

## Sentencias Comentadas

El deber de mitigar el daño  
(A propósito de la STS [1.<sup>a</sup>] de 15 de  
Noviembre de 1994)

Por ANA SOLER PRESAS

Profesora de ICADE

### I. INTRODUCCIÓN

#### I.1. ANTECEDENTES DE HECHO

De acuerdo con los hechos considerados probados por el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia, D. Juan Manuel R.G., de profesión técnico al servicio de la entidad «Acondicionamientos y Saneamientos, S.A.» (ACOYSA), realizaba por razón de su oficio numerosos desplazamientos Madrid-Bilbao, para los cuales utilizaba siempre el avión. Al parecer, los billetes de avión los obtenía regularmente en una misma agencia de viajes y los abonaba por medio de su tarjeta de crédito Visa, expedida por el Banco Hispano-Americano, con cargo a la cuenta corriente que tenía abierta en dicha entidad.

Dicho banco tenía concertado un contrato de seguro que garantizaba a los titulares de las tarjetas de crédito expedidas por el mismo o a sus beneficiarios una indemnización de hasta veinte millones de pesetas —cifra máxima prevista para el caso de muerte— por los daños corporales sufridos como consecuencia de los accidentes en que pudiesen verse envueltos en su calidad de pasajeros en un medio de transporte público, siempre que el importe del transporte se hubiera abonado por medio de la referida tarjeta.

El 18 de febrero de 1985, acudio D. Juan Manuel a la agencia de viajes para adquirir, como de costumbre, con cargo a su tarjeta, un billete de avión para viajar a Bilbao al día siguiente. Tras la comprobación oportuna, la agencia comunicó al interesado que no podía efectuar el pago por medio de su tarjeta al haber sido cancelada ésta por el banco. Esa misma mañana se acercó D. Juan Manuel a la sucursal bancaria antes citada para interesarse por los motivos de la cancelación, informándole su Director que habían «padecido» un error, pues existía otro cliente en el banco con el mismo nombre y apellidos que él, el cual no tenía saldo disponible en su cuenta corriente y que, debiendo cancelar la tarjeta a este último, se la habían cancelado a él. D. Juan Manuel R.G. aceptó las explicaciones del banco y solicitó que se le expidiera una nueva tarjeta de crédito.

Cancelada la vieja y aún no expedida la nueva, el Sr.R.G. no pudo abonar el importe del billete de avión por medio de su tarjeta de crédito, quedando por consiguiente privado de la cobertura del seguro de accidentes inherente en este caso a dicho modo de pago. El avión en que viajaba tuvo un accidente en el monte Oiz en el que perecieron todos sus ocupantes.

La viuda de D. Juan Manuel, D.<sup>a</sup> Encarnación M.A., entabló juicio ordinario de menor cuantía contra el Banco Hispano-Americano, Sistema 4B, S.A. y Visa España, S.A., reclamando la suma de veinte millones de pesetas y sus intereses legales desde la interposición de la demanda, así como la imposición de las costas a los demandados. El Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de los de Madrid estimó íntegramente la demanda condenando solidariamente al pago de lo requerido a todos los demandados.

Recurren en apelación, por un lado, el Banco Hispano-Americano y, por otro, Visa España S.A., siendo desestimado por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid el primero de los recursos y estimado el segundo, revocando consiguientemente la sentencia del Juzgado de 7 de junio de 1989 a los meros efectos de absolver de toda responsabilidad en relación con el objeto de la causa a la entidad Visa España S.A.

El Banco Hispano-Americano interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia de 29 de julio de 1991, alegando los motivos que seguidamente se desarrollarán en el presente comentario, de los cuales fue estimado parcialmente el último, sustituyendo el Supremo la condena fijada por la Audiencia por el abono de diez millones de pesetas y sus intereses legales desde la fecha de la sentencia, cantidad que deberá ser abonada solidariamente por el recurrente y por Sistema 4B S.A., sin que proceda la expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias ni las del recurso de casación.

## 1.2. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS EN EL CASO

En el comentario de esta sentencia analizaremos:

— En primer lugar, las cuestiones relativas a la existencia de responsabilidad (*infra* II). Para ello es necesario determinar si:

- a) Se ha producido un incumplimiento del contrato de concesión de la tarjeta de crédito (*infra* 2.1.).
- b) De haberse producido el incumplimiento, si ha de imputarse al deudor y conforme a qué criterio (*infra* 2.2).

— Seguidamente, y supuesto que haya responsabilidad, procederemos a la determinación de la extensión cuantitativa de la indemnización a satisfacer por el responsable (*infra* III). Especificaremos si la pérdida de los veinte millones de la póliza del seguro de accidentes debe considerarse:

- a) Una consecuencia adecuada del incumplimiento (*infra* 3.1.).
- b) Una pérdida previsible (*infra* 3.2.).
- c) Una pérdida que debió haberse evitado (*infra* 3.3.). En este punto nos detendremos para, brevemente, tratar de aclarar el concepto y la naturaleza del deber de mitigar (3.3.a.); su fundamento (3.3.b.); los criterios que rigen su aplicación (3.3.c.) y las consecuencias derivadas de su aplicación (3.3.d.).

— Por último, analizaremos jurídicamente el fallo de la sentencia (*infra* IV).

## II. LA DETERMINACIÓN DEL AN RESPONDATUR

Para un mejor estudio sistemático de los motivos alegados en el recurso de casación y de la respuesta casacional a los mismos, comenzaremos por aquellos que pretenden la exoneración del banco recurrente de toda responsabilidad por la cancelación de la tarjeta de crédito de D. Juan Manuel R.G.

2.1. En este sentido afirma el recurrente que no se ha producido un incumplimiento contractual por su parte, puesto que la cancelación de la tarjeta durante su vigencia era una facultad que el banco se reservó expresamente tal y como figura en la Condición General cuarta del contrato (1). Denuncia por tanto, en el tercer motivo del recurso (recogido en el Fundamento de Derecho sexto de la sentencia) la infracción de los artículos 1281 y concordantes del Código civil en relación con el artículo 1258 del mismo cuerpo legal, pues, a su juicio, de la interpretación de la referida cláusula no cabe inferir, como hace la sentencia recurrida, que sea *necesario que se comuniqué la cancelación* y que resulte *evidente que tal comunicación obrará efectos desde que se lleve a cabo* y no antes, y, sobre todo, que *la cancelación deba estar justifi-*

---

(1) Según la cual, «el banco se reserva la facultad de cancelar la tarjeta durante su vigencia» y «el titular deberá devolver al banco la tarjeta tan pronto como la cancelación le sea comunicada».

