

Mitigación del daño ante el incumplimiento contractual: fundamento y posible alcance en Ecuador

*Mitigation of Damage in Contract Breach:
Basis and Potential Scope in Ecuador*

Doménica Lisseth Ayala López

Abogada, Universidad del Azuay

Cuenca, Ecuador

domenica.ayalalopez@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0009-2596-9786>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.4>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 18 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Este estudio aborda la mitigación del daño en el incumplimiento contractual, explorando sus fundamentos teóricos y su posible alcance en Ecuador. Se examina su carácter jurídico y su rol dentro de la relación contractual, analizando si debe entenderse como una manifestación de la buena fe, una obligación que recae sobre el acreedor o una carga procesal que influye en la reclamación de indemnizaciones. También se evalúa su compatibilidad con principios como el *restitutio in integrum* y su impacto en la determinación del daño indemnizable. Desde el ámbito normativo, se revisa su regulación en Ecuador, donde su reconocimiento expreso en el Código de Comercio parece limitarse a una facultad del acreedor sin constituir una obligación estricta. Ante la falta de jurisprudencia relevante, su aplicación se analiza desde una perspectiva académica, destacando su incidencia en el ámbito probatorio. En este sentido, se examinan sus reglas, estándares y límites para evitar imponer al acreedor cargas excesivas. La metodología utilizada combina una revisión bibliográfica con un ejercicio de interpretación normativa, permitiendo sistematizar fuentes académicas, doctrinales y normativas. Además, se empleó inteligencia artificial como herramienta de apoyo en la redacción, asegurando coherencia y precisión mediante la revisión de la autora.

PALABRAS CLAVE: mitigación del daño, *quantum respondeatur*, incumplimiento contractual, indemnización, buena fe contractual, daños y perjuicios, reparación integral, razonabilidad.

ABSTRACT

This study examines damage mitigation in contractual breaches, exploring its theoretical basis and potential scope in Ecuador. It analyzes its legal nature and role within contractual relationships, assessing whether it constitutes an expression of good faith, a creditor's obligation, or a procedural burden affecting compensation claims. Its compatibility with fundamental principles such as *restitutio in integrum* and its impact on determining compensable damages are also evaluated. From a normative perspective, the study reviews its regulation in Ecuador, where its express recognition in the Commercial Code appears to grant creditors a faculty rather than impose a strict obligation. In the absence of relevant case law, its application is examined academically, emphasizing its impact on evidentiary matters. Accordingly, its rules, standards, and limitations are analyzed to prevent excessive burdens on the creditor. The methodology combines a literature review with a normative interpretation exercise, systematizing academic, doctrinal, and legal sources. Additionally, artificial intelligence was used

as a drafting support tool, ensuring coherence and accuracy through the author's review.

KEYWORDS: duty to mitigate damages, quantum respondeatur, breach of contract, compensation, contractual good faith, damages and losses, full damages, reasonableness.

FORO

INTRODUCCIÓN

La mitigación del daño, sus fundamentos teóricos y su posible alcance en el Ecuador en el contexto contractual son el eje central de esta investigación.

Para abordar esta problemática, resulta necesario examinar los antecedentes históricos y la naturaleza jurídica de la figura de la mitigación del daño, analizando si debe ser considerada un deber derivado de la buena fe contractual, si se trata de una obligación autónoma que incumbe al acreedor en el contexto de la relación contractual o, en su defecto, una carga que se impone al acreedor, que ante la falta de cumplimiento tiene repercusiones de índole procesal respecto a la reclamación de la indemnización.

Es pertinente indagar si la aplicación de la figura de la mitigación del daño podría contradecir principios fundamentales, como el principio de *restitutio in integrum*,¹ que busca restaurar la situación previa al incumplimiento. A este respecto, será esencial revisar los conceptos de daño indemnizable.

Una vez clarificada la noción de mitigación del daño, es necesario analizar su alcance en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cómo la forma en la que se presenta la figura en la normativa reafirma su connotación de carga procesal, que influye en el ámbito probatorio de los perjuicios reclamados.

Finalmente, es importante determinar sus reglas, su estándar y límites, con el fin de evitar imponer al acreedor cargas excesivas que resulten más gravosas que el propio incumplimiento contractual.

1. Jakob Fortunat Stagl, “De Roma a Lima: la restitución a un estado anterior en el derecho indiano”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 41 (2019): 289-302, <https://tinyurl.com/3j86k453>. “[...] es el restablecimiento del estado o de la posición jurídica anterior”.

