

EL DEBER DEL ACREEDOR
DE EVITAR Y MITIGAR EL DAÑO

Límite del *quantum* indemnizatorio en el régimen peruano
de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual

DANIEL L. UGARTE MOSTAJO

EL DEBER DEL ACREEDOR DE EVITAR Y MITIGAR EL DAÑO

Límite del *quantum* indemnizatorio en el régimen peruano
de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual

PALESTRA EDITORES

LIMA - 2025

346.6 U24	Ugarte Mostajo, Daniel L. El deber del acreedor de evitar y mitigar el daño. Límite del <i>quantum</i> indemnizatorio en el régimen peruano de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual / Daniel L. Ugarte Mostajo; 1.ª ed. – Lima: Palestra Editores; 2025. 000 pp.; 17 x 24 cm. D. L.: 2025- ISBN: 978-612-325- 1. Derecho civil; 2. Contratos; 3. Responsabilidad contractual; 4. Responsabilidad civil; 5. Daño (Derecho civil); 6. Obligaciones y contratos (Derecho civil).
--------------	--

EL DEBER DEL ACREEDOR DE EVITAR Y MITIGAR EL DAÑO

Límite del *quantum* indemnizatorio en el régimen peruano de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual

Daniel L. Ugarte Mostajo

Primera edición, noviembre 2025

© 2025: DANIEL L. UGARTE MOSTAJO

© 2025: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156, LIMA 5, PERÚ

Noviembre, 2025

Cuidado de estilo y edición:

HILDA ROJAS SINCHE

Diagramación:

ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2025-10367

ISBN: 978-612-325-622-7

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL *COPYRIGHT*.

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	15
AGRADECIMIENTOS	19
INTRODUCCIÓN.....	21
<i>Capítulo 1</i>	
PRECISIONES TERMINOLÓGICAS EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, JUSTIFICACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DEL PRESENTE ESTUDIO Y APROXIMACIÓN INICIAL AL TRATAMIENTO DE LA MITIGACIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO PERUANO	27
A. La responsabilidad por incumplimiento contractual frente a la denominada responsabilidad por inejecución de obligaciones y la pretendida unificación de la responsabilidad civil en el derecho peruano....	28
1. La denominada responsabilidad por inejecución de obligaciones en el Código Civil peruano.....	28
2. La pretendida unificación de la responsabilidad civil como posible obstáculo para un enfoque eminentemente contractual del deber del acreedor de evitar y mitigar los daños en el Perú.....	32
B. La singularidad de la responsabilidad por incumplimiento contractual: de las categorías genéricas de “situación jurídica subjetiva” y “relación jurídica”, a una noción realista de contrato como componente esencial de la matriz teórica de la presente investigación	37
1. La ambivalencia, en sede de responsabilidad civil, de las categorías genéricas de situación jurídica subjetiva y relación jurídica.....	37

2. De la excesiva amplitud de la teoría general de las obligaciones a las particularidades de la relación jurídica de fuente contractual	39
3. Una concepción realista del contrato.....	46
3.1. El contrato como expresión de un poder originario de la persona, mas no soberano.....	47
3.2. El contrato, los propósitos prácticos y la satisfacción de intereses de los contratantes	50
C. El artículo 1327 del Código Civil peruano. Un precepto (algo) desatendido por la doctrina y la jurisprudencia nacionales.....	54

Capítulo 2

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBER DE MITIGACIÓN DE LOS DAÑOS Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	67
A. Antecedentes históricos	69
1. El Derecho Romano.....	69
2. La doctrina de Pothier.....	74
B. La mitigación de daños en el Derecho comparado.....	78
1. En los países del <i>civil law</i>	78
1.1. Derecho francés	79
1.2. Derecho español	85
1.3. Derecho alemán.....	91
1.4. Derecho italiano	96
2. En el <i>common law</i>	104
2.1. Derecho inglés y estadounidense (<i>Duty of mitigate</i>)	105
2.2. Derecho de Quebec	109
C. El deber de mitigar en el moderno derecho de contratos: Convención de Viena e instrumentos de <i>soft law</i>	110

Capítulo 3

NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA EVITACIÓN Y MITIGACIÓN DE DAÑOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	115
A. Naturaleza jurídica de la mitigación de daños por el acreedor en el Código Civil peruano	116