*cada, precisión que, por obvia, es innecesaria hacer en el texto de un contrato cuyas condiciones han de interpretarse restrictivamente en lo que a las facultades del banco se refiere al tratarse de un contrato de adhesión* (vid. el fallo de la sentencia de la Audiencia recogido en el Fundamento de Derecho tercero).

Según el recurrente, la Condición General cuarta del contrato de concesión de la tarjeta de crédito que, al tratarse de un contrato gratuito ha de interpretarse en favor de la menor transmisión de intereses (art. 1289 C.c.), no exige la previa comunicación de la cancelación, que obrará efectos desde que la acuerde el banco. Por lo que respecta al segundo requisito, entiende que la existencia de una tarjeta conflictiva y la homonimia entre dos clientes del banco justifica suficientemente la decisión de proceder a la cancelación y excluye toda idea de arbitrariedad por parte del recurrente, imposibilitado de efectuar comprobaciones para esclarecer perfectamente los hechos si pretendía, como era su deber, evitar eventuales y graves daños.

El motivo es desestimado por entender el Supremo que la Audiencia interpretó correctamente la cláusula al estimar necesario, aunque no se diga, que la cancelación esté justificada —justificación que no se aprecia en el caso de la tarjeta de D. Juan Manuel, cuya situación bancaria era perfectamente normal— y que se comunique previamente al interesado para que en la mayor brevedad posible pueda aclarar su situación con el banco, por imperativo de la buena fe negocial. Todo ello y sin perjuicio de que no sea en absoluto aplicable el art. 1289 C.c. por tratarse de un contrato oneroso por el que el usuario ha de pagar comisiones de obtención y renovación de la tarjeta.

Debe observarse no obstante que, aunque la conclusión a la que llega el Supremo es correcta, no se puede llegar a ella a través de la estricta interpretación de la Condición General cuarta del contrato que se limita a decir que «el banco se reserva la facultad de cancelar la tarjeta durante su vigencia» y que «el titular deberá devolver al banco la tarjeta tan pronto como la cancelación le sea comunicada». La Audiencia, al decir que «aunque no se diga expresamente, por resultar obvio, es necesario que para proceder a la cancelación exista una causa que la justifique» y que «la buena fe negocial exige en estos casos la previa notificación al interesado», no está procediendo a la aplicación de los criterios hermenéuticos para esclarecer el sentido de una cláusula que de por sí ni es oscura ni ambigua. De hecho está controlando de forma encubierta el contenido de una condición general de contratación que, de no precisar los requisitos o condiciones establecidos por el Tribunal para que el banco pueda válidamente proceder a la cancelación de una tarjeta de crédito sería abusiva y, como tal, nula. (2) *La integración* de

---

(2) Precisamente como ejemplo de condición general de contratación abusiva recoge el art. 10.1.c. 2.<sup>a</sup> de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU) aquella que otorgue a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

la laguna que dicha nulidad produce debió realizarse abiertamente recurriendo a las fuentes previstas por nuestro ordenamiento a tal efecto como son, en el caso de autos, el derecho positivo —art. 1256 C.c.— y la buena fe contractual —art. 10.1.c, LDCU y art. 1258 C.c.— (3).

2.2. Fracasada la alegación anterior y constatado por tanto el no cumplimiento del contrato, procede analizar los motivos alegados por el recurrente en su intento de excluir la imputabilidad a su esfera jurídica de esta falta de cumplimiento. En este sentido, el primer motivo del recurso (Fundamento de Derecho cuarto) denuncia la infracción del art. 1.253 C.c. al sentar como hecho probado que *el banco canceló la tarjeta por error*, para sostener acto seguido (motivo segundo del recurso, recogido en el fundamento de Derecho quinto) que dicha *cancelación no fue negligente*, como afirma con rotundidad la sentencia de apelación infringiendo, a su juicio, los arts. 1.104 C.c. y 26 LDCU, puesto que el banco, al igual que en los casos de robo o sustracción de tarjetas de crédito, debe proceder a la inmediata cancelación de todas aquellas que se hayan expedido a clientes con el mismo nombre y apellidos que el titular de la robada o sustraída para evitar las posibles estafas que pudieran cometerse por medio de ésta. De manera que, concluye, «no hay negligencia en la falta de notificación previa a la cancelación pues la naturaleza del servicio y de la obligación contraída excluye la dilación que inevitablemente se produciría con tales notificaciones; y no la hay como consecuencia del pretendido error: basta la homonimia de los titulares para que se ordene la cancelación, sin entrar en el requisito subjetivo del error. Y todo ello derivado de la naturaleza de la obligación, elemento que hay que atender para calificar de negligente una conducta».

Ambos motivos son desestimados por el Supremo. El primero, por considerar que la calificación de la conducta del banco como fruto de un error no se ha obtenido por el Tribunal de Instancia a través de la prueba de presunciones, sino de la *apreciación directa de las pruebas* aportadas al proceso. (4) así como de *la forma de proceder del banco*, que cancela la tarjeta de un cliente sin previamente comprobar a través de los más que suficientes medios con los que cuenta (D.N.I., N.I.F.,

---

(3) Sobre el control encubierto del contenido de las condiciones generales a través de la interpretación, véase ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación* (1991), pp. 288 ss. En la misma obra puede consultarse un análisis detallado sobre la interpretación integradora del contrato y su diferencia conceptual con la reducción conservadora de validez de una cláusula contractual, pese a que en determinados casos, como el presente, pueda conducir a resultados similares. . *Vid.* pp. 423 y ss., especialmente pp. 440-441.