Dada la complejidad del tema, se utiliza la inteligencia artificial para sugerencias de redacción y reducir la extensión sobre los antecedentes históricos. Sin embargo, todos los borradores fueron revisados y modificados por la autora para asegurar su precisión y coherencia del análisis.

ANTECEDENTES DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

La mitigación del daño tiene sus orígenes en el *common law*. Sin embargo, su influencia trasciende este sistema, hallando respaldo en el *civil law*.

En el primer sistema mencionado, la jurisprudencia adquiere un rol fundamental. Según Jorge López Santa María, los tribunales del derecho anglosajón consideran que el contratante, afectado por el incumplimiento, tiene la responsabilidad de implementar las medidas razonables para mitigar los perjuicios derivados de este.² Una de las primeras sentencias clave fue el caso *Vertue c. Bird* de 1677, en el que un comerciante abandonó su mercancía tras un rechazo injustificado, lo que causó su deterioro total. El tribunal falló que el comerciante no tenía derecho a compensación, ya que la conservación de la mercancía estaba en su control, y su destrucción fue consecuencia de su inacción, pese al incumplimiento de la otra parte.³ Más adelante, en 1830 el caso *Staniforth c. Lyall*, los jueces fallaron en un sentido similar.⁴ Sin embargo, fue hasta 1912, en el caso *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. vs. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*,⁵ cuando los jueces empezaron a desarrollar nociones como el daño evitable y la reducción del monto indemnizatorio.

Por otro lado, las cortes estadounidenses, en casos como el de *Rockingham County vs. Luten Bridge Co.* han establecido claramente que, ante un incumpli-

-
2. Jorge López Santa María, “Informe en derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 8 (2007): 206, Redalyc, <https://bit.ly/4gQYBXo>.
 3. Jorge Barone González, “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, *Revista Verba Iuris* (Universidad Libre), n.º 39 (2018): 81-106, <https://tinyurl.com/mtkk4vv9>.
 4. *Ibid.*
 5. Carlos Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), 154-5. [...] El demandante pidió indemnización porque las turbinas entregadas no cumplían con lo acordado. Sin embargo, al adquirir turbinas más eficientes, obtuvo beneficios económicos. La Cámara de los Lores determinó que no podía reclamar por pérdida de utilidad, ya que las medidas tomadas para mitigar el daño le generaron ganancias.

miento contractual, la parte afectada debe hacer todos los esfuerzos razonables dentro de sus posibilidades para reducir las pérdidas.⁶ Su desarrollo también se sustenta normativamente en leyes como la *Sales of Goods Act* de Inglaterra, que establece que tanto el comprador como el vendedor deben minimizar los daños en caso de incumplimiento. De no cumplir con este deber, la indemnización puede reducirse. Esta misma idea se refleja en el *Restatement of Contracts* y el *Uniform Commercial Code*, donde se otorga al comprador el derecho a adquirir bienes sustitutos ante el incumplimiento del vendedor y a reclamar los costes incurridos.⁷

En alternativa, en el sistema *civil law* al que pertenece el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los antecedentes se retrotraen al derecho romano, en el *Corpus Iuris Civilis*, donde destacan jurisconsultos como Alfenio Varo y Labeón. En el caso del primero, uno de sus postulados consistía en que debe excluirse del *quantum* indemnizatorio el daño evitable; por ejemplo, si el esclavo fuese herido gravemente por un tercero y falleciera por negligencia médica o del dueño, procedería la indemnización; caso contrario, no.⁸ El sistema *civil law*, desde sus orígenes en el derecho romano, utiliza elementos como la culpa y la diligencia del buen padre de familia para la determinación de la responsabilidad civil y el *quantum respondeatur*.⁹

El jurisconsulto Labeón resalta este postulado en el ámbito contractual, como en un contrato de servicio de lavandería: si el propietario puede recuperar las telas hurtadas, solo se le podrá indemnizar por los daños inevitables, como los gastos judiciales.¹⁰

No obstante, conceptos como el daño evitable fueron desarrollados por autores como Domat y Pothier, quienes influyeron en la doctrina y codificación, especialmente el segundo, quien en su conocido ejemplo de la vaca enferma¹¹

6. 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): 117-8, <https://bit.ly/4guRRP6>.

7. Jorge Oviedo-Albán, “Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods”, *Vniversitas* 137 (2018): 5, <https://bit.ly/4fBIYmU>.

