

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Implicaciones de la implementación del deber de
mitigar daños en el Código de Comercio ecuatoriano**

María Paulina Conde Cajas

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 18 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Paulina Conde Cajas

Código: 00212290

Cédula de identidad: 1104976046

Lugar y Fecha: Quito, 18 de abril de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

IMPLICACIONES DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE MITIGAR DAÑOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO ECUATORIANO
IMPLICATIONS OF THE IMPLEMENTATION OF THE DUTY OF MITIGATION IN THE ECUADORIAN COMMERCIAL CODE

María Paulina Conde Cajas²
mapauli.condec@hotmail.com

RESUMEN

La mitigación de daños ante el incumplimiento contractual se encuentra consagrada como un derecho en el Código de Comercio ecuatoriano. Esta caracterización implica una limitación considerable al no disuadir al acreedor afectado de adoptar una actitud pasiva que exacerbe las pérdidas en lugar de aminorarlas. En ese sentido, a través de este estudio se analizó el tratamiento que recibe la mitigación de daños en el marco jurídico ecuatoriano con el objetivo de determinar la pertinencia de la reforma parcial del artículo 347 del Código de Comercio. Para ello, se parte de un análisis de esta figura en el ordenamiento jurídico inglés, por ser en el common law donde más se ha desarrollado. Posteriormente, se aborda el tratamiento legal en Ecuador y las implicaciones jurídicas, económicas y morales que significa su implementación con el fin de asignar de manera más eficiente la carga de reducir los daños en el ámbito empresarial.

**PALABRAS
CLAVE**

Mitigar daños, acreedor afectado, deber, Código de Comercio, common law.

ABSTRACT

The mitigation of damages in cases of contractual breach is established as a right in the Ecuadorian Commercial Code. This characterization implies a significant limitation as it fails to dissuade the affected creditor from adopting a passive attitude that exacerbates the losses instead of mitigating them. Therefore, this study reflects on the treatment of mitigation of damages in the Ecuadorian legal framework. This with the aim of determining the relevance and necessity of partially reforming the Article 347 of the Commercial Code. It involved an analysis of the duty of mitigation in English law, as it is in the common law where it has been most developed. Finally, it addresses the legal treatment in Ecuador, along with the legal, economic, and moral implications of its implementation, with the intention of allocating, more efficiently, the burden of damage mitigation for the benefit of businesspeople and entrepreneurs.

**KEY
WORDS**

Mitigate damages, affected creditor, duty, Commercial Code, common law.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Paúl Noboa Velasco.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 18 de abril de 2024

Fecha de publicación: 18 de abril de 2024

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO NORMATIVO. - 4. MARCO TEÓRICO. - 5. LA MITIGACIÓN DE DAÑOS. - 6. EL DEBER DE MITIGAR DAÑOS EN EL COMMON LAW. - 7. ENFOQUE ECONÓMICO DEL DEBER DE MITIGAR DAÑOS. - 8. IMPLICACIONES DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE MITIGAR DAÑOS. - 9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

La doctrina de mitigar daños, conocida en el *common law* como *the doctrine of avoidable consequences*, tiene sus orígenes en el derecho pandectista¹. Desde una perspectiva legal consiste en que la parte perjudicada está en la obligación de realizar los esfuerzos razonablemente necesarios para aminorar al máximo y tanto como sea posible los menoscabos ocasionados por el incumplimiento contractual de la contraparte². Lastimosamente, hasta el momento es un asunto muy limitado en Ecuador, pues si bien se encuentra contemplado en el Código de Comercio es concebido como un derecho más no como un deber, lo que da cabida a que el acreedor afectado no se vea realmente en la responsabilidad de accionar ante la falta de cumplimiento del deudor, cualquiera que fuere, y mantenga una postura arbitraria y pasiva frente a los hechos.

Sin embargo, sí hay naciones cuyos ordenamientos jurídicos reconocen a la mitigación de daños como un deber. Por ejemplo, en Reino Unido está acompañada por cuatro principios elementales³: 1) el demandante debe incurrir en actos razonables para minimizar o reducir al máximo la pérdida; 2) es posible para el afectado agregar a la compensación todos los gastos en los que fue necesario incurrir como parte de los hechos; 3) la persona se encuentra inhabilitada de reponer los daños que razonablemente pudo haber evitado; 4) y, finalmente, que no sea obligación del demandante minimizar sus

¹ Ana Soler Presas, “Comentario al artículo 77 de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería”, en *La compraventa internacional de mercaderías, comentario a la Convención de Viena*, ed. Luis Díez-Picazo (Madrid: Civitas, 1998), 623.

² Daniel Ugarte Mostajo, “La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú”, *Derecho PUCPC*, n.º. 80 (2018), 123.

³ Felipe Suescún de Roa, “Mitigación de daños en materia contractual”, *Revista Javeriana* 67, n.º. 136 (2018), 20.

propios detrimentos en aquellas circunstancias en la que sus recursos económicos no lo permitan o cuando el proceso resulte sumamente riesgoso y/o difícil.

Evidentemente, en Ecuador aún hay un largo camino por recorrer para alcanzar la solidez del ordenamiento jurídico en cuanto a este tema se refiere, puesto que la figura de mitigar daños al ser facultativa para aquella persona que ha sido víctima de ese hecho no permite una aplicación eficiente de este principio. Por lo tanto, es imperante encontrar una vía apropiada para mejorar su tratamiento y construir un sistema de remedios funcional al interés del acreedor⁴. Además, contar con un régimen que lo conciba como un deber impacta significativamente en el ámbito económico, pues contribuye a establecer transacciones comerciales más eficientes y equitativas.

Frente a este panorama, el presente estudio tiene como propósito demostrar las implicaciones jurídicas, económicas y morales que acarrea consigo la implementación de la mitigación de daños como un deber en el Código de Comercio. El abordaje se lo realiza para contestar a la pregunta acerca de cuáles son los posibles efectos de agregar este deber en la normativa ecuatoriana. Para llevar a cabo el análisis se emplea una metodología comparativa detallada bajo un enfoque cualitativo y axiológico; este último asienta las bases para demostrar las principales discrepancias que la praxis de esta figura tiene en Ecuador con relación a la normativa y a la jurisprudencia de Reino Unido.