(4) En concreto, de la misma contestación a la demanda donde se manifiesta que «La cuestión (sobre las causas de la tan repetida cancelación) quedó aclarada cuando el fallecido marido de la actora pudo demostrar que él era otro Juan Manuel R.G. puesto que en la sucursal había dos clientes con igual nombre y apellidos».

n.º de la tarjeta, profesión, domicilio etc.) si era él quien que se encontraba en situación irregular o si dicha situación afectaba a un cliente homónimo.

Dicha conducta, fruto de un «evidente e injustificable error» constituye, a juicio del Tribunal, un supuesto de «evidente negligencia, ya que una norma de elemental prudencia exige al banco comprobar quién es el cliente cuya tarjeta ha de cancelarse y, en caso de estimar procedente la cancelación de las tarjetas de ambos, comunicárselo con toda urgencia a ambos, pues lógicamente uno de ellos será totalmente ajeno a la situación originadora de tan radical medida».

Pese a coincidir plenamente con el Tribunal en la consideración de la conducta del banco como un claro incumplimiento contractual a él imputable, no considero tan *evidente* que dicha imputación se pueda fundamentar en una *obvia negligencia* del recurrente sin previamente considerar cuál es el sistema utilizado por las entidades bancarias para proceder a la cancelación de las tarjetas de crédito, y si dicho sistema permite distinguir a la hora de cancelar tarjetas de clientes homónimos entre supuestos de robo-hurto y supuestos de falta de liquidez, o si podría perfeccionarse el sistema en este sentido sin que implicara un coste excesivo. (5) Y dado que los emisores de tarjetas de crédito compiten en un mercado abierto, no es irracional pensar que el perfeccionamiento del referido sistema para que ofreciera mayores garantías a los usuarios de las tarjetas — en el sentido de disminuir el margen de error en la cancelación de tarjetas de clientes homónimos— se adoptaría si no fuese excesivamente costoso. De lo expuesto podría inducirse que la conducta alternativa —mayores comprobaciones previas a la cancelación— que el Tribunal, al calificar la conducta del banco como *negligente* impone a todos los emisores de tarjetas de crédito, supone, probablemente, un coste ineficiente que en definitiva vendrían a soportar todos los usuarios de las mismas.

Dicha calificación es, además, innecesaria para alcanzar el fin perseguido, esto es, que el banco responda del incumplimiento del contrato. Debe recordarse en este sentido que la culpa-negligencia no es ni el único ni el más importante criterio de imputación del incumplimiento al deudor, ya que concurre con otros criterios también generales como son el de la «esfera de control del deudor» y el «riesgo implícitamente asumido al contratar». (6)

---

(5) El supuesto de robo-hurto de la tarjeta está hábilmente traído a colación por el recurrente ya que en ese caso, a diferencia de lo que ocurre en el de autos —cancelación motivada por falta de liquidez del cliente homónimo—, la cancelación inmediata e indiscriminada de todas las tarjetas de clientes con idéntico nombre y apellidos podría justificarse y, por tanto, exonerar de responsabilidad al banco, por el perjuicio que la menor dilación pudiera ocasionar a los demás usuarios, y no exclusivamente al banco.

(6) Vid. PANTALEÓN en *El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)*. ADC, jul-sep. (1991), pp. 1067-1072, conclusión por lo demás plenamente congruente con la interpretación «objetiva» que de la culpa llevan a cabo tanto la doctrina como la jurisprudencia y con el criterio de imputación general

El banco responde *objetivamente* porque el riesgo de ocasionar un perjuicio a un cliente al cancelarle la tarjeta por confundirle con otro homónimo se ha generado en su esfera de control —él decide qué sistema resulta más eficiente para la cancelación de tarjetas— siendo, por tanto, un riesgo que ha de considerarse asumido al celebrar el contrato —puesto que, a menos que otra cosa se pacte, es quien mejor puede prever y administrar dicho riesgo— (argumento *ex art.* 1107.1.C.c.). Responsabilidad que, por otra parte, se deduce del hecho de que la confusión provocada por la existencia de dos clientes con idéntico nombre y apellidos no pueda considerarse un «suceso imprevisible» o «inevitable» (7) a efectos de exonerar al deudor de responsabilidad (argumento *ex art.* 1105 C.c.).

### III. LA DETERMINACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

Una vez establecida la responsabilidad del banco por los perjuicios que el incumplimiento del contrato —cancelación injustificada de la tarjeta de crédito— produjo a D. Juan Manuel R.G., resta por analizar qué extensión ha de darse a dicha obligación resarcitoria. En este sentido el cuarto motivo del recurso, formulado lógicamente con carácter subsidiario a los tres anteriores, pretende la exclusión del resarcimiento de la pérdida de los veinte millones de pesetas previstos en la póliza del seguro de accidentes, de la que sería beneficiaria la demandante si la mencionada cancelación no hubiera impedido que su difunto marido abonara por medio de su tarjeta el billete de avión.

El recurrente denuncia en su alegato la infracción de los arts. 1101 y 1107 C.c., pues entiende que «al cancelar la tarjeta de crédito del Sr. R.G. no podía prever que éste proyectara viajar en avión a Bilbao el día 19 de febrero de 1985 y, mucho menos, que en dicho día y en el expresado viaje se produjera un accidente aéreo en el que pereció el referido Sr. R.G., por lo que no existe nexo causal entre la cancelación de la tarjeta y el expresado accidente aéreo».

---

«controlabilidad del riesgo» recogido en el art. 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ratificado por España y publicado en el B.O.E. de 30 de enero de 1991.

(7) Un importante sector doctrinal interpreta el «suceso» del art. 1105 C.c. como un «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor», TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, ADC (1971), pp. 1154 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, (1993), pp. 589 ss. Y configura la imprevisibilidad como requisito autónomo del caso, no como presupuesto lógico de la inevitabilidad (*vid.* PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 1065 y doctrina allí citada), de manera que no sólo no exonera un impedimento previsible al contratar —y, por tanto, asumido por el deudor— sino que tampoco lo hace aquel que no fuera previsible al contratar pero lo sea posteriormente y que, pudiendo evitarse con el desempeño de la diligencia debida, no se haga.