1. Planteamiento del problema.....	116
2. Aproximación a la tesis mayoritaria que niega a la mitigación de daños el carácter de “deber jurídico” y le asigna la condición de “carga”	117
3. Objeciones a la tesis mayoritaria a partir de la revisión del concepto de “deber jurídico” y de los intereses tutelados por la regla de la mitigación del daño	123
3.1. Revisión del concepto de “deber jurídico”. Una noción compatible con la mitigación de daños	123
3.2. Los intereses tutelados por la regla de la mitigación de daños.....	135
B. El fundamento de la regla de evitación y mitigación de daños por parte del acreedor.....	145
1. Breve revista a la multiplicidad de propuestas en torno al “fundamento” del deber de evitar y mitigar los daños. La necesidad de una distinción	145
2. La buena fe contractual como fundamento del deber de evitar y mitigar los daños recogido en el artículo 1327 del Código Civil peruano	149
2.1. Necesidad de cooperación, buena fe contractual y mitigación	150
2.2. Propuesta de caracterización de la evitación y mitigación de los daños como deberes derivados del principio de buena fe contractual. La inescindible relación entre el fundamento y la naturaleza jurídica de la mitigación	154

Capítulo 4

ENCUADRE SISTEMÁTICO DE LA EVITACIÓN Y MITIGACIÓN DE DAÑOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO. UNA APROXIMACIÓN A LOS LÍMITES DEL <i>QUANTUM RESPONDEATUR</i> FRENTE AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL.....	165
---	-----

A. La reparación integral de los daños y el interés indemnizable en la responsabilidad por incumplimiento contractual.....	166
1. Aproximación preliminar a la tutela resarcitoria en el régimen de la responsabilidad por incumplimiento contractual	166
2. Principio de reparación integral, interés indemnizable y teoría diferencial en sede de incumplimiento contractual. Una necesaria precisión a la luz del diseño del remedio resarcitorio en el ordenamiento peruano	170
3. La reparación integral como “mandato de optimización” y los límites del <i>quantum respondeatur</i> como condiciones para su correcta aplicación	176

B. Los dos primeros límites del <i>quantum respondeatur</i> en la responsabilidad por incumplimiento contractual en el ordenamiento peruano	179
1. El primer límite del <i>quantum respondeatur</i> : La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar	180
1.1. Sobre el supuesto “dogma” de la previsibilidad y otras desviaciones en torno a la comprensión de la regla contenida en el artículo 1321, <i>in fine</i> , del Código Civil.....	181
1.2. Un reciente y tímido giro hacia la correcta interpretación de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar	188
1.3. La previsibilidad de los daños al tiempo de contratar y los intereses tutelados por el contrato: Una regla de remisión al “fin de protección del contrato” como criterio de imputación objetiva de los daños materialmente causados	190
2. Un segundo límite del <i>quantum respondeatur</i> : La concausa o “concurrency de culpas”	203
2.1. Antecedente legislativo y precisión de la hipótesis normativa del artículo 1326	203
2.2. De la antigua regla del “todo o nada” a la reducción de la indemnización como solución justa a los supuestos de “concausa” o concurrency causal del acreedor	205
2.3. Sistemas para el reparto del daño o la reducción del resarcimiento. Un problema de interpretación respecto al encuadre sistemático de la norma	207
2.4. La importancia del reparto de riesgos contractuales en la determinación de la relevancia jurídica de la contribución causal del acreedor en la generación de su propio daño	214

Capítulo 5

SIGUE: ENCUADRE SISTEMÁTICO DE LA EVITACIÓN Y MITIGACIÓN DE DAÑOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: ¿ES LA MITIGACIÓN DE DAÑOS UN SUPUESTO DE FRACTURA DEL NEXO CAUSAL?	217
---	-----

A. La concausa o concurrency de culpas frente al deber del acreedor de evitar y mitigar los daños: semejanzas y diferencias entre dos supuestos de participación del acreedor en la generación del propio daño	219
--	-----

1.	Dos métodos de asignación de pérdidas para dos supuestos (no tan) distintos de participación del acreedor en la generación del daño	219
1.1.	Nuevamente sobre el paso de la solución “todo o nada” al método de reparto del daño en función a la contribución causal: breve aproximación de Derecho comparado	221
1.2.	Concurrencia de culpas y mitigación de daños: ¿bases ideológicas distintas para dos supuestos de un mismo género?.....	231
2.	Críticas al enfoque individualista del deber del acreedor de evitar y mitigar los daños. De nuevo sobre la buena fe como fundamento de la mitigación	235
B.	Análisis crítico de la justificación causal de la fórmula “todo o nada” recogida en el artículo 1327 del Código Civil y de su calificación como supuesto de ruptura de la relación de causalidad	237
1.	La evitación y mitigación de daños no es (solo) un tema de causalidad.....	237
1.1.	La evitación y mitigación de daños como supuesto de fractura del nexo causal. Una forma recurrente, aunque inexacta, de explicar la solución del tipo “todo o nada”	237
1.2.	Sobre la “causalidad material” y la (mal) denominada “causalidad jurídica”. Algunos errores (no poco) frecuentes y una propuesta de análisis.....	239
2.	Aplicación del test de dos pasos a la figura de la evitación y mitigación de daños en casos de responsabilidad por incumplimiento contractual. Análisis de causalidad y alcance de responsabilidad	244
2.1.	Análisis de causalidad material: Test de la “ <i>conditio sine qua non</i> ”	244
2.2.	Análisis de la extensión del daño indemnizable o “alcance de la responsabilidad”	256