2. Estado del arte

En este apartado se describe la doctrina más importante que se ha desarrollado sobre la institución jurídica de mitigar daños hasta la actualidad:

La comunidad jurídica del derecho europeo continental, entre ellos Ayala⁵ sostienen que, la naturaleza jurídica de esta figura constituye un deber, pues responde a un concepto de justicia y a la observancia de normas concretas, que, de no acatarlos en el caso en particular, significaría un abuso, por parte de la persona que no realizó los actos pertinentes para mitigar el daño, aprovechándose de una compensación que vulnera al causante del daño.

⁴ Felipe Suescún de Roa, “Mitigación de daños en materia contractual”, 21.

⁵ Doménica Ayala López, “Algunas consideraciones sobre el deber de mitigación del daño: perspectiva y aplicación por los Tribunales Arbitrales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º. 14 (2024), 106-107.

Por otro lado, juristas del *common law* y de otros países que adoptan esta misma línea de pensamiento como, por ejemplo, Barone⁶ y Suescún de Roa⁷ en Colombia, argumentan que, aunque se encuentre normada no constituye un deber auténtico, sino una carga del acreedor. Ya que, la falta del accionar positivo de la persona afectada para evitar o disminuir los daños, implica solamente una disminución en la indemnización del perjudicado, sin que aquello; le otorgue al deudor una acción autónoma en contra del acreedor. Sin embargo, otros juristas colombianos, como Ugarte⁸ defienden que deber y carga son términos intercambiables para definir la figura de mitigar daños.

Por otra parte, en países como Qatar se aborda a la mitigación de daños de manera amplia y generalizada, sin llegar a precisar su naturaleza jurídica con exactitud. Es, así pues, que Hassan Al-Kaabi⁹ afirma que los tribunales y los órganos de arbitraje suelen suponer que el deber de mitigar es parte del uso comercial general y no se especifica su naturaleza, ni las fuentes, ni ningún contenido normativo explícito.

En este sentido, a partir de la diferencia entre deber, carga o acepción general, Ecuador aún afronta el gran desafío de percibir la naturaleza jurídica de esta figura, desde una perspectiva que obligue al acreedor afectado a minimizar o evitar las pérdidas ante incumplimiento del deudor. Por lo que, en este estudio, se determinará si es necesario reformar el sistema normativo mercantil vigente u optar por la implementación de un mecanismo alternativo.

3. Marco normativo

A continuación, se realiza un breve análisis de la estructura normativa a nivel nacional e internacional en lo que respecta al deber de mitigar daños que posee el perjudicado en caso de la ausencia de cumplimiento del contrato por parte del deudor. En el ámbito internacional varios instrumentos lo regulan, lo cual constituye un principio de la *lex mercatoria*; además, es parte de la legislación vinculante al encontrarse presente en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional

⁶ Jorge Luis Barone González, “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, *Verba Iuris*, n.º. 39 (2018), 90.

⁷ Felipe Suescún de Roa, “Mitigación de daños en materia contractual”, 22.

⁸ Daniel Ugarte Mostajo, “La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú”, 130.

⁹ Mohammed Hassan Al-Kaabi, “Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar”, *Global Journal of Comparative Law*, n.º. 12 (2023), 201.

de Mercaderías, denominada también Convención de Viena, ratificada por Ecuador en 1980¹⁰, documento en cuyos artículos 72 y 78 incorporan la obligación del acreedor.

Asimismo, está configurada como parte de los instrumentos de la *soft law*, por ejemplo, entre los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, específicamente en el artículo 7.4.8¹¹. Este apartado alude, en primer lugar, que el deudor no es responsable de los daños soportados por el acreedor en la medida en que este último pudo haber disminuido o evitado los perjuicios a través de acciones razonables y oportunas. En segundo lugar, establece que la persona sí tiene derecho a una compensación sobre cualquier gasto en el que haya incurrido en aras de tomar medidas razonables para mitigar o reducir los detrimentos.

Si bien existe una extensa legislación internacional que podría seguir analizándose y contrastándose con las regulaciones locales, queda ya claro que a nivel nacional la mitigación de daños no cumple adecuadamente el motivo para el cual ha sido concebida. En Ecuador, esta figura solamente se encuentra regulada en el artículo 347 del Código de Comercio¹², instrumento que la reconoce como una facultad —no un deber— que en caso de incumplimiento contractual otorga al acreedor afectado la posibilidad de incurrir en actos razonables y necesarios para reducir o evitar pérdidas.

4. Marco teórico

Para que la mitigación de daños despliegue su eficacia en el marco del derecho mercantil ecuatoriano no debe ser conceptualizada meramente como un derecho del acreedor perjudicado, sino más bien concebirse como una obligación implícita que promueve la eficiencia económica al minimizar los costes sociales del incumplimiento. Por ende, el presente apartado pretende exponer las dos principales líneas de pensamiento que conjugan la figura de mitigación de daños.

En primera instancia, el *common law* sostiene que es imperativo el reconocimiento de la mitigación de daños¹³ como un deber, pues no es factible compensar

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980.

¹¹ Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, 2016.

¹² Artículo 347, Código de Comercio [CCo], R.O. Suplemento 1202 de agosto de 1960, reformado por última vez el 26 de junio de 2012.

¹³ Harvey McGregor, *McGregor on damages* (Londres: Sweet and Maxwell, 2014), 30.

al perjudicado por aquellos perjuicios que evidentemente pudieron haberse reducido a través de la realización de actos razonables a su disposición¹⁴.

Con el pasar del tiempo esta perspectiva se ha reforzado¹⁵ hasta consolidarse en un fundamento normativo gracias a los artículos 50 y 51 del *The Sale of Goods Act* de 1979¹⁶ y con el *Uniform Commercial Code*¹⁷. No obstante, si bien está normado como un deber varios juristas han determinado en los últimos años que es una carga, pues no le concede al deudor una acción en contra del acreedor en caso de que incumpla con su deber¹⁸.