Del párrafo transcrito puede deducirse que se están invocando, aunque confusamente, tres argumentos distintos:

3.1. En primer lugar, al aludir el recurrente a la inexistencia de nexo causal entre la cancelación de la tarjeta y el accidente aéreo parece sostener que la pérdida efectivamente sufrida por la demandante —veinte millones de pesetas— no es una consecuencia adecuada del incumplimiento del contrato —cancelación de la tarjeta— y, como tal, no ha de ser objetivamente imputada al mismo. (8) El Supremo no acoge, acertadamente, esta línea de argumentación. Aunque no se manifieste expresamente al respecto, es obvio que el *daño concretamente sufrido* —privación del beneficio que la cobertura de un seguro de accidentes proporciona, beneficio que, como en el caso de autos, puede alcanzar una dimensión cuantitativa de hasta veinte millones de pesetas si se produce el siniestro previsto en la póliza— *es objetivamente imputable al incumplimiento del contrato* de acuerdo con el criterio de la adecuación, ya que la producción de dicho evento no habría sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado que hubiese considerado la cuestión *ex-ante*, en el momento en que se procedió a la cancelación de la tarjeta, máxime si tenemos en cuenta que es el propio banco emisor el que pone de relieve la probabilidad de la producción del siniestro, incentivando el uso de la tarjeta para la adquisición de billetes en los medios de transporte públicos añadiendo al beneficio que de por sí entraña la utilización de este medio de pago, la póliza del seguro de accidentes.

3.2. En segundo lugar, se puede deducir de las palabras del recurrente que pretende argumentar la exclusión del resarcimiento del premio del seguro en la delimitación del *quantum respondatur* que establece el art. 1.107.1, primer inciso, del C.c., según el cual el deudor de buena fe sólo responde de los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Pretensión que parece también rechazarse por el Tribunal, aunque no con la rotundidad que sería deseable, (9) puesto que resulta evidente que el deudor al celebrar

---

(8) Sobre los criterios de imputación objetiva del daño, véase PANTALEÓN, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en *Centenario del Código civil*, II, (1991), pp. 1561 ss.; así como en el comentario al art. 1.902 del *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia (1991), pp. 1981 ss., especialmente, pp. 1987-88. También R. DE ANGEL YAGÜEZ, en su *Tratado de responsabilidad civil*, (1993), pp. 787 y ss.

(9) Cito textualmente «Al cancelar (injustificadamente, además) la tarjeta de crédito Visa de que era titular el Sr.R.G., el banco emisor de dicha tarjeta *podía, indudablemente, prever que aquél quedaba privado de todos los beneficios inherentes a la expresada titularidad*, uno de los cuales era, ciertamente, la posibilidad de obtener un billete en cualquier medio de transporte público con el seguro de accidentes que amparaba la adquisición del billete efectuada por dicho medio de pago. Es cierto, por otro lado, que para el banco recurrente resultaba *difícilmente previsible que iba a ocurrir el expresado accidente aéreo, dada la muy escasa frecuencia en que, afortunadamente, ello sucede*, pero no de imposible producción como lo evidencia el hecho que aquí nos ocupa. (...)» (énfasis añadido).



el contrato de concesión de la tarjeta asumió, como riesgo perfectamente previsible entonces, que el incumplimiento de sus obligaciones privaría al usuario de *todos* los beneficios inherentes a la titularidad de la tarjeta, entre ellos el beneficio proporcionado por la cobertura del seguro de accidentes con el que cuenta el titular que adquiere un billete de transporte público a través de dicho medio de pago. (10) Esta privación tendrá, en la mayoría de las ocasiones, una significación económica irrelevante, pero en ocasiones como la presente, puede suponer una cuantiosa pérdida económica. Ocasiones que, *por infrecuentes que sean no son menos previsibles* y que explican la celebración de un contrato de seguro.

3.3. Por último, aunque no haya sido expresamente alegado por el recurrente, las circunstancias del caso y la prueba aportada al proceso ponen de manifiesto un claro incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del marido de la demandante, como reconoce el Tribunal en el Fundamento de Derecho Séptimo al manifestar que «el Sr. R.G., que lógicamente sabía o debía saber que, al haberle sido cancelada la tarjeta de crédito Visa de la que era titular, quedaba privado del seguro de accidentes inherente a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima (330 pesetas, según aparece probado en el proceso) haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, con lo que su esposa, como beneficiaria, habría percibido la misma indemnización que el otro (el correspondiente a la tarjeta cancelada) le garantizaba». Concluye el Supremo admitiendo parcialmente el motivo por apreciar «una concurrencia parcial de imprevisiones, no sólo por parte del banco emisor de la tarjeta (...), sino también por parte del referido titular que, al obtener el billete de avión ya sin la referida tarjeta de crédito y, por tanto, conocer que no disfrutaba de los beneficios inherentes a la misma, podía fácilmente y por muy escasa prima haber concertado un seguro análogo para ese concreto viaje aéreo, junto a su deber de mitigar el eventual (aunque para él también difícilmente previsible) daño que le imponía la buena fe comercial, una vez que había aceptado las explicaciones que le dio el banco, como lo evidencia el hecho de que en vez de dar por extinguidas totalmente sus relaciones con dicha entidad bancaria, aceptó que ésta le expidiera una nueva tarjeta (...)». Acogimiento parcial que le lleva a moderar la indemnización fijada por la Instancia por tratarse, a juicio del Tribunal, de uno de los supuestos más claros en que está indicada la utilización de la facultad establecida por el art. 1.103 C.c., y a condenar consecuentemente al banco recurrente y, solidariamente, a Sistema 4B S.A. al pago de diez millones de pesetas con sus intereses legales desde la fecha de la sentencia (Fundamento de Derecho octavo).

---

(10) Beneficio que bien se encarga el banco de resaltar en la publicidad de sus tarjetas de crédito.