Capítulo 6

SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA “DILIGENCIA ORDINARIA” EN LA REGLA DE LA EVITACIÓN Y MITIGACIÓN DE DAÑOS: MEDIDAS MITIGADORAS Y JUSTIFICACIÓN DEL CARÁCTER DISPOSITIVO DEL ARTÍCULO 1327 DEL CÓDIGO CIVIL	263
---	-----

A. La “diligencia ordinaria” en el régimen peruano de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones	264
--	-----

1.	La diligencia ordinaria como ausencia de culpa leve: Del modelo de conducta a la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso concreto. Remisión a los artículos 1314 y 1320 del Código Civil.....	264
2.	La diligencia ordinaria en los contratos de hospedaje y depósito.....	269
3.	Del cumplimiento de la obligación a la evitación y mitigación: ¿es la diligencia ordinaria un estándar suficiente e idóneo para explicar el funcionamiento del artículo 1327?.....	270
B.	La “diligencia ordinaria” exigida al acreedor para la evitación y mitigación del daño.....	271
1.	Aproximación al concepto de “diligencia” en el Derecho de obligaciones y contratos.....	271
2.	Los componentes de la diligencia en la regla del artículo 1327 del Código Civil	273
2.1.	La actividad exigida al acreedor: evitación, no agravación y mitigación.....	274
2.2.	El modelo de conducta: la diligencia ordinaria.....	276
C.	Diligencia ordinaria y medidas mitigadoras del daño.....	293
1.	Flexibilidad de la diligencia ordinaria. No existe un “numerus clausus” de medidas mitigadoras.....	293
2.	La “razonabilidad” de las medidas mitigadoras. Algunos criterios para establecer el límite de lo razonable.....	294
3.	El reembolso de los gastos incurridos por la implementación de medidas mitigadoras “infructuosas”	299
4.	Medidas mitigadoras y tutela preventiva. Un planteamiento disruptivo sobre la base de una breve referencia al CCyC de la Nación Argentina	301
D.	La diligencia ordinaria como título de imputación subjetiva y el carácter dispositivo del artículo 1327: La evitación y mitigación de daños como mecanismo legal de distribución de riesgos contractuales.....	305
1.	La ausencia de diligencia ordinaria como título de imputación subjetiva de (auto)responsabilidad.....	305
2.	La evitación y mitigación de daños como mecanismo de distribución de riesgos contractuales y el sentido del carácter dispositivo del artículo 1327 del Código Civil	309

CONTENIDO

3. Distribución de riesgos contractuales, previsibilidad de los daños al tiempo de contratar y mitigación.....	311
CONCLUSIONES	315
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	325

*Para Gina, Sofia y Daniel Alejandro,
por su amor, paciencia y apoyo incondicional.*