Ahora bien, a pesar de que esta figura no fue desarrollada en el derecho romano sí existía un claro entendimiento y aplicación. Al respecto, San Martín¹⁹ expone que jurisconsultos como Alfeno y Paulo reconocían que los daños que la parte afectada puede evitar no forman parte del *quantum respondeatur*. Asimismo, el deber de mitigación se encontraba de forma breve en el Digesto, que contaba con un apartado denominado Pasaje de las Tinajas en el que se hacía referencia a la buena fe y cómo sobre la base de ella la parte afectada debía tomar las medidas adecuadas para minimizar el detrimento²⁰. Precisamente, es a raíz de este principio²¹ que Ecuador adoptó la figura de mitigar daños como un derecho en el Código de Comercio.

Por tal motivo, este estudio se realiza a partir de la perspectiva del *common law*, que considera fundamental la implementación de la mitigación de daños como un deber. Por ello, es crucial analizar las implicaciones jurídicas, sociales y económicas que conlleva seguir la línea normativa de este sistema y reformar nuestro ordenamiento jurídico con base a ello. Pues, concebir esta institución jurídica como un deber, puede significar una reducción de costos innecesarios y un régimen compensatorio más equitativo.

¹⁴ Tiene su origen en 1830 con el caso *Staniford Vs. Lyall*. Ver Jorge Luis Barone González, “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, 90.

¹⁵ A partir del caso de *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. Vs. Underground Electric Railways Co of London Ltd.*, *House of Lords*, 19 de julio de 1912.

¹⁶ *The Sale of Goods Act*, 6 de diciembre de 1979, Artículos 50 y 51.

¹⁷ *Uniform Commercial Code UCC*, Washington D.C., 30 de diciembre de 1963.

¹⁸ Harvey McGregor, *McGregor on damages*, 100.

¹⁹ Lilian San Martín Neira, *La carga de evitar o mitigar el daño: Antecedentes Históricos y Justificación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 680.

²⁰ *Ibid.*, 681.

²¹ Jorge Oviedo Albán, “Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods”, *Universitas* 67, n.º. 137 (2018), 3.

5. La mitigación de daños

5.1. Conceptualización

Para definir la mitigación de daños es importante acotar primero que constituye una figura aceptada como principio universal en el derecho contractual. En este ámbito, en caso de incumplimiento del contrato la responsabilidad de mitigar no solo recae en el deudor, sino que además obliga al acreedor perjudicado a actuar con prudencia para evitar o minimizar en la medida de lo razonablemente posible las pérdidas experimentadas; de lo contrario, no podrá ser indemnizado por aquellos daños que sí hubieran sido posible eludir. Sobre el tema, San Martín sostiene lo siguiente:

El incumplimiento imputable de una obligación, [...] da derecho a obtener una indemnización por los perjuicios sufridos. No obstante, si bien el perjudicado tiene derecho al resarcimiento integral del daño, esto no significa que tenga derecho a la indemnización de todos y cada uno de los perjuicios derivados fácticamente del incumplimiento. Al contrario, existen reglas destinadas a regular el *quantum* indemnizatorio que permite determinar el daño jurídicamente atribuible al demandado, el cual deberá ser íntegramente cubierto²².

Al ser este principio uno de los límites para determinar el *quantum* de la obligación para la reparación integral, el acreedor afectado deberá emplear las medidas razonables para aminorar o evitar el daño²³, puesto que no implica que el sujeto deba incurrir en operaciones costosas o actos inusuales fuera del curso ordinario de los hechos. A manera de ilustración, si el proveedor muestra acciones de incumplimiento en el contexto de un contrato de distribución mercantil lo más razonable es buscar otro proveedor como una acción preventiva para reducir tanto como sea posible las pérdidas que podría experimentar a futuro. Hay que tomar en cuenta que los daños son evaluados concibiendo que el demandante ha actuado razonablemente y de acuerdo con la regla del mercado disponible; cualquier pérdida factual en otro momento es irrelevante²⁴.

Por lo tanto, en caso de que el demandante haya tomado una postura pasiva que dio paso a enfrentar los detrimentos que pudieron haberse evitado e interponga una acción

²² Lilian San Martín Neira, *La carga de evitar o mitigar el daño: Antecedentes Históricos y Justificación*, 685.

²³ Maximiliano Rodríguez Fernández, “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, *Revista de derecho Privado*, n.º. 15 (2008), 122.

²⁴ Mohammed Hassan Al-Kaabi, “Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar”, 201.

de incumplimiento, el *quantum* indemnizatorio no contendrá el costo que generó la falta de búsqueda de otros proveedores. A fin de cuentas, es inconcebible que los jueces toleren una actitud pasiva por parte del sujeto afectado, cuya postura se limite a observar el exacerbamiento de sus propios daños bajo la convicción de que será completamente compensado por todas las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento del deudor.

5.2. La responsabilidad razonable del acreedor afectado

Si bien se podría interpretar que esta figura permite al deudor obtener ventajas derivadas de su propio incumplimiento, lo cual contraviene el principio que estipula que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o también conocido como *venire contra factum proprium nulli conceditur*. Esta afirmación no es precisa, pues el demandante solo debe incurrir en aquellos actos que razonablemente debe evitar, sin generar ningún beneficio para el demandado, sino más bien un alivio para sí mismo. Además, al ser una obligación *sui generis*²⁵, a pesar de que se encuentre normada como un deber en el ordenamiento jurídico no otorga una acción al deudor en caso de que el acreedor tome una postura pasiva. Sino más bien es un parámetro que el tribunal debe tomar para otorgar un *quantum* indemnizatorio justo a la parte afectada.

En este sentido, el deber de cooperación u obligación para sí mismo, actúa como una herramienta para disuadir actitudes negligentes que pueda tomar el *creditor* frente al incumplimiento del *an debeat*, lo cual impide la exacerbación de las pérdidas y ayuda a mantener el equilibrio obligacional de las partes contractuales. Si bien la observancia de esta figura puede parecer en principio más relevante para el *an debeat*, es el *creditor* quien tiene especial interés sobre la misma. Ya que, será este quien no podrá recuperar las pérdidas que pudo haber evitado.

En concreto, esta figura alude a que la parte afectada no puede simplemente tomar una postura arbitraria, mientras que las pérdidas resultantes del incumplimiento se acumulan y luego beneficiarse de recuperar las pérdidas que pudo haber evitado. En cambio, requiere que tome las medidas razonables para evitar o disminuir el detrimento resultante del incumplimiento. Si bien la mayoría de los sistemas legales imponen esta obligación a la parte agraviada de prevenir pérdidas adicionales emprendiendo medidas

²⁵ Felipe Suescún de Roa, MITIGACIÓN DE DAÑOS EN MATERIA CONTRACTUAL”. *Revista Javeriana*. (2018):1-23. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.mdmc>

apropiadas. Ecuador solo lo reconoce como una facultad para el acreedor, permitiendo así la distorsión de esta figura.