8. Álvaro Rodrigo Vidal Olivares (dir.) y Gonzalo Francisco Severin Fuster (ed. lit.), *Estudios de Derecho de Contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago: Thomson Reuters, 2018), 689.

9. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, 149.

10. Vidal Olivares y Severin Fuster, *Estudios de Derecho de Contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, 692.

11. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, 151. [...] El ejemplo plantea la compra de

realiza una diferenciación entre la causa mediata y remota del daño, determinando que la diligencia del comprador hubiera podido evitar los daños, convirtiéndose su pasividad en la causa jurídica del daño. Es decir, formulando la idea de que no todos los perjuicios son resarcibles, idea a la que se volverá después.

La figura de la mitigación del daño sí ha sido adoptada, pero no de manera general en los sistemas jurídicos Civil Law, aunque autores como Jorge Cubides-Camacho, Álvaro Vidal-Olivares y Díez Picazo la consideran consecuencia del principio de buena fe en los contratos.¹² En el caso ecuatoriano, el Código de Comercio sí la contempla. En definitiva, aunque su aplicación es más destacada en los sistemas anglosajones, se reconoce en códigos del *civil law*, donde su interpretación es compleja.

Tras haber analizado los antecedentes históricos, es fundamental abordar ahora su naturaleza jurídica.

NATURALEZA DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

La mitigación del daño no debe confundirse con otras figuras. Solo se aplica una vez ocurrido el daño, ya que se refiere a la posibilidad de reducirlo o agravarlo, pero no a su producción. Si el acreedor contribuye al daño, se habla de responsabilidad compartida por negligencia del acreedor, conocida en el sistema *common law* como *contributory negligence*,¹³ que ocurre antes del daño e implica una concurrencia de culpas, es decir, se reduce la indemnización porque el acreedor ha sido partícipe de la producción del daño, que en el contexto ecuatoriano equivale a la atenuación por imprudencia de la víctima.¹⁴

una vaca enferma que contagia al ganado, lo que impide al comprador cultivar sus tierras y causa un desequilibrio en su fortuna. El autor francés se pregunta si es posible responsabilizar al mercader por estos daños indirectos.

12. Oviedo-Albán, “Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods”, 3.
13. Horia Ciurtin, “A Hermeneutical Perspective Upon the ‘Mitigation of Damages’ Principle: The Metamorphosis of a Concept in International Law”, en *Nappert Prize in International Arbitration*, ed. Andrea Bjorklund (París: ICC/McGill, 2015), *Transnational Dispute Management* (2015): 7 [...] Explica la situación en la que la parte perjudicada ha contribuido al perjuicio experimentado o no ha implementado acciones razonables previas al incumplimiento que podrían haber prevenido las pérdidas.
14. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005, art. 2230.

También es necesario aclarar si la mitigación del daño debe considerarse un deber, una obligación o una carga. En el ámbito contractual, la mitigación no es una obligación *per se*, ya que las obligaciones generan derechos correlativos y, ante el incumplimiento, se recurre a los remedios contractuales.¹⁵ Su inobservancia no da lugar a sanción, a diferencia de las obligaciones contractuales.¹⁶ Sin embargo, podría considerarse una figura derivada del deber de cooperación o de protección, nacidos de la buena fe, principio reconocido por la doctrina y expresamente adoptado en el art. 1562 del Código Civil¹⁷ para la ejecución de los contratos. La autora chilena San Martín Neira señala que la mitigación del daño no debe confundirse con el deber de protección. Este último impone una obligación de resarcir, mientras que la mitigación busca reducir la deuda existente. Destaca que, en virtud del deber de cooperación, el acreedor debe cuidar los intereses del deudor.¹⁸ Esto implica evitar agravar la situación y contener los daños. Empero, mientras el deber de cooperación busca un beneficio mutuo, la mitigación del daño está centrada en proteger los intereses del acreedor.¹⁹ Esto plantea la duda de si se trata de un deber o de una carga.

La carga implica la subordinación de un interés a otro del mismo sujeto, quien decide si actúa o no, en función de sus diversos intereses.²⁰ Es decir, el acreedor decide si actúa o no para reducir los daños, y su inacción solo afecta a sus propios intereses. A diferencia de un incumplimiento contractual, la falta de mitigación del daño no acarrea una sanción, sino que solo limita la indemnización que el acreedor puede exigir. De acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos, corresponde a la parte actora probar los hechos que sustenten su demanda.²¹ Si el acreedor desea reclamar los daños derivados del incumplimiento, deberá demostrar que estos son consecuencia directa de dicho

15. Hernando Tapias-Rocha y Betty Martínez-Cárdenas, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones* (Bogotá: Temis, 2020), 249.

