
III.	El deber de evitar el daño comprende la aminoración del que ya se ha verificado	375
IV.	La medida de la diligencia; la figura del “bonus pater familias” en el derecho moderno. La “razonabilidad de la conducta” como requisito para que se tenga por observada la carga de evitación	376
A.	La “razonabilidad” como concepto jurídico indeterminado: reenvío al caso concreto	384
V.	Consecuencias de la aplicación del “deber de evitar el daño”. Premisa	392
A.	Adoptar las medidas razonables para evitar o mitigar la pérdida: identificación de lo que no es dable exigir	392
B.	Sobre los tratamientos médicos o quirúrgicos como medidas mitigadoras	396
C.	El no resarcimiento del daño que hubiera podido evitarse: exclusión de la regla del “todo o nada”	398
D.	“Reembolso” de los gastos razonablemente efectuados: situación de los daños incidentales	403
E.	Situación del “costo de la diligencia” en caso de que el perjudicado no realice ninguna actividad de evitación o mitigación	408
VI.	La capacidad del perjudicado en relación con la culpa de la víctima: la omisión debe resultar imputable al perjudicado	410
VII.	El deber de evitar el daño de frente al “dolo” del deudor o agente	411
VIII.	La carga de la prueba acerca de la posibilidad de evitar el daño: ¿es posible una declaración oficiosa del juez?	413
	BIBLIOGRAFÍA	417
	ÍNDICE DE FUENTES	461