PRÓLOGO

1. “El deber del acreedor de evitar y mitigar el daño como límite del *quantum* indemnizatorio en el régimen peruano de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual” (y asumo, junto con el título de la tesis que dio origen a este libro, una de sus conclusiones) es una figura no desconocida, pero sí poco tratada, además de carente de una regulación general en el Derecho español (nuevamente, nos lleva aquí ventaja el Derecho peruano), más allá de algunas normas específicas, de su tímida admisión por nuestro Tribunal Supremo, y de interesantes aportaciones doctrinales recientes. Se enmarca, además, en el siempre complejo ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales, campo en el que la acumulación por estratos de materiales procedentes de momentos históricos distintos hace, al menos en el Derecho español, especialmente difícil la construcción del sistema. No es ajena a esas dificultades, además, la importación, en ocasiones excesivamente irreflexiva, de conceptos y planteamientos propios del Derecho angloamericano, que si en ocasiones arrojan luces y ofrecen vías útiles y eficaces, en otras contribuyen a hacer más confuso el panorama. Todo esto explica mi cierta reticencia inicial a dirigir la tesis doctoral de quien ya era en ese momento un jurista con una excelente formación, y cuyas dotes investigadoras se habían puesto de manifiesto en publicaciones precedentes. Todo ello, además, agravado por el hecho de que el trabajo iba a centrarse en el Derecho peruano (en el que no hace falta decir que no soy experto, pese a que me ha tocado ya dirigir más de un trabajo centrado en este ordenamiento, que siempre vale la pena conocer con mayor detalle), y de que la pobreza de su tratamiento en el Derecho civil español podía hacer más complicada la tarea. Pero fue precisamente mi confianza en las capacidades del Dr. Ugarte la que me llevó a aceptarlo, y debo decir que esa confianza no se ha visto defraudada, ni en mi caso, ni a juicio de quienes compusieron el tribunal que juzgó la tesis, a la que dieron la máxima calificación de Sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Al final, el trabajo de dirección en cuanto tal, no ha sido especialmente difícil: el Dr. Ugarte sabía (y sabe) mucho más que yo sobre el tema, y mi labor ha sido más bien de impulso, por un lado, y por otro de fijación de límites, para que el trabajo se mantuviera dentro del marco de lo que debe ser una tesis doctoral, de aclaración de dudas sobre la sistemática o la estructura, y de evitar el desbordamiento por conexión, que es uno de los peligros de cualquier tesis doctoral en el mundo del Derecho, pero especialmente de una como esta.

2. Aparentemente, estamos ante un libro que versa sobre un artículo del Código Civil peruano (el artículo 1327), que tiene unas tres líneas. Pero es mucho más que eso, debido a algunas de las características del Dr. Ugarte, ya mostradas en trabajos anteriores: su preocupación (y su ocupación...) por fundamentar adecuadamente todas sus afirmaciones, estableciendo sólidas bases teóricas sobre las que ir asentado cada uno de los pasos siguientes (lo que le lleva a profundizar en temas conexos y cercanos al que está investigando), y su afán por integrar el objeto de su estudio (el deber del acreedor de mitigar el daño, por decirlo abreviadamente) en el sistema (en este caso, de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales). Esto hace que el interés del libro que presento vaya mucho más allá de lo que parece anunciar su título y el escueto artículo que le sirve de referencia. Por poner algunos ejemplos, se aborda con detenimiento (pero sin convertirlo en el centro de la investigación) la singularidad del incumplimiento de obligaciones contractuales frente al de cualquier otro tipo de obligaciones (capítulo 1), la diferencia conceptual entre “carga” y “deber”, sobre la que se asienta su bien fundada conclusión de que estamos ante un deber del acreedor, y no ante una carga (capítulo 3), o el análisis de la “diligencia ordinaria” que exige el artículo 1327 al acreedor en el cumplimiento de su deber de mitigar el daño (capítulo 6). Ello (y creo que es algo que el Dr. Ugarte no es capaz de evitar, en lo que le alabo el gusto) con incursiones en ámbitos más cercanos a la filosofía del Derecho, pero no como muestra de una erudición desconectada de la propia investigación, sino precisamente como consecuencia de ese afán por dejarlo todo conceptualmente bien atado, y por construir sus planteamientos sobre cimientos sólidos: puede comprobarlo el lector, por ejemplo, cuando el Dr. Ugarte estudia, en el capítulo 1, las categorías genéricas de “situación jurídica subjetiva” y “relación jurídica”, y se refiere a una noción realista de contrato como componente esencial de la matriz teórica de su investigación.

3. Me gustaría detenerme ahora en esa preocupación por integrar la figura objeto de estudio en el conjunto de la regulación que el Código Civil peruano dedica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación contractual. El Dr. Ugarte sitúa este deber de mitigar el daño (recordemos nuevamente: artículo 1327) entre las reglas cuya finalidad es la determinación del *quantum* indemnizatorio, junto con la de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar del artículo 1321,

y la de la concausa o “conurrencia de culpas” del artículo 1326. Estas tres figuras desempeñan un papel básico, al decir del autor, en la correcta comprensión del régimen de reparación por el incumplimiento de obligaciones contractuales, y más en concreto del principio de reparación integral del daño, tal y como lo configura el Código Civil peruano.