16. Antonio Cabanillas Sánchez, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil* (Madrid: Montecorvo, 1988), 52.

17. Ecuador, *Código Civil*, art. 1562.

18. Lilian C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 309.

19. Djakhongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments* (Oxford: Hart Publishing, 2021), 131.

20. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, 72.

21. Ecuador, *Código General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 169.

incumplimiento. Si no lo logra, el deudor podrá probar que los daños no se deben a su conducta, sino a la inacción del acreedor en mitigar los perjuicios. En este caso, los daños dejarían de ser una consecuencia directa del actuar del deudor. Por ello, a criterio de esta autora, su naturaleza se asemeja más a una carga que a una obligación o deber.

Por consiguiente, tras un breve análisis de los antecedentes históricos y su naturaleza, es necesario delimitar su concepto.

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

Ante un incumplimiento contractual, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por sus pérdidas, pero correlativo a su derecho, tiene el deber de tomar medidas razonables para mitigar esas pérdidas, lo que limita su indemnización.²² Es decir, a la luz de esta doctrina, adquiere relevancia si el acreedor realizó todas las medidas razonables que estaban en su poder para reducir los daños producto del incumplimiento.

Para ejemplificar, el autor Felipe Suescún de Roa, quien a su vez cita a Richard Posner, señala un contexto contractual para entender de mejor forma la mitigación del daño: un carpintero celebra un contrato de compraventa con un proveedor para la entrega de chapas de puertas. Tras algunas entregas, el comprador deja de pagar y no recibe las entregas posteriores. Después de exigir sin éxito el cumplimiento del contrato, el vendedor decide vender las chapas a un tercero al precio del mercado, inferior al acordado inicialmente.²³

En el ejemplo dado se observa la actuación del acreedor, quien no se limita a esperar que el deudor cumpla con su obligación, prefiriendo vender el producto a un precio menor al que hubiese recibido, no obstante, con la posibilidad de reclamar la diferencia. En ese sentido, la figura de la mitigación del daño busca auxiliar a quien actúa, antes que permitir una indemnización infinita para el que pasivamente esperó a que se eleven las pérdidas, lo que, en palabras de Pérez Velásquez, citado por Beatriz Extremera Fernández, equilibra la relación

22. 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* 12, n.º 2 (2023): 200, <http://bit.ly/3Dy7K8T>.

23. Felipe Suescún de Roa, “Mitigación de daños en materia contractual”, *Vniversitas*, 67 (136): 2, <https://bit.ly/3VVK5W9>.

contractual afectada por el incumplimiento, beneficiando al deudor al evitar que se le exija una cantidad superior a la que pudo haber sido mitigada, y al acreedor exigir los valores que fueron destinados a las medidas mitigadoras,²⁴ tema que se abordará más adelante.

Conceptualizada la figura, corresponde analizar a breves rasgos si su aplicación puede ir en contra del principio de la reparación integral del daño.

¿CONTRADICCIÓN CON LA REPARACIÓN INTEGRAL?

A continuación, será necesario repasar una noción de daño y adentrarse en lo que previamente se señaló como daño indemnizable.²⁵

Alessandri define al daño como todo detrimento que sufra un individuo en su persona, bienes, honor, libertad, afectos, etc.²⁶ Juan José Casiello indica que la noción de daño inicialmente se asociaba a la violación de un derecho subjetivo; luego se amplió para incluir la lesión de intereses legítimos.²⁷ Jaime Santos Briz, con mayor claridad, define: “Daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”.²⁸ En consecuencia, en principio, daño será todo menoscabo material o moral causado por un ilícito.

Paralelo a la presencia del daño nace la obligación de repararlo, en el Código Civil en su art. 1453,²⁹ referente a las fuentes de las obligaciones, se reconoce como una de estas la que nace a consecuencia del daño causado a otra persona.

24. Beatriz Extremera Fernández, *La carga de mitigar el daño* (Madrid: Dykinson, 2022), 135.

25. Real Academia Española, “Daño indemnizable”, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., accedido 30 de diciembre de 2024, <https://tinyurl.com/mwyyn9t3> [...] Daño cualificado por la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento para que surja la obligación de quien lo causa de repararlo.