Es en el razonamiento dado por el Supremo para el acogimiento —aunque sea parcial— del motivo donde radica el mayor interés de la sentencia que comentamos, pues se trata del primer caso en el que se admite expresamente por el Alto Tribunal la existencia del deber de mitigar los daños, (11) aunque tengamos que lamentar que induzca a error sobre la operatividad del mismo —el deber de mitigar vincula al acreedor del resarcimiento, independientemente de si decide dar por extinguidas o no sus relaciones con el deudor— y que no sea consecuente con su admisión a la hora de emitir el fallo, como tendremos ocasión de comprobar tras analizar el contenido esta doctrina.

a) *Concepto y naturaleza del deber de mitigar.* El deber de mitigar exige al acreedor del resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado. No se trata de una obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse jurídicamente por el causante del daño, sino de una carga (*onere*) cuyo incumplimiento sólo precluye el resarcimiento de aquellas pérdidas podían haberse evitado o minorado. (12)

En los sistemas del *common law*, donde mayor desarrollo ha tenido esta doctrina, el *duty of mitigation* constituye un principio general de delimitación del resarcimiento íntegro debido por los daños ocasionados principalmente por el incumplimiento de un contrato, aunque también

---

(11) De forma implícita el Supremo sí ha analizado cuestiones propias de la doctrina del deber de mitigar el daño, como es la posible *exigibilidad del sometimiento a una intervención quirúrgica*, para negarla, quizá con excesiva rotundidad, si lo que se pretende es resarcimiento de las secuelas (evitables con dicha operación) sufridas como consecuencia de un delito de lesiones (STS 2.<sup>a</sup> de 19-1-1981 (Ar. 156); o para afirmarla si lo pretendido es la obtención de la declaración de «gran invalidez» cuando las lesiones puedan sanarse con una intervención quirúrgica «ordinaria», entendiéndose por tal aquella que no se considere excesivamente arriesgada y de resultado incierto (STS 6.<sup>a</sup> de 19-VI-1981 (Ar. 857) y de 15-VII-1987 (Ar. 5.392), que continúan el criterio sentado por las STS de la misma Sala de 7-VI-1978 (Ar. 2.544); de 24-X-1978 (Ar. 3.742) y 8-X-1979 (Ar. 3.516). La doctrina del deber de mitigar explica también que en determinados casos se excluya el resarcimiento de daños ulteriores o consecutivos, aunque el Supremo recurra al cómodo expediente de la «incertidumbre» o «contingencia» del lucro cesante.

(12) El juego de esta carga o deber permite al acreedor adoptar medidas más costosas de lo razonable o no adoptar ninguna. Únicamente impide que las consecuencias de dicha actuación irracional se pongan a cargo del deudor. Como gráficamente expuso PEARSON L. J. en *Darbishire v. Warran* (1963) 1 W.L.R.(C.A.), «el (demandante) tiene pleno derecho a ser tan extravagante como quiera, pero no a costa del demandado». (p. 1075). En el caso, la Corte de Apelación limitó el resarcimiento pretendido por el demandante al valor de mercado de un vehículo de análogas características al dañado, negando el reembolso de los costes de reparación en que había incurrido el demandante consciente de que los mismos excedían del valor de mercado del objeto en cuestión.

se aplica a los causados por un *tort*. (13) Se trata por tanto de un criterio esencial para la determinación de la extensión cuantitativa del resarcimiento (*measurement of damages*), aplicable una vez que se ha determinado la resarcibilidad del daño concreto en virtud de los criterios de causalidad fáctica —«but-for» test— y de imputación objetiva del daño —*remoteness of damage* y sus derivados: *foreseeability* y *contemplation of the parties*—. (14)

b) *Fundamento*. La doctrina angloamericana justifica la aplicación de este criterio de delimitación cuantitativa de la indemnización en el carácter meramente compensatorio de la indemnización —que explicaría la exclusión del resarcimiento de las pérdidas que, efectivamente, haya evitado el acreedor con la adopción de medidas mitigadoras—, así como en razones de política socio-económica que exigen la promoción del uso cuidadoso de los recursos desincentivando, con la exclusión del resarcimiento, que el agraviado sufra pasivamente una pérdida que puede ser evitada con un esfuerzo razonable. (15)

En los sistemas de derecho civil la doctrina y la jurisprudencia no han prestado gran atención al principio (16), confundiéndolo en las contadas ocasiones en que se han referido al mismo con otra figura afín como es la «conurrencia de culpas» (*rectius*, causas).

Esta confusión puede explicarse en parte por los orígenes del deber de mitigar en los sistemas de derecho civil. Como afirma el civilista

(13) Aplicado como tal por la jurisprudencia y positivizado en el § 350 del norteamericano Restatement (2<sup>nd</sup>) Contracts (1981).

Además de utilizarse como criterio de delimitación autónomo, cuando la forma de mitigar la pérdida es clara —*i.e.* acudir al mercado para procurarse un sustituto de la prestación fallida—, el *duty of mitigation* se incorpora en los criterios específicos de valoración de los *damages*, conformando las llamadas *market rules* o reglas de mercado, que determinan los valores relevantes para el cálculo de la indemnización por incumplimiento de un contrato que tenga por objeto bienes o servicios de precio corriente (*vid.* las sec. 50-54 de la Sale of Goods Act (1979) inglesa y el art. 2-708/ 712-715 del Uniform Commercial Code americano) El deber de mitigar determina también el momento relevante para valorar la pérdida, que normalmente será el del incumplimiento, a menos que se estime que el acreedor no pudo mitigar la pérdida hasta un momento posterior. (*vid.* MACINTOSCH & FRYDERLUND, *An Investment Approach to a Theory of Contract Mitigation*, 37, Univ.Toronto L. J (1987), pp. 113 ss., 121).

(14) Para una clara delimitación del ámbito de aplicación de los distintos criterios *vid.* OGUS, *The law of Damages* (1973), p. 314; y MCGREGOR, *On Damages* (1988), n.º 12, 112.

(15) Destacan especialmente este último aspecto McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), n.º 33; y, entre la doctrina inglesa, OGUS, *op.cit.*, p. 85 y BARRROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (1994), p. 69.