6. La mitigación de daños en el common law

6.1. Conceptualización y reglas

Si bien el *duty of mitigation* no tiene su origen en el *common law*, es en este campo en el que más se ha desarrollado el concepto y su aplicación. Cartwright²⁶ explica que ello responde a la preponderancia que tiene el derecho de daños frente a otros remedios por incumplimiento contractual en este sistema jurídico.

El concepto de mitigar daños tiene sus raíces en el caso *Staniford v. Lyall*²⁷, pero es a partir del emblemático *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd. v Underground Electric Railways Co of London Ltd.*²⁸ que se determina la base elemental: la compensación por el daño económico que fluye naturalmente de la infracción. Este fundamento básico posteriormente sirve de eje para establecer el deber del demandante de realizar todos los actos razonables para mitigar las pérdidas que resulten como consecuencia de la transgresión y le prohíbe reclamar cualquier parte del daño que sea fruto de su negligencia por no tomar tales medidas de manera oportuna.

De ese modo, se establecieron los pilares para que la jurisprudencia consolide las reglas fundamentales de este principio en el derecho de contratos:

- 1) *The avoidable loss rule*: determina que el acreedor afectado no puede reclamar indemnización alguna sobre aquellos detrimentos que podría haber evitado al tomar medidas razonables y adecuadas a las circunstancias.
- 2) *The reasonable expenses rule*: se refiere a que el daño que ha sido mitigado de forma adecuada no es susceptible de indemnización.
- 3) *The avoided loss rule*: establece que si el sujeto afectado afronta gastos o pérdidas que son razonables al contexto de las circunstancias que lo suscriben y sus esfuerzos realmente están centrados en mitigar el daño, entonces sí tiene derecho a recuperar los costos en los que ha incurrido²⁹.

Sobre la base de estas tres premisas se establece el marco de acción y los límites que regulan a la mitigación en varios instrumentos jurídicos. Sin embargo, diversos

²⁶ John Cartwright, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* (Reino Unido: Hart Publishing, 2013), 30.

²⁷ *Staniford v. Lyall and Others. England & Wales*, Court of Common Pleas, 27 de noviembre de 1830.

²⁸ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd, House of Lords*, 19 de julio de 1912.

²⁹ Isabel Zurita Martín, "Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables". *InDret* 4, (2016), 7.

doctrinarios hacen énfasis en que constituye una carga más que un deber y cobra entonces suma importancia la distinción de cada uno de estos términos: por un lado, el deber configura aquella obligación jurídica que tiene como contrapartida un derecho; por su parte, el propósito de la carga en el derecho procesal es definir los sucesos en los que las partes debían actuar de cierta forma para eludir el daño.

Barone González³⁰ toma como ejemplo la carga de la prueba, pues si bien no es obligación del demandante probar lo que alega, la falta de ello implica consecuencias negativas para sí mismo. Por lo tanto, el cumplimiento de la carga no puede exigirse de forma coactiva, pero el deber sí. En este sentido, las cortes del sistema anglosajón han tenido que especificar en sus pronunciamientos que el deber de mitigación de daños no tiene como contrapartida el derecho del deudor afectado de interponer una acción de disminución de daños³¹.

De cierto modo, es implícito que el deber es la forma más habitual y pertinente de referirse a este concepto jurídico, por lo menos en un sentido restrictivo, tomando en consideración que la ausencia de la actuación de la víctima podría quebrantar el nexo de causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento contractual. Desde la postura de Zurita, el término *daño* es sin lugar a dudas la figura “más conveniente de identificar la importancia de dicha omisión, declarándose que en tales casos existía algún tipo de deber de actuación”³².

6.2. Tratamiento en la práctica

Los tribunales analizan los casos a partir del estándar de la razonabilidad, es decir que no puede tomarse una postura extremista en la que el acreedor deba incurrir en actos riesgosos o cargas indebidas. Un ejemplo de ello se visualiza en el caso *Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd*³³, en el que el tribunal estableció que no puede negarse al afectado la indemnización correspondiente por los actos en los que incurrió solamente porque la parte actora sugirió medidas alternativas, que de habérselas llevado a cabo la mitigación hubiese sido menor. Las acciones que parecen razonables realizar para

³⁰ Jorge Luis Barone González, “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, 87.

³¹ *Ibid.*, 88.

³² Isabel Zurita Martín, “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, 11.

³³ *Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd*, House of Lords, 28 de Abril de 1932.

contrarrestar los daños no se consideran como cuestión de derecho sino, de hecho, teniendo en consideración las circunstancias particulares del caso.

En cuanto a la prueba, de acuerdo con el caso *London & South of England Building Society v Stone*³⁴, generalmente es aceptado que el acreedor solo deba probar el curso ordinario de las cosas sin tener que incurrir obligatoriamente en comportamientos que puedan denigrar su reputación, perjudicar a terceros o carezcan de viabilidad comercial. Además, tiene que considerarse su situación económica, puesto que no es factible exigirle que tome medidas para las cuales no cuenta con los suficientes recursos. Por el contrario, el demandado es quien debe demostrar de forma fehaciente que el demandante no ejecutó los actos razonables para evitar o disminuir los daños³⁵.

Si bien para cada caso existe una gran variedad de medidas ecuánimes, el demandado no ha de limitarse solo a probar que el demandante no tomó las medidas por él sugeridas, sino demostrar que no incurrió en ninguna o que adoptó acciones irrazonables y, por consiguiente, resulta inadmisibles que sean indemnizadas. En el primer supuesto, le corresponde al juzgador en un rango aceptable de tiempo determinar cuál o cuáles medidas tuvieron que haberse efectuado para mitigar los daños. Como es lógico, lo importante es que el tribunal logre encontrar un equilibrio entre los intereses de las partes.