26. Alberto Tamayo, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005), 53.

27. José Luis de los Mozos y Carlos Soto, *Responsabilidad Civil Derecho de Daños* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006), 218.

28. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Bogotá: Legis Editores, 2008), 326.

29. Ecuador, *Código Civil*, art. 1453.

En las relaciones contractuales, antes del incumplimiento existe una obligación entre acreedor y deudor. Ante el incumplimiento total, parcial o el retraso, surge una nueva obligación a favor del acreedor: la de reparar.³⁰

¿La obligación de reparar debe ser respecto a todo daño material o moral proveniente de un hecho ilícito? El acreedor, además de soportar el daño, ¿tiene una obligación de mitigarlo?

El principio que guía la indemnización de daños y perjuicios es la reparación integral o *full damages rule*,³¹ que busca proteger la protección del interés contractual positivo del acreedor. Su objetivo es colocarlo en una situación similar o lo más parecida posible, a la que habría tenido si el contrato se hubiese cumplido conforme a lo pactado.³² Sin embargo, la reparación integral no implica una compensación ilimitada, ya que no todos los daños son resarcibles.

Los perjuicios contractuales comprenden el daño emergente y el lucro cesante. Debemos entender por daño emergente la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, haberse retardado en su cumplimiento o haberla incumplido imperfectamente.³³ Mientras que lucro cesante hace referencia a todas aquellas ganancias que habrían entrado al patrimonio del perjudicado si no hubiera tenido lugar el incumplimiento contractual.³⁴ El daño debe ser directo y actual,³⁵ es decir, el nexo causal entre el incumplimiento y el daño debe ser claro. Si no existe o se interrumpe, afecta la responsabilidad. Al igual que tampoco procede una doble reparación si el daño ya ha sido resarcido.

Siguiendo a Pothier, los perjuicios pueden ser directos o indirectos, según su causa. En los indirectos, la diligencia del acreedor es clave, pues pudo mitigar el daño y no lo hizo. Pérez Velázquez sostiene que solo son indemnizables los daños directamente causados por el incumplimiento, excluyendo aquellos

30. Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2010), 117.

31. Término utilizado en el Common Law para referirse al criterio de reparación integral.

32. Juan Pablo Pérez Velázquez, “El Principio Full Damages Rule y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno derecho de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 14, n.º 2 (2022): 696, <https://tinyurl.com/68m7hnjm>.

33. Tapias-Rocha y Martínez-Cárdenas, *Manual de Derecho Civil Obligaciones*, 271.

34. Ramón Rodríguez Montero, ed., *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: aspectos nacionales e internacionales* (Madrid: Gesbiblo, 2006), 607.

35. Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 336.

agravados por el propio perjudicado.³⁶ Así, la interrupción del nexo causal impediría su resarcimiento.

Si el acreedor ha reducido los perjuicios, estos no son indemnizables, ya que no constituyen daños actuales. Incluir un daño ya reparado en la indemnización generaría un enriquecimiento injustificado.

La posible contradicción con la reparación integral surge entre el momento en que ocurre el daño y su conocimiento judicial.³⁷ Si al ser evaluados los perjuicios han sido reparados o el nexo causal se ha interrumpido, no podrán ser indemnizados. Esto no vulnera dicho principio, pues la indemnización debe corresponder solo a los daños efectivamente sufridos, verificables y aún no reparados.

Finalmente, imponer la carga al acreedor de mitigar el daño evitable o de reducirlo no necesariamente implica una contradicción al principio de reparación integral, debido a que solo se esperaría de este la diligencia que le corresponde, derivada de la buena fe contractual.³⁸ Desde el punto de vista procesal, al tratarse de una carga, la falta de medidas limitará la indemnización del acreedor. El deudor podrá argumentar que los daños no son consecuencia directa del incumplimiento, sino de la inacción del acreedor, lo que afectará los intereses judiciales del acreedor, pero quedará a su criterio, con relación a su pretensión.

En resumen, la mitigación de daños no contradice el principio de reparación integral. El ordenamiento jurídico ecuatoriano también contempla disposiciones que se alinean con esta figura, lo cual se estudiará a continuación.

MITIGACIÓN DEL DAÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha desarrollado a cabalidad la figura analizada; no obstante, presenta determinadas referencias y disposiciones que se alinean a su naturaleza.

36. Pérez Velázquez, “El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno derecho de los contratos”, 708.

37. Ramón Domínguez Águila, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5 (2005): 87, <https://tinyurl.com/km895x2b>.