(16) A pesar de encontrarse recogido, con carácter general, en el §254.II B.G.B.; art. 1227.II del Código italiano del 42 y en el art. 44 Código Suizo de las Obligaciones. En nuestro país sólo lo encontramos expresamente regulado en normas especiales, como el art. 17 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro y el art. 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (B.O.E. 30 de enero de 1991).

que más detenidamente ha estudiado el tema, el origen de la regla se encuentra en la pandectística alemana, que rompe con el estricto individualismo de épocas anteriores dejando paso a una concepción social del Derecho propia de la Edad Moderna. (17) Este principio de mitigación fue recogido posteriormente por Pothier, quien, utilizando su famoso ejemplo de la vaca enferma que contagia al resto del ganado, considera que aún en los casos de dolo del vendedor éste no ha de resarcir la pérdida de la cosecha sufrida por el comprador porque, muertos sus bueyes, no haya podido cultivar sus tierras, ni la pérdida de éstas porque la falta de ingresos le impida pagar sus deudas, puesto que estos daños pueden tener otras causas. El comprador, estima Pothier, *pudo prevenir la pérdida* de la cosecha comprando o alquilando otros bueyes que arasen sus fundos, o arrendando las tierras que no vaya a cultivar. No obstante, si recurriendo a estos expedientes no lograra obtener todo el beneficio que habría conseguido cultivando por sí mismo con sus propios bueyes sus tierras, puede reclamar el resarcimiento de la pérdida sufrida. (18)

Las ideas de Pothier no se plasman positivamente en el *Code* (19), pero sí parecen seguirse por la doctrina y jurisprudencia francesa que, centrándose en la similitud de los efectos que la aplicación de una y otra figura producen, incluyen supuestos paradigmáticos del deber de mitigar dentro de una concepción amplísima de la «conurrencia de culpas». (20) Confusión que se acrecienta con la promulgación del Código civil alemán que recoge bajo un mismo epígrafe —*Mitverschulden*— tres supuestos que lo único que tienen en común es que conducen a la reducción de la indemnización como consecuencia de la conducta del agraviado, como son el caso de la «conurrencia» de culpas en la causación del daño —verdadero supuesto de *Mitverschulden*, o mejor, de *Mitverursachung*, §254.I.—; la falta de comunicación del riesgo de un daño extraordinariamente alto —como criterio de determinación de la causalidad adecuada— y el incumplimiento del deber de mitigar el daño —§ 254 II. *in fine*— que, a diferencia de los

---

(17) Vid. CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito*, Riv. Dir. Civile, I (1972), pp. 553 ss., 568-9.

(18) *Traité des Obligations* (1761), n.º 167.

(19) Como tampoco en aquellos que le siguen, como el *Codice* de 1865 o el Código civil español.

(20) En particular, el no sometimiento de la víctima de una lesión física a un tratamiento quirúrgico que, con escaso riesgo, pueda sanar las secuelas del daño. Vid. MAZEAUD et TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, II (1958), pp. 434 ss.; PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VI (1952), pp. 787-790; CHARTIER, *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile* (1983), n.º 51, pp. 73-74. Concepción que entre nosotros abiertamente comparte SANTOS BRIZ, en *La responsabilidad civil: Derecho sustantivo y Derecho procesal* 7, (1993), pp. 117 ss., especialmente en la p. 120.

anteriores, entra en juego una vez producido el daño, aunque el resultado práctico pueda ser el mismo. (21)

La mayoría de la doctrina italiana no reconoce que el nuevo art. 1227.II del *Codice* (22) suponga la positivación de una regla autónoma como el deber de mitigar el daño, sino que lo considera aplicable al caso de la «conurrencia de culpas» no ya en la producción del daño base (supuesto de hecho del párrafo primero del artículo), sino en la producción de un daño ulterior, de manera que éste segundo inciso vendría a negar el resarcimiento de aquella pérdida que sea una consecuencia agravada del daño-base pero que su producción sólo pueda ser atribuida a la intervención de la víctima. Interpretación sumamente criticable puesto que para obtener dicho resultado no es necesaria una norma como la del art. 1227.II, bastando la aplicación del principio de causalidad del art. 1.223, que excluye del resarcimiento las consecuencias ulteriores e indirectas del daño. (23)

Urge por tanto diferenciar conceptualmente el deber de mitigar de la «conurrencia de culpas», ya que la determinación de los distintos presupuestos que la aplicación de una y otra figura exigen, nos permitirá concluir que el fundamento del citado deber no estriba en la ausencia de conexión causal entre el acto del pretendido responsable y el daño sufrido por el agraviado.

La concurrencia de culpas exige que tanto el demandante como el demandado participen en la causación del daño, excluyéndose del resarcimiento aquella pérdida que se deba al comportamiento «negligente» del demandante, no a la actuación del demandado. El deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación *presupone* que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante.

En el primer caso, las pérdidas que deban excluirse del resarcimiento vendrán determinadas por la aplicación —objetiva— de los criterios de causalidad jurídica. En el segundo, serán las circunstancias —objetivas y subjetivas— del caso las que determinen qué medidas podía, luego debía, haber adoptado el demandante para mitigar las consecuencias que del mismo daño-base puedan derivarse en un futuro.

---

(21) MERTENS, *Soergel Kommentar zum B.G.B.* <sup>12</sup>, § 254 Rdnr.4; GRUNSKY, *Münchener Kommentar* <sup>2</sup>, § 254 Rdnrn. 38, 44.

(22) Precepto introducido por el Código de 1942, según el cual «*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*».

(23) Una crítica más detenida a esta postura mayoritaria puede verse en CRISCUOLI, *op.cit.*, pp. 566 y ss.