Cabe resaltar lo esencial que resulta por parte del juzgador su capacidad de determinar la fecha en la que se produjo el perjuicio, pues es a partir de que el incumplimiento llega a conocimiento del afectado que él debe actuar³⁶. Entonces, por ejemplo, en caso de que se trate de un bien defectuoso el acreedor tiene que repararlo o reemplazarlo, pues no podrá ser indemnizado por los daños que soporte si con su actuar los pudo haber evitado o disminuido. Asimismo, si el demandante no compra el bien que sustituye al defectuoso una vez que conoce sobre el daño, y si el precio en el mercado ha fluctuado hacia arriba, los daños de los cuales sea víctima son consecuencia de su falta de diligencia y, por lo tanto, tampoco han de indemnizarse. Además, es imperativo para el juzgador determinar si los beneficios para el acreedor son directos o colaterales. Ciertamente, hay que reconocer que no resulta una tarea tan fácil de llevar a la práctica,

³⁴ *London & South of England Building Society v Stone, Court of Appeal (Civil Division)*, 27 de mayo de 1983.

³⁵ Mohammed Hassan Al-Kaabi, "Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar", 202.

³⁶ *Ibid.*, 203.

dado que se requiere de meticulosidad para analizar si las ventajas para el sujeto son o no independientes de cualquier medida que haya sido tomada.

No obstante, en algunas ocasiones la figura de mitigación no aparece, diluyéndose así su naturaleza única, puesto que las medidas para aminorar o evitar el perjuicio son tan claras que se adhieren de forma automática al análisis de determinación de los daños. Es preciso mencionar que, si el mecanismo de control es lo suficientemente eficiente para evitar la afectación en su totalidad, el acreedor perjudicado solo tendrá derecho a aquello que se denomina *nominal damage*³⁷, entendido como la suma de dinero insignificante que le es otorgada a la persona que no pudo demostrar el daño³⁸. De acuerdo con Howard Cobb³⁹, en aquellos casos en los que se produce concurrencia de culpas los jueces suelen apartarse del remedio contractual de la mitigación de daños y proceden a motivar sus decisiones en otra figura denominada *contributory negligence*⁴⁰.

Lo expuesto en líneas anteriores pone en evidencia el papel fundamental que desempeña la jurisprudencia para entender el tratamiento de la figura de mitigación de daños en la práctica, pues establece que las medidas deben alinearse con la razonabilidad. Este estándar plantea que el acreedor afectado ha de actuar como una persona diligente, pero ello no implica que deba incurrir en riesgos desmedidos o actos que comprometan sus recursos más allá de sus posibilidades. Asimismo, los tribunales cumplen un rol trascendental al ser los encargados de mantener el equilibrio entre ambas partes, dado que su deber es regular la conducta de ellas. También, es su responsabilidad asegurar que en ningún caso las obligaciones de mitigación resulten ser más gravosas que el incumplimiento en sí mismo.

Por último, la determinación de la fecha exacta en la que deberían haberse tomado las medidas correspondientes para aminorar los daños refleja la necesidad de que la justicia sea capaz de adaptarse a la realidad de cada caso, asegurando de ese modo que la responsabilidad y, por ende, la compensación no exceda los límites de lo razonable y sean otorgadas de manera justa.

³⁷ *Ibíd.*, 204.

³⁸ Legal Information Institute, “nominal damages”, *Cornell Law School*, accedido 1 de abril de 2024, párr. 1, https://www.law.cornell.edu/wex/nominal_damages.

³⁹ Howard Owen Cobb, “Burden of Proof in Cases of Contributory Negligence” (Tesis de pregrado, Cornell University, 1896), 30. https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1357&context=historical_theses.

⁴⁰ Legal Information Institute, “contributory negligence” *Cornell Law School*, accedido 1 de abril de 2024, párr. 1. Textualmente indica: “Is a common law tort rule which bars plaintiffs from recovering for the negligence of others if they too were negligent in causing the harm. Contributory negligence has been replaced in many jurisdictions with the doctrine of comparative negligence”.

7. Enfoque económico del deber de mitigar daños

7.1 Economía vs. Derecho

El deber de mitigar daños asegura la eficiencia económica⁴¹, que es elemental cuando las relaciones comerciales están en progreso y más aún al encontrarse en un proceso de desintegración. Ello responde a que esta figura cumple con el objetivo de prevenir y compensar la pérdida y la injusticia individual, además de proteger el bienestar económico y de la comunidad⁴², que es el deber. Asimismo, es el acreedor afectado quien debe incurrir en los actos razonablemente necesarios para mitigar o evitar los daños, pues es este quien conoce sobre el giro del negocio.

Por lo tanto, es preciso que los países posean un sistema legal eficiente que logre disuadir cualquier acto que pueda significar una pérdida. El sistema anglosajón es un reflejo de ello, en vista de que se encuentra significativamente atento a la necesidad de preservar los recursos finitos: un ejemplo evidente es el sistema de remedios contractuales, que parece estar influenciado por la urgencia de sostener a la máquina económica con la menor perturbación posible y en el que la figura de mitigación de daños es percibida como un beneficio significativo en el mercado.

La jurisprudencia angloamericana concibe la postura de que tanto el acreedor como el deudor tienen obligaciones inherentes incluso en el caso de incumplimiento, pero el acreedor afectado sufre las consecuencias; por consiguiente, es preciso la cooperación de ambas partes para reducir los costos sociales. Paralelamente, promueve la eficiencia de los mercados al otorgar incentivos a los agentes económicos para evitar el desperdicio de recursos. Sería entonces un avance loable el incorporar la mitigación de daños en el ordenamiento jurídico de Ecuador bajo esta perspectiva, dado que aportaría de manera importante en la eficiencia de los mercados y en la reducción de los costos sociales.

7.2. Enfoque económico-utilitarista

El enfoque económico-utilitarista sobre el derecho⁴³ que tuvo gran impacto es el que admite la imposición del deber para sustentar el nivel de eficiencia prevista para una

⁴¹ Charles Goetz y Robert Scott, "The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation", *Virginia Law Review* 69, n°. 6 (1983), 971.

⁴² Solène Le Pautremat, "Mitigation of Damage: A French Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 55, n°. 1 (2006), 2012.

⁴³ Mohammed Hassan Al-Kaabi, "Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar", 199.

transacción dada. Por ende, el deber de aminorar las pérdidas no alude esencialmente a mitigar el daño del acreedor afectado, aunque sea una consecuencia subyacente, sino exactamente a conservar la utilidad e integridad del sistema transaccional.