Pero el análisis llevado a cabo en el libro, desde este punto de vista, no se agota en esa inicial contextualización teórica y sistemática, sino que va acompañada de un notable esfuerzo por aclarar las relaciones funcionales entre las tres figuras, lo que le lleva a profundizar en la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, recogida en el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano, que es de aplicación únicamente cuando el incumplimiento obedece a culpa leve, y que, en su bien razonada opinión, no debe ser entendida como una regla que limita los daños resarcibles a aquellos que el deudor unilateralmente previó o pudo prever; antes bien, señala que, de entre los daños causados materialmente por el incumplimiento del deudor, y en virtud de este artículo, serán resarcibles solo aquellos que impliquen una lesión a los intereses tutelados por el contrato, tanto si están expresamente recogidos en el propio texto contractual, como si pueden obtenerse a partir de la interpretación e integración contractual, basándose a tal efecto en la doctrina, de clara influencia alemana, del “fin de protección del contrato”. Y algo parecido puede afirmarse en relación con el segundo de los límites del *quantum* indemnizatorio citado más arriba, que es la concurrencia de culpas.

Lo que quiero hacer con el breve apunte que precede es, por un lado, justificar mi afirmación de que el libro que el lector tiene en sus manos va mucho más allá de las tres líneas del artículo 1327, y por otro mostrar que se trata de un trabajo de una gran riqueza conceptual, teórica y sistemática.

Esto me conduce a otra reflexión: me he referido básicamente al Derecho civil peruano, y al artículo 1327 de su Código Civil, que es el que centra el estudio del Dr. Ugarte, estudio que tiene para ese ordenamiento jurídico nacional una utilidad evidente, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Pero me gustaría subrayar también que su construcción, y sus reflexiones, van mucho más allá, y que esa utilidad de la que acabo de hablar se expande hasta la teoría general del deber de mitigar el daño, en su fundamento y en su configuración básica, más allá de concretas regulaciones nacionales; un deber que aparece como una consecuencia (y una exigencia) derivada del principio de buena fe, que es, desde el Derecho romano, una poderosa vía de conexión entre el Derecho positivo, la justicia y la ética, a la vez que factor de humanización y flexibilización de las reglas jurídicas. Y todo eso, como digo, más allá del sucinto artículo 1327 del Código Civil peruano, y de este particular Derecho nacional. Y es que las aportaciones teóricas de este libro tienen la fuerza suficiente para cruzar fronteras y atravesar océanos.

4. No voy a hablar más del contenido de este libro, ni a hacer una breve presentación de sus capítulos: baste señalar que el lector podrá encontrar, además de lo ya dicho, un resumen completo de las bases históricas del deber de mitigar el daño, de su progresiva recepción en el Derecho europeo, y de su extensión en el Derecho comparado: a ambas cosas dedica el capítulo 2, y no me hubiera gustado que la ausencia de esta breve mención llevara al lector a formarse una representación inexacta, por incompleta, del contenido del libro. Pero, en realidad, quien quiera hacerse una idea cabal de ese contenido, mejor que este prólogo, lo que debe hacer es leer el índice y las conclusiones, que le proporcionarán esa idea general de la obra, mucho mejor que lo que podría hacer yo en estas breves páginas.

5. Esta es la forma de trabajar del Dr. Ugarte. Tuve la suerte de dirigir su Trabajo de Fin de Máster, que vio la luz también como libro, en el que condujo un completo análisis sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho peruano. He tenido ahora también la suerte de dirigir su tesis doctoral, y de verla ¡por fin! plasmada en un libro, por cuya publicación todos debemos felicitarlos. Como ocurre prácticamente siempre al dirigir una tesis, el director también aprende: en este caso, mucho. Esta es una de las más valiosas recompensas del oficio universitario.

Ni la tesis, ni este libro, son un punto de llegada (aunque la tesis lo haya sido, a efectos de la obtención del título de doctor en Derecho). Estamos, más bien, ante un punto y seguido, a la espera de nuevas contribuciones que enriquezcan el Derecho civil peruano en particular, pero también el de la amplia y cada vez más rica familia jurídica iberoamericana. Me permito animar al autor a hacerlo, desde estas líneas finales. Y al lector, a que no deje de leer con atención este libro: es una tarea exigente, pero puedo garantizarle que valdrá la pena.

Zaragoza, julio de 2025

Carlos Martínez de Aguirre
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza (España)

AGRADECIMIENTOS

Sirvan estas breves líneas para agradecer a mi maestro, el Prof. Dr. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, por todo el tiempo dedicado a la dirección de la tesis doctoral que dio origen a este libro, así como por su permanente apoyo, empuje y orientación, para que finalmente pueda ser defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, obteniendo la máxima calificación.

Mi agradecimiento es también para el Prof. Dr. Miguel Ángel Pérez Álvarez, catedrático de Derecho civil y emérito de la Universidad de La Coruña; la Prof. Dra. Isabel Zurita Martín, catedrática de Derecho civil y decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz; y el Prof. Dr. Isaac Tena Piazuelo, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza; todos ellos integrantes del tribunal evaluador de la tesis doctoral, por el tiempo dedicado a una lectura detenida y profunda de la misma, así como por los importantes comentarios y aportes que me hicieron llegar.

