

BIBLIOGRAFÍA

Libros *

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ

Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

LANA ARCEIZ, Víctor Javier: *El deber de mitigar el daño*, Cizur Menor, Aranzadi, 2025, 322 pp.

El deber de mitigar el daño se entiende bien observando el funcionamiento de una operación de reemplazo en una compraventa. Un fabricante adquiere una cantidad de materia prima que necesita para el funcionamiento ordinario de su fábrica y el vendedor, incumpliendo su obligación, no realiza la entrega. Se producirá un daño del que el vendedor tendrá que responder, pero este daño puede ser mayor o menor dependiendo de la conducta que adopte el comprador tras el incumplimiento. Si no hace nada para sustituir los materiales no recibidos, puede que tenga que paralizar su producción, lo que elevará la cuantía final del daño. Si, por el contrario, realiza una compra de cobertura, es decir, acude al mercado para adquirir con urgencia de otro proveedor los materiales que necesita para seguir produciendo, aunque para ello tenga que pagar un precio superior al pactado inicialmente y probablemente también al de mercado, no tendrá que parar la producción, y los daños causados por el incumplimiento serán mucho menores.

A estudiar esta cuestión se dedica el libro que se reseña, que recoge la tesis doctoral defendida en la Universidad de Navarra por Víctor Lana, joven y brillante abogado con experiencia en el arbitraje internacional que trabaja en un prestigioso bufete madrileño. El hecho mismo de que alguien en la situación del autor haya podido llevar a buen puerto un trabajo como éste habla sin duda mucho y bien de él, de sus directores, y probablemente de sus empleadores. La tesis estaba codirigida por los profesores de la misma Universidad Xabier Basozábal Arrúe y Alberto Muñoz Fernández. El tema forma parte del entorno de inquietudes de una escuela de la que también forman parte el presidente del tribunal de la tesis (Fernando Pantaleón) y una de sus integrantes (Ana Soler Presas), que por otro lado son dos de los grandes expertos en la materia.

El punto de partida de la obra comentada es que el deber de mitigar existe *de lege lata* en nuestro Derecho, y carecemos de una regulación interna

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

suficiente, pero ésta se puede construir empleando como base el artículo 77 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG).

Por un lado, es cierto que nuestro Derecho interno no regula bien la materia. El Código civil carece de una norma específica que establezca un deber de mitigar el daño con carácter general. La institución solo está regulada en algunas normas sectoriales y de modo fragmentario (p. e., art. 17 Ley del Contrato de Seguro, artículo 427 Ley de Navegación Aérea, y artículo 1.2 LRCSCVM). Hay sentencias en que el Supremo reconoce la existencia del deber, pero son pocas y tal vez poco contundentes (p. e., SSTS 15 de noviembre de 1994, STS 9 de abril de 2012, 7 de noviembre de 2013, 4 de marzo de 2015 y 18 de enero de 2021). Seguramente, solo con estos miembros no se puede configurar una institución.

Por otro lado, la Convención sobre compraventa internacional de Mercaderías, de Derecho uniforme, auspiciada por la ONU y UNCITRAL y aprobada en Viena en 1980, es desde que fue ratificada por España en 1990 el Derecho aplicable en nuestro país a las compraventas internacionales de mercaderías no de consumo cuando ambas partes tienen establecimiento en Estados parte de la Convención.

La regulación sobre el deber de mitigar el daño está contenida en el artículo 77 CISG, según el cual la parte que invoque el incumplimiento del contrato «deberá adoptar las medidas que sean razonables... para reducir la pérdida... resultante del incumplimiento» y, en caso contrario, «la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida».