38. René Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1 (París: Librairie Arthur Rousseau, 1923), 8.

En primer lugar, la referencia más expresa, el art. 347 del Código de Comercio, cuyo último párrafo establece: “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”.³⁹

La disposición normativa ha incorporado la figura de mitigación del daño, sin embargo, su interpretación literal, al utilizar el término *podrá*, sugiere que se trata de una facultad y no de una obligación vinculante. Esto implicaría que la parte afectada no estaría obligada a adoptar medidas para reducir la pérdida, dejando a su arbitrio la decisión de mitigar el daño. No obstante, esta interpretación no es definitiva, ya que no impide considerar a la mitigación del daño como un deber de buena fe o una carga procesal exigible para la determinación de los daños.

Por otro lado, la norma emplea el término *medidas necesarias*, lo que implica que solo se requieren acciones que cumplan con este estándar, conforme lo señalado por la doctrina, como se verá más adelante. Sin embargo, está sujeta a conceptos indeterminados como la razonabilidad, necesidad o proporcionalidad, que varían según el caso.

La norma citada podría considerarse un acierto como una aproximación a la figura jurídica de la mitigación del daño, empero, su redacción la presenta como una facultad, lo que limita su efectividad, pues el acreedor no está obligado de manera explícita a tomar medidas. De ahí que, nuevamente, se recurra a una naturaleza de carga en el ámbito procesal. Esto implicaría que si el acreedor no actúa, tendría consecuencias directas en la determinación de la indemnización. De lo contrario, la norma queda reducida a una mera facultad, sin implicaciones reales. Lamentablemente, la aplicación de esta norma aún no se ha reflejado de manera significativa en las decisiones judiciales, lo que dificulta un análisis más profundo sobre la interpretación de la disposición, así como su impacto en la determinación de los daños.

En segundo lugar, si bien el Código Civil no menciona expresamente la mitigación del daño, el art. 1569, relativo a la obligación de hacer, se alinea con su concepto. Dicha norma faculta al acreedor a encargar a un tercero la ejecución de la obligación incumplida, a expensas del deudor.⁴⁰ Si esta acción se realiza previa a la demanda, podría considerarse una medida de mitigación, pues evita

39. Ecuador, *Código de Comercio*, Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019, art. 347.

40. Ecuador, *Código Civil*, art. 1569.

un perjuicio mayor y traslada el costo al deudor. La finalidad de la indemnización en este tipo de obligación es precisamente garantizar que el acreedor pueda recurrir a un tercero sin asumir el perjuicio del incumplimiento. Así, esta interpretación es personal y pretende presentar normas cuyo espíritu se ajusta a la naturaleza de la figura, pudiendo existir un mayor número de normas que compartan el mismo espíritu.

En tercer lugar, la jurisprudencia no ha propiciado el desarrollo de la mitigación del daño en el incumplimiento contractual, y a la presente fecha no hay resoluciones que hayan tratado este tema, dificultando su aplicación.

De considerar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene bases suficientes para la aplicación de la figura, cabe cuestionarse cuáles son las reglas y los límites a estas.

REGLAS DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO Y SUS LÍMITES

La mitigación del daño se rige por determinadas reglas, pero la doctrina ha optado por definir en tres:

1. El demandante no podrá recuperar la pérdida si pudo prevenirla, adoptando medidas razonables y no lo hizo.
2. Si previene o atenúa la pérdida, no podrá exigir los valores que excedan lo razonablemente necesario.
3. Si incurre en gastos razonables para prevenir o atenuar la pérdida, podrá exigir al demandado el reembolso, aunque las medidas no hayan tenido éxito.⁴¹

Si la pérdida es consecuencia de la negligencia o pasividad del demandante, quien pudo haber actuado razonablemente para evitarla, no tendrá derecho a exigirla. Esta regla establece que las acciones para mitigar el daño deben ser razonables, necesarias y proporcionales. Por ello, los tribunales anglosajones presumen que el demandante actuó razonablemente, dejando al demandado la carga de probar lo contrario.⁴² Pero, ¿qué debe entenderse por razonable?

41. Abhishek Bansal y Manzra Dutta, “Mitigation of Losses Under Contracts Law”, 20 de junio de 2012, <https://tinyurl.com/mr3j36uu>.

42. Andrew D. Dyson, “Recovery for Avoided Loss: Towards a New Account of Mitigation”, *Oxford Student Legal Studies Paper*, n.º 7 (2012): 9, <https://tinyurl.com/49fcap9p>.