El fundamento de este deber *autónomo* de mitigar el daño causado con las medidas al alcance de quien lo sufre lo encontramos, pues, en el principio general de *la buena fe* (art. 7.1 C.c.). (24)

c) *Aplicación*. A la hora de determinar qué medidas han de considerarse razonables —y, por tanto, exigibles— no debemos olvidar que quien pretende la aplicación de la doctrina es precisamente el causante del daño. Así, no sería justo negarle el resarcimiento al acreedor que yerra en la elección de la medida mitigadora si su actitud puede considerarse razonable atendidas *ex-ante* las circunstancias del caso. (25) En general, la precaución exigible al acreedor del resarcimiento en la mitigación del daño es la que se deduzca del patrón de diligencia objetivo —«buen padre de familia» o el anglosajón *ordinary course of business*— adecuado a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso. (26)

---

(24) De forma clara, CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 572, quien lo considera una exigencia autónoma de la buena fe que impone un deber de cooperación, de injerencia efectiva en la esfera jurídica del demandado, hasta el límite de la diligencia ordinaria en la salvaguarda de intereses ajenos. También Bianca fundamenta el deber de mitigar en la exigencia general de comportarse según *correttezza*, aunque en su exposición no termina de desvincularlo del fundamento causal. *Inadempimento delle Obbligazioni*<sup>2</sup>, en el *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, art. 1227, pp. 426-429. Lo mismo cabe decir del planteamiento del Prof. Díez-PICAZO, en *Fundamentos...cit. supra*, II, p. 689. Expresamente incluye el deber de mitigar dentro de la figura de la concurrencia de culpas SANTOS BRIZ, en *La Responsabilidad Civil...cit. supra*, p. 117. Entre nosotros, también se han referido (escuetamente) al deber de mitigar LACRUZ, en *Elementos del Derecho Civil*, II, 1.<sup>o</sup> (1985), p. 547; CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, XV-1, pp. 734-739; PANTALEÓN, en el *Comentario del Código Civil*, II, del Ministerio de Justicia, p. 1993 y, últimamente, R. DE ANGEL YAGÜEZ, en el *Tratado de Responsabilidad Civil* (1993), p. 845. Sobre la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, *vid.* STOLL, en V. CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990), art. 77, Rdnr.5.

(25) Ilustrativas en este sentido son las palabras de Lord. McMILLAN, «Cuando el agraviado por el incumplimiento de un contrato se encuentre como consecuencia del mismo en una situación embarazosa, las medidas que se vea abocado a adoptar para salir de ella no han de ser juzgadas estrictamente (*weighted in nice scales*) a instancia de la parte cuyo incumplimiento ha ocasionado la dificultad. Una vez que la emergencia ha pasado, resulta fácil criticar las medidas que se han tomado para hacerle frente, pero dicha crítica no es bien recibida de aquellos que han creado la emergencia. Para el Derecho es suficiente con que la parte que se encuentra en dificultades como consecuencia del incumplimiento de un deber por la otra haya actuado razonablemente al adoptar medidas para solventarla y no quedará privado del derecho al reembolso del coste de dichas medidas únicamente porque la parte incumplidora sugiera que debieron adoptarse otras medidas menos gravosas para ella.», *Banco de Portugal v. Waterloo and Sons* (1932), A.C. 452, 506.

(26) Entre los anglosajones, por todos, McCORMICK, *op. cit.*, n.<sup>o</sup> 35. La doctrina alemana recurre también al patrón de diligencia objetivo —el propio de un *sorgfältiger und verständiger Mensch*—. Grunsky, *Münch. Komm.*<sup>2</sup>, § 254 Rdnr.38; Lange, *Schadenersatz*<sup>2</sup>, en *Handbuch des Schulrechts*, (1990), § 10 X 3, p. 588.

La actividad mitigadora ha de financiarse por el acreedor si ello no supone una limitación importante en su nivel de vida, pudiendo recurrir, en caso contrario, a la financiación externa más barata que pueda obtener. (27) Si la incapacidad financiera del acreedor para hacer frente a los gastos que la mitigación del daño supone fuera previsible por el deudor, deberá éste resarcir el daño íntegro pues, en las circunstancias del caso, las medidas que en general habrían sido idóneas para mitigar la pérdida no están al alcance del acreedor. (28)

Si la lesión es física, la víctima no está obligada a someterse a un tratamiento quirúrgico para tratar de mitigar el daño a menos que, según el estado de la ciencia, no resulte peligrosa ni excesivamente dolorosa y ofrezca perspectivas de curación o importante mejoría. (29)

En la mitigación del daño, el demandante tampoco tiene que arriesgar su reputación comercial, ni causar un daño a terceros, ni iniciar contra éstos litigios complicados o arriesgados. (30)

Más conflictivo resulta determinar si el deber de mitigar exige, como regla general, acudir al mercado para procurarse una prestación sustituta de la debida. En el *common law*, donde el remedio de los *damages* es prioritario, sí cabe afirmar la exigibilidad de la realización de un negocio de cobertura siempre que, lógicamente, el objeto del contrato sea accesible en el mercado. (31) En los sistemas de derecho civil

---

(27) MERTENS, *Soergel Komm.*(12), § 254 Rdnr.85; GRUNSKY, *Münch.Komm.* <sup>2</sup>, § 254 Rdnr.57.

(28) Véase en este sentido la jurisprudencia inglesa —una vez superado el caso *Lieshoshch Dredger v. SS. Edison* (1933)— en McGregor, *op. cit.* n.º 321; y la alemana en Lange, *op. cit.*, pp. 586 y ss.

(29) Sobre este punto el consenso es generalizado. Por limitar la cita a nuestras fronteras, véase la línea jurisprudencial seguida por la Sala 6.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (sentencias recogidas en la nota n.º 11); SANTOS BRIZ, *op. cit.* p. 120; LACRUZ, *op. cit.*, p. 547 y PANTALEÓN, en el *Comentario del Código Civil*, *cit.* p. 1993.

(30) En el caso *Banco de Portugal v. Wateloo and Sons Ltd.* (1932), A.C. 452, el demandado, que tenía la obligación de imprimir cierta cantidad de billetes para el demandante, confió negligentemente parte de ellos a un tercero, quien los puso en circulación inmediatamente. Nada más descubrir el hecho, el banco detuvo la puesta en circulación del resto y ofreció la sustitución de los circulantes por otros de nueva impresión. Posteriormente, reclama el resarcimiento por el coste que la sustitución de los billetes ilegales por otros de curso legal supuso, además del coste de nueva impresión de un número de billetes igual al encargado. La House of Lords concedió ambas partidas, especificando respecto la primera que el banco estaba obligado a sustituir la moneda ilegal por la legal para proteger su propio crédito y los intereses de terceros de buena fe.