Varios datos abonan la conveniencia de utilizar el artículo 77 CISG como punto de partida. Ya desde un principio gozó de buena aceptación entre los operadores jurídicos y la doctrina, su contenido ha sido incorporado a los demás instrumentos de *soft law* de Derecho de obligaciones surgidos posteriormente (7.4.8 PICC, 9:505 PECL, III.-3:705 DCFR, 163 CESL), y sobre él existe abundante jurisprudencia de los tribunales nacionales de los países miembros, jurisprudencia disponible en inglés a través de la base de datos gestionada por la Universidad de Basilea (<https://cislg-online.org/search-for-cases>) de la que el autor ha hecho uso abundante y adecuado.

El autor es consciente de que la importación y trasplante de instituciones nacidas en otros sistemas jurídicos debe hacerse con cuidado y prestando atención tanto a la función que cumple la institución trasplantada en el sistema de origen como a la posibilidad de que esa función sea cumplida por una institución distinta en el sistema de destino. Cada posible aplicación se estudia de manera individualizada, pero la conclusión del autor siempre resulta favorable al trasplante.

El capítulo segundo se dedica a estudiar los antecedentes históricos de la institución. Aquí se pone de manifiesto el distinto enfoque adoptado por las tradiciones continental y anglosajona. La primera ha quedado marcada por el planteamiento causalista de Pothier. Para él, la conducta del acreedor que no pone los medios para mitigar el daño producido por el incumplimiento supone la interrupción del nexo causal e impide la imputación de los daños al deudor incumplidor, como cuando el vendedor vende una vaca enferma y el comprador se da cuenta pero no pone los medios para proteger a las demás, que terminan contagiándose. Este planteamiento se ha terminado plasmando en los Códigos civiles alemán (§ 254 BGB) e italiano (art. 1227 CCI) y es el que subyace en la mayoría de la doctrina española. Por el contrario, en la tradición del *Common law*, de la que procede el sistema de

remedios adoptado por la CISG, el deber de mitigación no tiene nada que ver con la causalidad del daño, y se explica simplemente como un límite a la indemnización por daños y perjuicios, que es el remedio principal previsto para el caso de incumplimiento.

En el marco de estos dos modos de entender su fundamento, el autor dedica buena parte del capítulo tercero a defender que el deber de mitigación debe entenderse desde una perspectiva no causalista. Para ello emplea múltiples argumentos. La inactividad del contratante no incumplidor no puede ser causa de nada; el incumplimiento no puede constituir al contratante que lo sufre en situación de garante; la inactividad tiene lugar cuando el incumplimiento ya se ha producido; la no mitigación puede no ser imputable al no incumplidor; y si se entendiera que hay ruptura del nexo causal el artículo quedaría vacío de objeto. Por tanto, el incumplimiento del deber de mitigación no es una ruptura del nexo causal, sino un criterio ulterior de delimitación de la indemnización de daños y perjuicios. Una afirmación razonable y convincente, aunque tal vez se podrían haber explicado mejor cuáles son las consecuencias prácticas de adoptar una u otra postura.

El deber de mitigar el daño no es propiamente una obligación, sino una obligación no accionable, es decir, una carga. Según el autor, su fundamento se justifica suficientemente por el deber general de buena fe contractual. Quizá esto mereciera un poco más de reflexión, sobre todo teniendo en cuenta la contradicción que supone con el principio de resarcimiento integral del daño, según el cual el incumplidor debería asumir todos los perjuicios previstas, razonables y evitables que ha causado (art. 1101 CC). ¿No puede ser que detrás de la preferencia por el deber de mitigar haya algo más, como el uso eficaz de los recursos, o el deseo de evitar incentivos perversos?

El capítulo cuarto, que es el más largo (un tercio del trabajo), pretende responder a las cuestiones más prácticas que se encuentra el operador jurídico al hacer uso de la regla, especialmente cuando se trata de concretar los márgenes de los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por el texto legal. En efecto, la parte no incumplidora debe adoptar *«las medidas razonables, atendidas las circunstancias»* para mitigar el daño, pero ¿hasta dónde está obligado a llegar para lograr esa mitigación? Es aquí donde los ejemplos y soluciones procedentes de la jurisprudencia y doctrina extranjeras son más necesarios y útiles. El autor extrae de ellos una serie de parámetros que pueden orientar al intérprete en la determinación de esa razonabilidad, dependiendo del mercado en el que tiene lugar la operación (con facilidad para realizar una operación de cobertura o no), la distribución de riesgos prevista en el contrato, el carácter de los bienes o servicios contratados (perecederos o no), la procedencia de la financiación de la operación (propia o por terceros), etc.

