

EXTREMERA FERNÁNDEZ, B.: *La carga de mitigar el daño*, Dykinson, Madrid, 2022, 308 pp.



Si bien es cierto que la responsabilidad civil es un tema que puede considerarse clásico, la presente obra trata sobre una cuestión que resulta ciertamente novedosa en el Derecho español: la mitigación del daño. Esta obra, que muestra los resultados de la tesis doctoral de la autora, versa sobre la atenuación del perjuicio; figura que se encuentra ampliamente reconocida en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno -como el alemán o el italiano, así como en los sistemas en los que rige el «common law»-, pero que, en España, de momento, no cuenta con un gran recorrido legislativo. En efecto, mientras que en aquellos otros sistemas la mitigación del daño se encuentra aceptada con carácter general, en nuestro Derecho únicamente se prevé en cierta legislación especial. Sin embargo, esto no viene a significar que la carga de mitigar el daño no sea relevante en nuestro sistema jurídico, por el contrario, esta figura cada vez tiene un mayor reconocimiento en

la mayoría de los textos supranacionales y también se encuentra presente en los Proyectos de reforma del Código Civil elaborados por la Comisión General de la Codificación y la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Asimismo, lo anterior tampoco ha supuesto impedimento alguno para que el Tribunal Supremo reconozca la mitigación del daño para supuestos en los que la figura no se encuentra expresamente regulada. Todo ello pone de relieve la necesidad de abordar la monografía que tengo el placer de recensionar, que ofrece un estudio completo y en profundidad de la carga de mitigar el daño.

En lo que respecta a la autora, es Doctora en Derecho civil por la Universidad de Alicante y en la actualidad desempeña su labor investigadora en esta misma Universidad como Profesora Ayudante LOU. En la actualidad, forma parte de los Grupos de Investigación de Responsabilidad civil y Derecho y Nuevas Tecnologías.

La obra inicia con el prólogo del profesor Juan Antonio Moreno Martínez, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante, experto en responsabilidad civil. Además, el profesor Moreno Martínez también ha trabajado en la carga de mitigar el daño y así se demuestra del prólogo tan bien detallado, que impulsa la lectura de la monografía.

Por lo que se refiere al cuerpo del trabajo, la autora empieza con una introducción en la que se destaca la necesidad de analizar el comportamiento de la víctima no solo durante la producción del daño, sino también en un momento posterior. Y ello con la intención de establecer límites, deberes y cargas que fijen el resarcimiento con una mayor seguridad jurídica. Asimismo, en este capítulo introductorio advierte el motivo por el cual se abandona la habitual nomenclatura de la figura como «deber de mitigar el daño», para así ajustarse a la verdadera naturaleza jurídica de la figura: una carga.

El primer capítulo está dedicado a los antecedentes históricos de la mitigación del daño. En este momento, la autora sitúa el origen de la figura en el Derecho romano, dejando a un lado la tendencia doctrinal mayoritaria que la sitúa en el Derecho pandectístico. A continuación, se analiza la atenuación del perjuicio en los textos de *DOMAT* y *POTHIER*, que desarrollaron la figura; sin embargo, estas referencias no fueron trasladadas al Código Civil francés y, consecuentemente, tampoco al español. Por el contrario, el Código de Comercio sí que encontró referencias indirectas a la mitigación del daño en lo que a la navegación marítima se refiere. Paralelamente, en este mismo capítulo se ha estudiado el origen de la mitigación del daño en los sistemas de «common law», que son aquellos en los que la figura cuenta con un mayor desarrollo. En estos, la mitigación del daño ya era aplicada en sentencias que datan del siglo XVII, aunque su mayor desarrollo se encuentra a partir del caso «British Westinghouse electric and manufacturing

Company v. Underground electric railways Company of London», de principios del siglo XX.