A la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, en la persona de su rector Dr. Alonso Quintanilla Pérez-Wicht, por el apoyo brindado para cursar los estudios doctorales en España, y a todo el equipo de la Facultad de Derecho y del Departamento de Derecho y Ciencia Política de la UCSP, por hacer que el arduo trabajo universitario se viva, día a día, en un ambiente de auténtica comunidad académica, más que propicio para el despliegue personal, académico y profesional.

Al Prof. Pedro Grández Castro y a Palestra Editores por interesarse en la publicación de este libro y por la muy cuidada edición del mismo.

Y, por supuesto, quiero agradecer a Dios por todas las bendiciones recibidas, y a mi familia, por estar siempre a mi lado, ayudarme a superar las dificultades y motivarme a seguir adelante.

INTRODUCCIÓN

El Código Civil peruano de 1984 es uno de los pocos códigos latinoamericanos que recogen expresamente —en sede de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones— el deber del acreedor de evitar y mitigar los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de su deudor.

Esta regulación, contenida en el artículo 1327, tiene como fuente de inspiración al artículo 1227 segundo párrafo del *codice civile* italiano de 1942, pero con dos importantes diferencias: en primer lugar, el legislador peruano, distanciándose de su homólogo italiano¹, decidió regular el deber de evitar y mitigar los daños en un artículo distinto —inmediatamente posterior— a aquél dedicado a la figura de la concausa, conocida también como “concurrency de culpas” (artículo 1326); asimismo, apartándose ya no solo del código italiano sino introduciendo una auténtica novedad en lo que puede considerarse la común formulación de la regla en los ordenamientos e instrumentos internacionales que la recogen, optó por dar a la norma un carácter de derecho dispositivo, bajo la siguiente redacción: “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

No obstante lo señalado y las diversas implicaciones e interrogantes que de dichas particularidades normativas podrían derivarse², lo cierto es que el artículo 1327 del Código Civil peruano constituye una disposición que ha recibido escasa atención no solo por la doctrina nacional, sino también por la judicatura, convirtiéndose en un artículo poco estudiado y, por ende, muy pocas veces aplicado, evidenciándose en estos casos una insuficiente o incorrecta comprensión de su función, contenido y alcances.

¹ En el Código Civil italiano, la concausa o concurrencia de culpas está recogida en un mismo artículo —aunque en párrafos distintos— junto con la figura de la evitación y mitigación de daños.

² En términos dogmáticos por supuesto, pero también en la cotidiana práctica contractual y en la solución de los reclamos indemnizatorios por incumplimiento.

En mi opinión, como se podrá advertir a lo largo de este libro, las razones de esta problemática radican, por un lado, en una muy extendida tendencia a unificar los dos regímenes de la responsabilidad civil presentes en el ordenamiento peruano³, lo cual, sin pretender en este momento negar las bondades de un posible y en ocasiones necesario acercamiento entre ambas órbitas de la responsabilidad, ha conducido, en los formantes doctrinal y jurisprudencial peruanos, a una comprensión también unitaria del principio de reparación integral o plena del daño, pero que termina por desconocer las particularidades subyacentes a cada uno de dichos regímenes y, en especial, que es el propio ordenamiento el que en materia de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones establece una serie de límites a la extensión del resarcimiento o *quantum respondeatur*, cuya relevancia es mucho mayor tratándose de obligaciones de fuente contractual, como ocurre, precisamente —pero no solo— con el límite recogido en el artículo 1327 del Código Civil.

La otra razón de la problemática advertida tiene que ver con el poco o nulo esfuerzo mostrado por la doctrina y la jurisprudencia para intentar determinar los límites y diferencias entre la figura de la concausa (conurrencia de culpas) y la evitación y mitigación de daños, limitándose a establecer una diferencia de naturaleza meramente temporal que dice relación con el momento de la intervención o participación del acreedor en la generación —o agravación— del propio daño. Esto último ha llevado a calificar a la figura recogida en el artículo 1327 como un supuesto de fractura o interrupción del nexo causal, centrando por ello la explicación, casi exclusivamente, en términos de causalidad, obviando así algunos datos relevantes que se desprenden del propio contenido literal de la norma y omitiendo también el tratamiento de aquellos elementos que, a partir de una adecuada comprensión de la figura, podrían considerarse implícitos en la disposición normativa.