El quinto y último capítulo se dedica a otro aspecto también muy práctico: la cuantificación del daño en los casos en que ha sido mitigado, y la reducción de la indemnización cuando no.

El deber de mitigar el daño presupone que ha habido un incumplimiento imputable a uno de los contratantes, pero exige también que el contratante no incumplidor no reaccione frente al incumplimiento resolviendo el contrato. Solo así puede pretender que se le indemnice atendiendo al interés positivo del contrato, es decir, que se le coloque en una posición equivalente a aquella en la que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido correctamente.

Cuando el contratante no incumplidor consigue mitigar el daño, el daño mitigado no resulta reclamable. En efecto, gracias a su actuación, parte del

daño no ha llegado a producirse, y esa parte no puede ser reclamada. Por eso, cuando ha habido una operación de cobertura, los daños reclamables consistirán habitualmente en la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el que finalmente ha tenido que pagar de más el comprador en la compra de reemplazo, cuando quien incumplió fue el vendedor (o la diferencia entre el precio pactado y el que ha terminado teniendo que cobrar de menos el vendedor en la venta de reemplazo, cuando el incumplidor fue el comprador). A lo que deben sumarse los gastos y medidas razonables en que haya incurrido el acreedor en su tarea de mitigar el daño (ausentes del art. 77 CISG, pero incorporados a los textos de *soft law*).

Si, por el contrario, el contratante no incumplidor no realizó la operación de cobertura que habría permitido la mitigación, «la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida».

En conclusión, se trata de una obra novedosa, doctrinalmente sólida, y práctica, que aporta soluciones razonables y convincentes para resolver problemas muy reales que se presentan en el ámbito contractual. En este sentido, será bienvenida por estudiosos y operadores jurídicos por igual.

Javier FAJARDO FERNÁNDEZ
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Navarra

MAS BADÍA, M.^a Dolores: *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, 2024, 282 pp.

Cuando me sumerjo en las páginas de *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda* de M.^a Dolores Mas Badía, publicado en 2024 por Marcial Pons, siento que estoy ante una obra que, al modo de las grandes narrativas históricas que diseccionan las tensiones de una época, captura un momento crítico en la evolución del derecho español. Este libro, gestado en el marco del Proyecto de I+D+i PROMETEO/2021/013 de la Generalitat Valenciana, liderado por Josefina Boquera Matarredona, y vinculado a las actividades del Grupo de Investigación GIUV2017-399 «Bienestar, Seguro y Pensiones» de la Universitat de València, bajo la dirección de la propia Mas Badía, no se limita a ser un comentario técnico de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV). Va mucho más allá: es una exploración profunda y ambiciosa de cómo los conceptos de propiedad y vivienda –verdaderos pilares de la civilización moderna–están siendo sometidos a una redefinición radical en España, un país donde la relación entre el individuo y su hogar ha sido siempre un terreno de conflicto y contradicción. Lo anterior me sugiere que estamos ante un texto que no solo interpela a juristas, sino que también invita a sociólogos, economistas e historiadores a reflexionar sobre las fuerzas que moldean nuestra sociedad contemporánea.

El título de la obra, que evoca deliberadamente el ensayo de Virginia Woolf, *Una habitación propia*, no es un mero guiño literario. Mas Badía parece proponer una pregunta existencial: en pleno siglo XXI, ¿es el acceso a un espacio propio –un hogar digno y estable– un derecho alcanzable para todos, o sigue siendo un lujo reservado a unos pocos? Esta interrogante