En el segundo capítulo, la autora realiza un verdadero estudio de Derecho comparado entre los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, así como de otros más lejanos. Todo ello, como se advierte en las cuestiones preliminares, con el fin de ofrecer posteriormente soluciones en el Derecho español, basadas en el reconocimiento que se hace de la figura en aquellos otros sistemas. El primero de los analizados es el Derecho alemán, en el que la mitigación del daño se encuentra expresamente recogida y de manera general, junto con otras figuras similares, en un precepto de su propio Código Civil. A continuación, se estudia el Derecho italiano que, en un sentido similar al alemán, recoge la mitigación del daño. Sin embargo, el reconocimiento de la figura en su Código Civil no es expreso, sino que requiere de una interpretación extensiva de la carga de evitar el daño (figura con la que la mitigación guarda grandes similitudes). Asimismo, se profundiza en el estudio de los sistemas de «common law», en concreto, en Estados Unidos y Reino Unido por ser estos los que cuentan con un mayor desarrollo de la figura en cuestión a través de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Del mismo modo, también se analiza el Derecho francés, cuya característica más destacable es que es el único sistema jurídico que rechaza de manera absoluta la aplicación de esta figura. Finalmente, se completa el Capítulo dedicado al Derecho extranjero con el análisis de la situación existente en otros países que, o bien no son tan cercanos a nuestro ordenamiento jurídico, o bien, siendo cercanos, no cuentan con un amplio reconocimiento de la mitigación del daño.

En lo que respecta al capítulo tercero, la autora lo dedica a la delimitación conceptual de la figura, así como a la determinación de los elementos caracterizadores de la misma. En primer lugar, el capítulo empieza abordando el estudio de los elementos definitorios de la mitigación del daño, a la vez que distingue la atenuación del perjuicio de otras con las que puede causar confusión -a saber, el deber de evitar el daño, el de no agravarlo y la culpa exclusiva de la víctima y la concurrencia de culpas-. De todo ello, se extrae que la mitigación del daño goza de autonomía propia respecto de aquellas otras figuras, cuestión que no es del todo pacífica en la doctrina, dado que la suele incardinar en la evitación del daño.

Seguidamente, la autora aborda la naturaleza jurídica de la mitigación del daño que, como ya había adelantado en el capítulo introductorio, la considera una carga y no un deber, al no ser jurídicamente exigible.

Tras ello, se detiene en los motivos por los que la figura debe tener una aplicación generalizada en el ordenamiento jurídico español, a pesar de no contar con un precepto que así lo reconozca expresamente. A tales efectos, la autora

se detiene, en primer lugar, en el principio de buena fe, que es el fundamento al que acude la posición mayoritaria de la doctrina. A continuación, esta aborda la causalidad jurídica o imputación objetiva como el entronque jurídico principal de la mitigación del daño. Para ello, la autora aporta una novedosa perspectiva en la que parte de una distinción, fundamentándose en los postulados de POTHIER, del daño base y del daño mitigable. A este respecto, considera que el daño mitigable supone un nuevo curso causal, distinto al del daño base, que no puede ser imputable al agente del daño por no ser una consecuencia necesaria de su actuación. Finalmente, la autora se adhiere a una postura intermedia, en la que considera que el entronque principal de la mitigación del daño es la imputación objetiva, pero que también lo es el principio de buena fe, por ser un principio ulterior a todo el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se determina la función de la atenuación del perjuicio -limitar el desaprovechamiento de los recursos y la extensión del daño-, así como el ámbito de aplicación de la figura. Al respecto de esta última cuestión, la autora determina que la carga no puede ser exigida ante cualquier situación, sino que únicamente se puede exigir cuando existe un requerimiento del perjuicio producido. Del mismo modo, también se determina que sí que cabe la aplicación de la carga cuando intermedia dolo en la causación del perjuicio por parte del agente del daño.

Por último, en lo que a este capítulo se refiere, se determinan los sujetos sobre los que recae la carga de mitigar el perjuicio sufrido, que pueden ser tanto la víctima del hecho dañoso, como sus herederos. Por ello, la autora considera acertadamente que la atenuación del perjuicio recae sobre el acreedor de la indemnización y que debe utilizar todos los medios que estén a su alcance para mitigar el daño. Ahora bien, ello no impide que, si un tercero atenúa el perjuicio, a pesar de no estar obligado, esta limitación se deberá tener en cuenta en el momento de la determinación del resarcimiento.