Ante este panorama hasta cierto punto desolador, el presente trabajo tiene por finalidad contribuir con una cabal comprensión de la función, contenido y alcances de la regla recogida en el artículo 1327 del Código Civil peruano, y, junto con ello, contribuir con la mejor —más justa— solución de los casos concretos que dicen relación con la indemnización de daños derivados del incumplimiento contractual y la correcta determinación del *quantum respondeatur*, evitando escenarios de sobrecompensación y enriquecimientos injustificados. Asimismo, considerando que el deber del acreedor de evitar y mitigar los daños sufridos tiene en la actualidad reconocimiento legislativo o jurisprudencial en diversos ordenamientos nacionales, se estima que los desarrollos y conclusiones a las que se llega en este libro pueden contribuir también con la discusión, profundización y mejor entendimiento de la figura en dichos ordenamientos, en especial en los de Iberoamérica.

³ Responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y responsabilidad civil extracontractual.

Para lograr tales objetivos, el trabajo ha sido dividido en seis capítulos, con los cuales se pretende demostrar que la norma recogida en el artículo 1327 constituye un límite del *quantum respondeatur* que cobra especial relevancia en materia de inejecución de obligaciones de fuente contractual; que su adecuado encuadre sistemático exige ponerlo en relación con los otros dos límites del *quantum* recogidos en los artículos 1321 (regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar) y 1326 (concausa) del Código Civil, y que constituye una figura cuya correcta explicación trasciende el elemento causalidad, para ubicarse, por un lado, como un criterio de imputación objetiva de los daños evitables causados por el incumplimiento contractual y, por otro, como un criterio para justificar o denegar, según sea el caso, el traspaso del peso económico de dichos daños desde la esfera jurídica del acreedor a la del deudor. Finalmente, se pretende demostrar que el carácter dispositivo de la regla recogida en el artículo 1327 cobra pleno sentido cuando se entiende que la misma recoge una especial distribución de riesgos contractuales (daños evitables derivados del incumplimiento del deudor), y, como tal, es razonable que se permita a las partes que, en ejercicio de su autonomía privada y en atención a la economía global del contrato, acuerden, en el marco del principio de licitud, una distribución de riesgos distinta a la prevista por el legislador.

En este sentido, el capítulo primero tiene por objeto, en primer lugar, justificar el ámbito material del presente trabajo, lo cual se ha considerado necesario dado el particular diseño de la tutela resarcitoria en el Perú, que no presenta un régimen de responsabilidad contractual en sentido estricto, sino uno de responsabilidad por inejecución de obligaciones en general, independientemente de si la fuente es voluntaria o legal. Sin embargo, el sentido y alcances de la regla contenida en el artículo 1327 de Código Civil se comprende a cabalidad solo cuando se le enfoca desde una perspectiva contractual, pues muchos de sus alcances no tienen sentido o utilidad tratándose de obligaciones no contractuales o nacidas como consecuencia de un daño aquiliano. Asimismo, en el capítulo primero se da cuenta, con detalle, del estado de la cuestión en torno al tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura de la evitación y mitigación de daños en el Perú, evidenciando que el artículo 1327 ha sido un precepto prácticamente desatendido en dichas sedes.

El segundo capítulo tiene por finalidad una aproximación histórica y de Derecho comparado al deber del acreedor de evitar y mitigar los daños, incluyendo el tratamiento que recibe en los principales instrumentos vinculantes y de *soft law* que conforman lo que se ha venido a denominar el moderno de Derecho de obligaciones y contratos. Esta aproximación será de gran utilidad ante lo escueto de la norma peruana y la poca atención que, como se ha dicho, ha recibido de parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales, y, en ese sentido, permitirá una mejor comprensión de los elementos normativos —supuesto de hecho y consecuencias jurídicas— que en los escenarios comparado e internacional suelen atribuirse a la regla.

El capítulo tercero está dedicado a abordar dos temas bastante controvertidos en torno a la materia que nos ocupa: la naturaleza jurídica y el fundamento dogmático-teórico de la evitación y mitigación de los daños. Ambos temas están estrechamente vinculados y, en ese sentido, lo que se diga respecto de la naturaleza jurídica tendrá directa incidencia en lo que finalmente se entienda por su fundamento, y viceversa. En esta línea se plantea que, si el fundamento de la evitación y mitigación de los daños se encuentra en el principio de buena fe contractual, atribuir a la figura la naturaleza de “carga”, entendida como imperativo jurídico del propio interés, no parece lo más adecuado dado que la buena fe contractual implica necesariamente la consideración y salvaguarda de intereses tanto propios como ajenos. A partir de la constatación de esta especie de antinomia conceptual, se explora la posibilidad de atribuir a la evitación y mitigación de daños la naturaleza de “deber jurídico”, lo cual, más allá de las precisiones teóricas que sin duda se tendrán que hacer en torno a la estructura y funcionamiento de dicho deber, se abrirá una pequeña veta para especular, y por supuesto discutir, en torno a la posibilidad de plantear y acudir, al menos en algunos casos, a una particular forma de tutela preventiva o inhibitoria para lograr que, en supuestos muy específicos, el acreedor se vea obligado a implementar algunas acciones (positivas o negativas) destinadas a evitar o mitigar el daño, en interés no solo de su deudor, sino de la sociedad en general.