La Corte Suprema de Austria ha considerado una medida razonable aquella que pudo ser esperada como una conducta de buena fe de una persona razonable, en la posición del afectado, en las mismas o similares circunstancias.⁴³ Es decir, la razonabilidad de la medida comprenderá los intereses de ambas partes, la naturaleza del contrato y las prácticas comerciales usuales. Por ejemplo, ante una compraventa de cosas de género, si el vendedor no entrega los productos en el tiempo y lugar convenido, sería razonable que el comprador intente obtenerlos de otro vendedor; de no hacerlo, no podrá exigir indemnización por la diferencia de precio, si este aumenta. En ese sentido, lo único que se le exige al acreedor es que la medida adoptada sea oportuna y se la realice en virtud de prevenir la extensión del daño.⁴⁴ Mientras que, la segunda regla no es más que la consecuencia de la primera, pues ante la reparación del daño, no es posible exigir una indemnización, pues ha dejado de existir. Por último, de la tercera regla, no debe colegirse como una cantidad a sumarse al *quantum* indemnizatorio, los valores que el demandante puede exigir por reembolso, simplemente es una sustitución y generalmente son inferiores a las pérdidas que se están mitigando.⁴⁵

En resumen, las reglas reflejan el sentido y naturaleza de la figura, pero se considera que su aplicación es un desafío. A pesar de estar definidas, las calificaciones abstractas utilizadas introducen un grado de subjetividad y disparidad en su aplicación, siendo necesario conocer los límites.

En palabras de Extremera Fernández, los límites se basan en las circunstancias personales del perjudicado o de terceras personas, cuando estas medidas sean excesivamente gravosas y desproporcionadas.⁴⁶

En ese sentido, si el acreedor no tiene suficiente capacidad económica, resultaría excesivamente gravoso que intente adoptar medidas mitigadoras,⁴⁷ como lo sucedido en el caso *Ladgen vs. O'Connor*, en el que la víctima de

43. 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: Cambridge University Press, 2007), 226.

44. Jorge Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Bogotá: Legis, 2003), 210.

45. Djakhongir Saidov y Ralph Cunnington, eds., *Contract Damages: Domestic and International Perspectives* (Londres: Bloomsbury Publishing Plc, 2008), 336.

46. Extremera Fernández, *La Carga de Mitigar el Daño*, 273.

47. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coord., *Comentarios al Código Civil* (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2013), 736.

un accidente de tránsito se encontraba desempleado, optando por arrendar un vehículo a crédito en vez de comprar otro vehículo con similares características, el tribunal determinó que el perjudicado no tenía otra alternativa menos costosa.⁴⁸

En otro ejemplo, tras la contaminación del agua que ocasionó la pérdida de los peces del demandante, se analizaba si solicitar un crédito para adquirir otros peces sería una medida mitigadora, sin embargo, los magistrados alemanes solo la consideraron aceptable si el préstamo era insignificante para el perjudicado.⁴⁹ De lo contrario, podría resultar excesivamente gravosa y desproporcionada. En casos donde las alternativas sean desproporcionadas o excesivamente gravosas, como en los ejemplos anteriores, se justifica su inobservancia.

CONCLUSIÓN

Con base en lo expuesto, la mitigación del daño busca incentivar al acreedor a tomar medidas razonables para reducir las pérdidas derivadas del incumplimiento contractual, garantizando que la indemnización responda únicamente a los daños efectivamente sufridos y no a aquellos atribuibles a su inacción.

En ese sentido, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, su alcance parece limitado a una disposición expresa del Código de Comercio, que da la facultad al acreedor de actuar, sin imponerle obligación directa, más allá de su implicación en el ámbito probatorio, al momento de reclamar perjuicios.

Ante la ausencia de jurisprudencia relevante en Ecuador, su análisis desde una perspectiva académica permite considerarla una carga procesal. En materia probatoria, rige la máxima de que quien alega un hecho debe probarlo. Así, al reclamar una indemnización, el acreedor deberá demostrar que los daños sufridos derivan efectivamente del incumplimiento del deudor, tanto en lo que respecta al daño emergente como al lucro cesante.