La ausencia de este principio implicaría que el sistema legal tolere una pérdida evitable en el circuito económico, como lo es el detrimento inicial agravado en su totalidad, y obligar a indemnizarla por completo, bloqueando así cantidades exacerbadas de capital que podrían generar otros ingresos. Vale hacer hincapié en que varios instrumentos de comercio internacional que tienen como objetivo fortalecer la economía de los países, entre ellos los principios UNIDROIT⁴⁴ y la Convención de Viena de 1980⁴⁵, integran y respaldan la figura de mitigar daño para consolidar una norma a la que sea factible acudir en la práctica y aminorar el desperdicio económico en las relaciones contractuales internacionales.

Por su esencia, la función de esta figura trasciende del ámbito jurídico para establecerse en realidad como una política económica fundamental que estimula la eficacia y el dinamismo en el mercado⁴⁶. Su incorporación en el *common law* y en los diversos instrumentos internacionales demuestra que no solo plantea las medidas para la reducción de pérdidas individuales, sino también funciona para la optimización del mercado, en vista de que el derecho y la economía deben ir de la mano para asegurar el bienestar colectivo y la eficiencia de las relaciones comerciales. El análisis de la mitigación mediante un lente económico demuestra la imperatividad de un sistema normativo que además de actuar bajo el incentivo de reducir el *economic waste* ha de procurar el desarrollo de relaciones comerciales eficaces.

8. Implicaciones jurídicas de la implementación del deber de mitigar daños

8.1. Situación actual de la figura de mitigar daños en el Ecuador

El análisis del funcionamiento de esta figura en la actualidad se enmarca en una gran limitante: la falta de jurisprudencia en el país. No obstante, se la estudia a partir de su regulación en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el artículo 347 del Código de Comercio consagra a la mitigación de daños como un derecho del acreedor afectado y establece en su segundo apartado lo siguiente: “[...] Ante un incumplimiento

⁴⁴ Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, 2016.

⁴⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980.

⁴⁶ Frederick Henry Lawson, *Remedies of English Law* (Londres: Butterworths, 1980), 50.

consumado del contrato la parte afectada podrá adoptar las medidas necesarias para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento”⁴⁷. Es decir que deja a facultad del acreedor tomar o no las acciones correspondientes para evitar o reducir el daño, lo que implica un desafío jurídico y económico. Al fin y al cabo, el acreedor podría acogerse a una postura arbitraria que exacerbe las pérdidas en vez de aminorarlas, además de obligar al deudor a compensarlas en su totalidad, lo que pone en riesgo la esencia misma de esta figura que es preservar el equilibrio de las relaciones comerciales.

Cabe resaltar que la falta de desarrollo de este tema es un hecho que sucede en Ecuador y en Latinoamérica en general⁴⁸, dado que varios países lo incorporan en su ordenamiento, pero no establecen doctrina y/o jurisprudencia suficiente. Ejemplo de ello es el artículo 1327 del Código Civil peruano de 1984⁴⁹, el artículo 348 del Código Civil boliviano⁵⁰, el artículo 1074 del Código de Comercio colombiano de 1971⁵¹ y el Código Civil y Comercial argentino de 2015⁵², que se configuraron a partir de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en 1980⁵³. No obstante, este instrumento establece el deber de mitigar daños de forma generalizada para todas las relaciones contractuales mercantiles, pero estos países solamente la añaden para los contratos de seguro.

La deficiencia evolutiva sobre este asunto responde a que todos los países se acogen a un sistema jurídico continental en el que la *bona fides* cobra un papel trascendental en el derecho contractual y mercantil. Cubides-Camacho⁵⁴ defiende que la mitigación de daños debería ser considerada como una manifestación de la responsabilidad de indemnización, la cual al mismo tiempo se deriva del deber de actuar de buena fe. Al respecto, Vidal-Olivares⁵⁵, al referirse al Código Civil de Chile, menciona que la buena fe es un principio fundamental que actúa como estándar de la conducta que limita los derechos y las libertades de las partes contractuales.

⁴⁷ Artículo 347, CCo.

⁴⁸ Jorge Oviedo Albán, “Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods”, 5.

⁴⁹ Artículo 1327, Código Civil Peruano, Decreto Legislativo No. 295, 14 de noviembre de 1984.

⁵⁰ Artículo 348, Código Civil [CC], DL 12760, 6 de agosto de 1975.

⁵¹ Artículo 1074, Código de Comercio de Colombia, Decreto 410, 27 de marzo de 1971.

⁵² Código Civil y Comercial de la Nación, R.O. N/D, 1 de agosto de 2015.

⁵³ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980.

⁵⁴ Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2017), 40.

⁵⁵ Álvaro Vidal Olivares, “La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil”, *Revista chilena de derecho* 35, n° 3 (2008), 583.

Lo mismo ocurre en Ecuador, pues la buena fe, de acuerdo con Parraguez⁵⁶, también es un estándar que regula la conducta de las partes contractuales y las obliga a conducirse con honradez y lealtad durante toda la relación jurídica. Ciertamente, es un panorama respetable y necesario para las relaciones comerciales, pero no exime en lo absoluto la necesidad de contar con herramientas eficientes para hacer frente a los actos de incumplimiento, como es la mitigación de daños que debería estar configurada como un deber dentro del sistema jurídico.

8.2. Implicaciones en el Ecuador

La implementación de la mitigación de daños como un deber en el Código de Comercio ecuatoriano⁵⁷ tiene implicaciones morales, económicas y jurídicas. Por un lado, en el ámbito moral se encuentra latente en el reconocimiento al deber de las personas de velar por sus intereses propios. Ciertamente, el daño es un hecho ya consumado, y si bien de acuerdo con la moral utilitarista el causante tiene que responder por sus actos, también la víctima es responsable de velar en todo momento por sus intereses y efectuar acciones necesarias para disminuir las pérdidas. En otras palabras, su comportamiento tiene que ser proactivo y no pasivo, dado que ello iría en contra del bienestar general y no produce la maximización de la utilidad, aspecto que transgrede esta perspectiva⁵⁸.