El capítulo cuarto profundiza en todos aquellos preceptos que han regulado la mitigación del daño en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el seno del Derecho supranacional, como a nivel interno. Asimismo, también analiza detenidamente todas aquellas propuestas que pretenden la incorporación de la figura en diferentes ámbitos (en el Código Civil español o en la compraventa europea), así como la modificación de la misma en aquellos sectores en los que ya venía siendo contemplada (el contrato de seguro). Este capítulo finaliza con una muy acertada propuesta de «lege ferenda» de la autora, que pretende la incorporación de la mitigación del daño en nuestro Código Civil de manera generalizada. A tales efectos, toma en consideración las posibles situaciones que puedan suscitarse en cuanto a este reconocimiento generalizado.

Por su parte, el capítulo quinto se divide en dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la delimitación de las medidas de mitigación, así como la distinción de otras que pueden resultar afines; por el otro, la determinación del estándar de exigibilidad. En lo que a las medidas de mitigación se refiere, la autora, en un primer momento, define qué debe entenderse por medidas de mitigación, para posteriormente abordar las diferentes tipologías existentes en atención a la finalidad que se pretende con su adopción. Entre todas ellas, cabe destacar las medidas curativas o de sanación y las laborales, por la especial complejidad en su aplicación, así como las medidas sustitutivas, entre las que se encuentra el negocio de reemplazo, por ser la medida mitigadora más extendida, además de ser la única que cuenta con regulación propia en nuestra legislación especial. Finaliza el estudio de estas medidas con la distinción de otras que pueden resultar afines, pero que no se incardinan entre las medidas de atenuación, tales como las medidas preventivas o las omisivas.

Por lo que respecta al estándar de exigibilidad, la autora advierte que no cualquier medida de mitigación puede ser exigible en aras de la mitigación del daño, sino que únicamente se aplicarán los efectos de la misma si esta resulta ser razonablemente exigible. Ahora bien, tal y como advierte la autora, una medida mitigadora no puede ser calificada abstractamente como razonable, sino que se deberán tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el momento de producción del daño, pero con carácter previo a la adopción de las medidas de mitigación como, por ejemplo, la información de la que disponía la víctima o el precio en el mercado de los bienes.

El último capítulo de la obra inicia con un estudio general del principio de reparación íntegra del daño, a los fines de mostrar la conciliación entre este y la atenuación del perjuicio. Asimismo, también analiza el principio «*compensatio lucri cum damno*» a los efectos de delimitar sus características principales y, posteriormente, aplicar sus premisas en la atenuación del perjuicio. A continuación, la autora procede a la determinación de los principales efectos de la mitigación del daño: por un lado, el resarcimiento de las pérdidas no evitables (o en términos de la propia autora, el daño base) y la exclusión de la indemnización del daño que podría haber sido atenuado; por el otro lado, el resarcimiento de aquellos gastos que deriven de la adopción de las medidas de mitigación. Esta última cuestión es abordada desde una perspectiva ciertamente novedosa, en cuanto que la autora defiende que los gastos deben ser resarcibles, aun cuando los mismos no hayan sido efectivamente abonados.

Para finalizar con el estudio monográfico, la autora determina una serie de reglas o límites que, por su mera existencia, suponen la exclusión de la aplicación de la carga en cuestión. Sirva de ejemplo, que la víctima no está obligada a poner

en riesgo su propia vida o reputación moral o comercial, ni tampoco la de terceras personas; tampoco se considerarán medidas mitigadoras razonables aquellas que la víctima no pueda asumir por su propia condición económica o por ser excesivamente arriesgadas; o, por último, que sean medidas extraordinariamente desproporcionadas o gravosas para el acreedor de la indemnización.

En definitiva, estamos, por tanto, ante una obra que aborda un tema verdaderamente novedoso y de gran relevancia. Así es, el estudio monográfico que recensamos constituye la primera obra que se dedica con carácter exclusivo y completo al estudio de la mitigación del daño en nuestro ordenamiento jurídico y que, sin lugar a duda, constituye un estudio monográfico de referencia en lo que a la atenuación del perjuicio se refiere. Por todo ello, recomiendo la lectura de la obra, la cual resultará de un trascendente interés, tanto para la doctrina, como para la práctica jurídica ante los tribunales.

José Ramón de Verda y Beamonte  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valencia