En este contexto, la mitigación del daño cobra relevancia cuando se debate si los perjuicios alegados provienen del incumplimiento del deudor o de la inacción del acreedor. En el escenario hipotético de que el acreedor no haya empleado medidas mitigadoras razonables y proporcionales, puede dificultar la

48. Extremera Fernández, *La carga de mitigar el daño*, 278.

49. Walter Erman, *Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* (Berlín: Dr. Otto Schmidt, 2017), 940.

prueba sobre algunos de los daños, sobre todo de aquellos que a *prima facie* no se tiene claridad de su causalidad. Mientras que, si el acreedor adopta medidas de mitigación razonables y proporcionales —aunque no reduzcan significativamente las pérdidas— o incluso, no las reduzca en lo absoluto, podrá demostrar que el perjuicio sufrido es consecuencia directa del incumplimiento, dado que se han clarificado los daños provenientes del incumplimiento.

De este modo, la mitigación del daño fortalecería la posición del acreedor en el proceso probatorio y aseguraría que la indemnización refleje de manera adecuada los daños realmente sufridos.

BIBLIOGRAFÍA

- Al-Kaabi, Mohammed Hassan. “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* 12, n.º 2 (2023). <http://bit.ly/3Dy7K8T>.
- Bansal, Abhishek, y Manzra Dutta. “Mitigation of Losses Under Contracts Law”. 20 de junio de 2012. <https://tinyurl.com/mr3j36uu>.
- Barone González, Jorge. “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”. *Revista Verba Iuris* (Universidad Libre), n.º 39 (2018). <https://tinyurl.com/mtkk4vv9>.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, coord. *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- Cabanillas Sánchez, Antonio. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1988.
- Ciurtin, Horia. “A Hermeneutical Perspective Upon the ‘Mitigation of Damages’ Principle: The Metamorphosis of a Concept in International Law”. En *Nappert Prize in International Arbitration*, editado por Andrea Bjorklund, 7. París: ICC/McGill, 2015. *Transnational Dispute Management*, 2015.
- De los Mozos, José Luis, y Carlos Soto. *Responsabilidad civil: derecho de daños*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.
- Demogue, René. *Traité des obligations en général*. Tomo 1. París: Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- Domínguez Águila, Ramón. “Notas sobre el deber de minimizar el daño”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5 (2005). <https://tinyurl.com/km895x2b>.
- Dyson, Andrew D. “Recovery for Avoided Loss: Towards a New Account of Mitigation”. *Oxford Student Legal Studies Paper*, n.º 7 (2012). <https://tinyurl.com/49fcap9p>.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005.
- . *Código de Comercio*, Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019.

- . *Código General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- Erman, Walter. *Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Berlín: Dr. Otto Schmidt, 2017.
- Extremera Fernández, Beatriz. *La carga de mitigar el daño*. Madrid: Dykinson, 2022.
- Felemegas, John, 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: Cambridge University Press, 2007.
- Fortunat Stagl, Jakob. “De Roma a Lima: la restitución a un estado anterior en el derecho indiano”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 41 (2019). <https://tinyurl.com/3j86k453>.
- Jaramillo, Carlos. *Los deberes de evitar y mitigar el daño*. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- López Santa María, Jorge. “Informe en derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización, de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º (2007). Redalyc, <https://bit.ly/4gQYBXo>.
- Mazeaud, Henri, León Mazeaud y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2010.
- Pérez Velázquez, Juan Pablo. “El Principio *Full Damages Rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno derecho de los contratos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 14, n.º 2 (2022): 696. <https://tinyurl.com/68m7hnjm>.
- Real Academia Española. “Daño indemnizable”. En *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Accedido 30 de diciembre de 2024. <https://tinyurl.com/mwyvn9t3>.
- Rodríguez Fernández, Maximiliano. “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 15 (2008). <https://bit.ly/4guRRP6>.
- Rodríguez Montero, Ramón, ed. *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: aspectos nacionales e internacionales*. Madrid: Gesbiblo, 2006.
- San Martín Neira, Lilian C. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Saidov, Djakhongir. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2021.
- Saidov, Djakhongir, y Ralph Cunnington, eds. *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*. Londres: Bloomsbury Publishing Plc, 2008.
- Suescún de Roa, Felipe. “Mitigación de daños en materia contractual”. *Vniversitas* 67, n.º 136 (2024). <https://bit.ly/3VVK5W9>.

- Suescún Melo, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2003.
- Tamayo, Alberto. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis Editores, 2008.
- Tapias-Rocha, Hernando, y Betty Martínez-Cárdenas. *Manual de Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá: Temis, 2020.
- Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo (dir.), y Gonzalo Francisco Severin Fuster (ed. lit.). *Estudios de Derecho de Contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.