En lo que concierne al ámbito económico, el deber de mitigar daños acarrea consigo una mejor eficiencia económica, la optimización y el dinamismo del mercado⁵⁹, porque produce la reducción de costos innecesarios e incentiva a las partes de las distintas relaciones contractuales a gestionar de manera razonable los recursos que tienen a su disposición. Entonces, en caso de incurrirse en el incumplimiento del contrato, el acreedor afectado ha de llevar a cabo todas las acciones razonablemente necesarias para disminuir las pérdidas; por su puesto, solamente si el costo es menor al beneficio. Asimismo, esta figura aporta a mantener menor perturbación en la estructura económica del país, dado que procura el desarrollo de vínculos comerciales eficaces.

En tercer lugar, desde una perspectiva jurídica existen diversas repercusiones. En países con un sistema legal similar al ecuatoriano, como es España, Zurita afirma que incorporar el *duty of mitigation* al Código Civil no agregaría ninguna novedad a la

⁵⁶ Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos-Editora Jurídica, 2021), 39.

⁵⁷ Artículo 347, CCo.

⁵⁸ John Stuart Mill, *El Utilitarismo* (Argentina: Aguilar Argentina S.A de ediciones, 1980), 56.

⁵⁹ Charles Goetz y Robert Scott, "The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation", 971.

exigencia de buena fe contractual, “ni aportaría tampoco nada al quehacer ordinario de los tribunales⁶⁰, puesto que “el principio de buena fe y la doctrina de la causalidad amparan tanto los derechos de ambos contratantes como la labor del juzgador”⁶¹.

No obstante, Suescún de Roa⁶² menciona que en Colombia existen otras figuras jurídicas, como el daño indirecto y la culpa del acreedor. Que, aunque estén relacionadas intrínsecamente con la causalidad, ninguna de ellas puede emplearse para explicar la posibilidad de disminuir la compensación si el acreedor afectado omite las actuaciones razonables que sean necesarias para aminorar las consecuencias gravosas del menoscabo. En lo relativo a Ecuador, el panorama tampoco es del todo positivo ni tan diferente. Hasta el momento, la falta de jurisprudencia demuestra que ni la buena fe ni la causalidad, y tampoco los demás conceptos intrínsecamente relacionados como el daño indirecto y la culpa del acreedor, son suficientes para que este principio se cumpla de forma implícita.

Hay que tomar en cuenta que una de las implicaciones más importantes de la incorporación de la mitigación de daños como un deber es el establecimiento de un régimen compensatorio más justo en el que se determine el *quantum indemnizatorio* de forma detallada, verificando las actuaciones razonables que el acreedor afectado tuvo que haber llevado a cabo para evitar los detrimentos y sobre la base de ello determinar su indemnización. Pero claro, pese a que cuente con la denominación de deber, necesariamente ha de asimilarse como una carga. También, tienen que incorporarse obligatoriamente sus tres reglas fundamentales: *the avoidable loss rule*, *the reasonable expenses rule* y *the avoided loss rule*⁶³. En conjunto engloban tanto a las partes como al juzgador, y conforme al grado en que sean aplicadas se incluirán nuevos conceptos jurídicos como los *nominal damages*⁶⁴.

A su vez, es necesario que los jueces adopten el estándar de razonabilidad para este tipo de casos y a través de ello determinen cuáles son las medidas idóneas que la parte afectada tuvo que haber tomado para evitar o aminorar los perjuicios oportunamente. Implica que la determinación de los daños sea concebida como una cuestión de hecho y, en consecuencia, apreciarse de forma casuística para atender a las

⁶⁰ Isabel Zurita Martín, “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, 26.

⁶¹ *Ibid.*, 27.

⁶² Felipe Suescún de Roa, “Mitigación de daños en materia contractual”, 18.

⁶³ Charles Goetz y Robert Scott, “The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation”, 971.

⁶⁴ Stewart William Dunn, *The Law of damages* (Estados Unidos: Stewart Dunn, 1999), 50.

circunstancias de cada supuesto litigioso, dado que solo así es posible valorar la incidencia de la conducta del acreedor y del deudor.

Bajo este parámetro, la prueba cobraría gran relevancia, pues como sucede en el *common law* sería necesario que el acreedor afectado demuestre el curso ordinario de los hechos sin tener que incurrir obligatoriamente a comportamientos que denigren su reputación, perjudiquen a terceros o que carezcan de viabilidad comercial. En cambio, el demandado está obligado a demostrar de forma fehaciente que el demandante no incurrió en los actos razonables para evitar o disminuir los daños⁶⁵. Y claro, es responsabilidad del tribunal encontrar un equilibrio entre los intereses de las partes.

La añadidura del *duty of mitigation* implica además convertirlo en un principio general dentro del régimen compensatorio de la responsabilidad civil contractual y no solamente concebirlo como un deber subsumido dentro del estándar de la buena fe objetiva como sucede en Colombia. Suescún de Roa enfatiza que en ese país este principio “obedece a un deber secundario de conducta emanado de la buena fe objetiva⁶⁶”.

La incorporación de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene varias implicaciones positivas: 1) desde una perspectiva moral se alinea con la promoción del bienestar general; 2) en las esferas económicas contribuiría a preservar la integridad de las transacciones; 3) en el entorno jurídico supondría un cambio significativo en la praxis al requerir de los jueces el establecimiento del estándar de la razonabilidad y al solicitar de las partes pruebas específicas. En conjunto, promulgarían un sistema legal y un régimen de responsabilidad civil contractual más eficiente, justo y equilibrado que tendría como prioridad también la maximización de la utilidad social y económica.

9. Conclusiones y recomendaciones

El deber de mitigar daños es un principio universal del derecho contractual. A partir del análisis realizado a lo largo del presente estudio se ha demostrado que se trata de una obligación *sui generis*, dado que si bien es concebido como un deber no otorga al deudor una acción en caso de que el acreedor tome una postura pasiva ante los riesgos y consecuencias que está enfrentando.

⁶⁵ Mohammed Hassan Al-Kaabi, “Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar”, 201.

⁶⁶ Felipe Suescún de Roa, “Mitigación de daños en materia contractual”, 1.