En los capítulos cuarto y quinto se emprende el necesario encuadre sistemático de la evitación y mitigación de daños en el Código Civil peruano. Para tal fin, en el capítulo cuarto se propone lo que se considera una correcta comprensión del principio de reparación integral o plena del daño en sede de responsabilidad civil por incumplimiento contractual, identificando para ello los tres criterios o límites legales establecidos para la determinación de la extensión del daño indemnizable o *quantum respondeatur*, y abordando específicamente dos ellos: la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar (artículo 1321) y la concausa o concurrencia de culpas (artículo 1326).

Con este desarrollo preliminar, en el capítulo quinto se plantea la cuestión fundamental de si el deber del acreedor de evitar y mitigar los daños, tercer límite del *quantum respondeatur*, es en realidad un supuesto de fractura o interrupción del nexo causal que lo ubicaría, desde una perspectiva sistemática, en sede de causalidad. Para procurar dar respuesta a esta interrogante, se indaga, en primer lugar, sobre las semejanzas y diferencias que presentan la concausa y la mitigación de daños en el código civil peruano, proponiendo tal análisis a partir de la constatación, sobre la base del dato normativo, de la coexistencia de dos sistemas o modelos —distintos entre sí— para resolver un problema común: el de la participación o contribución del acreedor en la generación del propio daño. En efecto, mientras que la regla de la concausa resuelve el problema mediante un sistema de reparto o distribución

del daño entre acreedor y deudor, la regla de la evitación y mitigación acude a un sistema de “todo o nada”, donde las consecuencias del daño evitable son asumidas íntegramente por el deudor o por el acreedor, pero no se reparten. La explicación que suele darse a esta aparente contradicción es que en el primer caso se prevé un reparto porque hay dos causas concurrentes del daño, mientras que en el segundo hay una sola causa constituida por la conducta del acreedor, que operaría como un supuesto de fractura del nexo causal. Sin embargo, en la parte final del capítulo se propone un análisis crítico de la justificación causal que suele darse a la solución del tipo “todo o nada” presente en el artículo 1327, acudiendo para ello a un test de dos pasos que permitirá distinguir las cuestiones estrictamente causales de aquellas que, por el contrario, son de naturaleza normativa y que tienen que ver con el alcance de la responsabilidad, donde, en mi opinión, tendría cabida el deber del acreedor de evitar y mitigar los daños.

Para terminar, el capítulo sexto tiene por finalidad indagar sobre el significado y función de la “diligencia ordinaria” en la regla de la evitación y mitigación de los daños, expresión esta que cobra particular relevancia una vez que se ha determinado, o al menos puesto en duda, que el artículo 1327 del Código Civil regule un supuesto de fractura del nexo causal. Asimismo, en este capítulo final se abordan la justificación y razón de ser del carácter dispositivo que el legislador peruano decidió otorgar a la norma mencionada, apartándose de su homólogo italiano. En este sentido, luego de establecer la función que cumple la diligencia ordinaria como estándar objetivo para evaluar la conducta del acreedor en su intento de evitar, no agravar o mitigar los daños causados por el incumplimiento de su deudor, se profundiza en el funcionamiento de la razonabilidad y la prudencia aplicadas al obrar jurídico como elementos integrantes de dicha diligencia, lo que sentará las bases para abordar toda la temática vinculada con las denominadas medidas mitigadoras y los efectos de su implementación. Finalmente, se plantea que en el ordenamiento peruano la diligencia ordinaria recogida en el artículo 1327 —y la ausencia de ella (culpa leve)— cumple también la función de ser título de imputación subjetiva de los daños evitables o mitigables, de modo que serviría para justificar o denegar el traslado del peso económico del daño desde la esfera jurídica del acreedor a la del deudor, lo cual, ya desde una perspectiva económica, daría lugar a entender a la figura de la evitación y mitigación de daños como un mecanismo legal, aunque no imperativo, de distribución de los riesgos contractuales del incumplimiento.