Por consiguiente, se configura como un parámetro que el tribunal está obligado a tomar en cuenta para otorgar un *quantum indemnizatorio* justo a la parte afectada. Bajo esta premisa se despliega que el objetivo de la institución jurídica es mantener el equilibrio obligacional entre las partes y no transformarse en una ventaja injusta para el deudor con el fin de beneficiarse de su incumplimiento, hecho que vulnera el principio *venire contra factum proprium nulli conceditur*: nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Por otro lado, es evidente que la mitigación de daños ha tenido un importante desarrollo en el *common law*, a tal punto que está superpuesta a otros remedios contractuales utilizados en este sistema jurídico frente a los actos de incumplimiento. Es así como la jurisprudencia establece las tres reglas esenciales para su aplicación: *the avoidable loss rule*, *the reasonable expenses rule* y *the avoided loss rule*. A partir de la doctrina promulgada es posible además corroborar que si bien la figura tiene que plantearse como un deber, hecho que ocurre de forma habitual, también ha de asimilarse como una carga, dado que no es factible exigirla de forma coactiva ni tiene como contrapartida un derecho.

Se desplegó también el tratamiento de la mitigación de daños en la práctica. Cobra en este aspecto importancia el estándar de razonabilidad que utilizan los jueces al momento de juzgar este tipo de casos, dado que las acciones en las que debe incurrir el acreedor no son una cuestión de derecho sino, de hecho. Además, en cuanto a la prueba se demostró que el afectado solo tiene que probar el curso ordinario de las circunstancias sin acudir obligatoriamente a comportamientos que denigren su reputación, perjudiquen a terceros o que carezcan de viabilidad comercial. En cambio, el demandado es quien tiene que demostrar de forma fehaciente que la otra parte no incurrió en los actos razonables para evitar o disminuir los perjuicios.

Existen casos que no utilizan la mitigación de daños o que solamente reconocen *nominal damages*: la primera ocurre cuando hay concurrencia de culpas y la segunda se produce cuando las medidas para aminorar o evitar el detrimento son tan claras que se adhieren de forma automática al análisis de determinación de daños. Por la naturaleza de esta figura queda demostrada la necesidad de contar con un análisis casuístico y no general de cada caso para asegurar que la responsabilidad y, por ende, la compensación no excedan los límites de lo razonable y sean otorgados de manera justa.

Un aspecto interesante es que la mitigación de daños trasciende del ámbito jurídico para establecerse como una política económica fundamental en aras de asegurar

la eficiencia y el dinamismo del mercado y salvaguardar la máquina económica con la menor perturbación posible, en la cual las transacciones conserven su integralidad y utilidad. Por lo tanto, plantea las medidas para la reducción de pérdidas individuales y funciona también para la optimización del mercado, hecho que demuestra la imperatividad de un sistema normativo que además de actuar como un incentivo para reducir el *economic waste* procure el desarrollo comercial.

Tanto en Ecuador como a nivel latinoamericano la mitigación de daños no ha tenido mayor desarrollo, pues si bien se encuentra contemplada en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, la doctrina y la jurisprudencia es mínima y en el caso de Ecuador inclusive inexistente. En todos los casos, la mitigación de daños deriva del deber de actuar de la buena fe objetiva que guía las relaciones contractuales, pero no cuenta con un andamiaje más contundente que realmente sostenga el fin para el que es concebida esta figura. Finalmente, el hallazgo más importante del estudio es que la implementación de la mitigación de daños como un deber en el Código de Comercio de Ecuador posee varias implicaciones positivas. Desde una perspectiva ético-moral-utilitarista coadyuva al bienestar y a la utilidad general y también aporta significativamente a la eficiencia económica, al dinamismo del mercado y a la conservación de la integralidad de las transacciones.

En cambio, en el entorno jurídico se visualiza que varios países, como España, no conciben necesaria la incorporación de esta figura porque es un aspecto inherente al estándar de la buena fe y de la causalidad, postura similar se la encuentra en el sistema colombiano. No obstante, ni la causalidad ni el daño directo pueden alcanzar los mismos efectos que la mitigación de daños logra de la mano de un régimen compensatorio más equilibrado. Además, hay que tomar en cuenta que entre las implicaciones jurídicas se encuentra el consagrarla como un principio general dentro del régimen compensatorio de la responsabilidad civil contractual.

Para contrarrestar las deficiencias que presenta hasta el momento el panorama jurídico nacional con respecto al tema se sugiere efectuar una reforma parcial del artículo 347 del Código de Comercio que al momento establece lo siguiente:

Art. 347.- La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes, comprenderá el valor del daño emergente y el del lucro cesante, como consecuencia del incumplimiento. Ante un incumplimiento

consumado del contrato la parte afectada podrá adoptar las medidas necesarias para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento

Por ende, el nuevo texto ha de formularse de la siguiente forma: Art. 347.- La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor del daño emergente y el del lucro cesante como consecuencia del incumplimiento.

Ante un incumplimiento consumado del contrato la parte afectada deberá adoptar las medidas necesariamente razonables para evitar o reducir las pérdidas. El juzgador con base al estándar de razonabilidad determinará el *quantum indemnizatorio* correspondiente al acreedor en consideración a los siguientes parámetros los cuales no son taxativos:

- a) Si el afectado no lleva a cabo todas las acciones razonablemente necesarias para evitar el daño. El acreedor afectado no podrá ser compensado por los daños que razonablemente pudo haber evitado.
- b) No obstante, si el demandante incurre en intentos razonables para minimizar el daño, aunque no fuesen exitosos, deberá ser compensado. El demandante podrá añadir a la indemnización de perjuicios todos aquellos gastos incurridos y que resultaron necesarios para aminorar sus pérdidas.
- c) Así también, si el demandante incurre en acciones innecesarias o poco razonables no podrá ser compensado sobre las mismas.
- d) El acreedor afectado no tendrá que mitigar sus propios daños en aquellas situaciones en las que su situación financiera haga imposible la mitigación, o cuando resulte muy complicada, riesgosa o impráctica.

De este modo, la reforma del artículo procura constituirse como un incentivo positivo para el acreedor afectado con el fin de evitar que tome una postura arbitraria de la que se desplieguen mayores pérdidas y más bien lleve a cabo medidas razonablemente necesarias y oportunas para mitigar y/o evitar los daños. En un entorno macro esta modificación aportará a aumentar el bienestar general, a mejorar la eficiencia económica y el dinamismo del mercado y a procurar un sistema jurídico más justo que vele por el equilibrio de las partes contractuales.