(31) Deber de cobertura que el sistema norteamericano extiende incluso a la pretensión de cumplimiento cuando la prestación debida sea el pago del precio —*action for an agreed sum*—, considerando que no han de resarcirse los mayores gastos en que incurra el acreedor que prosiga el programa prestacional a pesar de que el deudor le haya comunicado su decisión firme de incumplir el contrato —*anticipatory breach*—, a menos que el acreedor logre probar que tras un período razonable, no ha logrado colocar su prestación en el mercado o que la sustitución de la prestación era inviable (so-

donde, por el contrario, prima la pretensión de cumplimiento, no parece que, con carácter general, se pueda exigir al acreedor la realización de un negocio de cobertura. En este sentido es tajante la doctrina alemana mayoritaria al afirmar que el deber de mitigar *ex* § 254.II.2 B.G.B. sólo excepcionalmente obliga a la cobertura, excepciones que, según las circunstancias especiales, se producirán cuando la sustitución pueda realizarse sin dificultad y el objeto del contrato sean bienes o servicios sumamente fungibles cuya adquisición pueda minorar de forma importante la pérdida, o bien cuando el acreedor del resarcimiento realice con frecuencia dada su profesión o ámbito de negocio contratos de este tipo. En todo caso, no será exigible la cobertura cuando subsista la pretensión de cumplimiento. (32)

Sí puede serle exigible al acreedor que acepte una oferta del deudor incumplidor si con ello contribuye a paliar los daños.

De este aspecto se ha ocupado con especial detenimiento la jurisprudencia americana, (33) cuyo estudio permite concluir

---

la aplicación de esta política al contrato de compraventa véase el § 2-709 del Uniform Commercial Code). El sistema inglés permite el resarcimiento de estos mayores gastos devenidos inútiles por el incumplimiento siempre que el acreedor no haya aceptado la *anticipatory repudiation* y le asista un interés legítimo para insistir en el cumplimiento, aunque no faltan entre su doctrina partidarios de la solución americana. *Vid.* TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (1988, reimp. 1991), § 147.

(32) MERTENS, *Soergel Komm.*, § 254, Rdnr.80; en la misma obra, WIEDEMANN, § 325, Rdnrn. 56, 59; EMMERICH, *Münch.Komm.*, § 325 Rdnrn. 48, 50, 58; OTTO, *Staudinger Kommentar* (12), § 325, Rdnrn. 41, 47. En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (*cit.* nota 16) se opta por una solución de compromiso. Rechazada la propuesta americana de extender, a imagen de su regulación interna, el deber de mitigar a otros remedios, sólo se considera obligado por el mismo el acreedor del resarcimiento, una vez que se haya excluido la posibilidad del cumplimiento. No obstante puede el deudor probar que la insistencia en el cumplimiento responde exclusivamente a un afán especulativo, en cuyo caso el resarcimiento quedará limitado al coste del negocio de cobertura que pudo y debió realizar en su momento. *Vid.* Stoll, *op. cit.* art. 77, Rdnrn.8, 11.

(33) *Vid.* Severini v. Sutter-Butte Canal Co., (1922), 59, Cal.App. 154, 210, p. 49, donde el demandado, una compañía de aguas, reclama al demandante el pago del canon anual por anticipado, no al final del año como habían convenido. El demandante —agricultor—, se niega a aceptar el requerimiento, cortando el demandado el suministro de agua y perdiendo consecuentemente el demandante la cosecha por falta de riego. La Corte de Apelación de California niega al agricultor el resarcimiento de los daños porque estima que el coste que el anticipo del pago representaba (\$2) era trivial comparado con los daños que el impago podía producir, por lo que el agricultor incumplió el deber de mitigar al no aceptar la exigencia del demandado. Observese que el coste que para la compañía de aguas habría supuesto el aplazamiento del pago no era en absoluto trivial, por la repercusión que dicha concesión habría tenido de cara al resto de los contratos de suministro por ella realizados. Obviamente, si el coste adicional que para el acreedor supone la propuesta del demandado no se considera nimio, no está obligado a hacer mayores concesiones. *Vid.* Schultz v. Lakeport, 5 Cal.2<sup>nd</sup> 377, 108 A.L.R.1168 (1936), narrado por CALAMARI & PERILLO, en *The Law of Contracts* (1987) § 14-15.



que «incluso el realismo económico debe tener en cuenta el desagrado que supone hacer nuevas concesiones o continuar relacionándose con quien se ha comportado injustamente, de forma que, cuando el interés en juego no sea excesivamente cuantioso, debe considerarse razonable lavarse las manos y negarse a continuar negociando con el incumplidor, aunque sea para minimizar las pérdidas. Pero cuando esta política de indiferencia («*hands off policy*»), impulsada por la indignación o el resentimiento, pueda perjudicar intereses de una magnitud absolutamente desproporcionada con la leve humillación que pueda provocar la concesión, el agraviado debe tragarse su orgullo y cooperar con el causante del daño para reducir la pérdida». (34)

En nuestra jurisprudencia encontramos un caso análogo a los contemplados por la jurisprudencia americana, cual es el resuelto por la STS (1.<sup>a</sup>) de 6 de mayo de 1960 (Ar. 1.716). El demandante concertó con RENFE un contrato de transporte de un circo sometido a un tarifa especial. Una vez llegado a su destino, RENFE le exigió para retirar la carga el pago de la tarifa normal (cuatro veces superior). El demandante se negó a pagar y reclamó judicialmente la devolución del circo y la indemnización de la pérdida del beneficio que el espectáculo le habría reportado de habersele devuelto según lo convenido. Aunque el Supremo negó el resarcimiento del lucro cesante alegando que su obtención era *incierta* —como corresponde a toda ganancia futura, por definición hipotética o contingente—, la verdadera razón que justifica el fallo es, como en su día señaló Díez-Picazo (35), el incumplimiento por parte del demandante de su deber de mitigar el mayor daño que el incumplimiento podría producirle, negándose a pagar la tarifa (injustamente) exigida por RENFE.

d) *Conclusión.* El deber de mitigar contiene dos reglas básicas: una negativa, que niega el resarcimiento de aquella pérdida que pudo haberse evitado con un esfuerzo razonable, limitando la indemnización al coste de las medidas que debieron ser adoptadas; y otra positiva, que exige el resarcimiento de todos los gastos que la adopción de medidas mitigadoras *ab initio* razonables haya ocasionado, aunque hayan resultado un fracaso.

En el caso de autos, D. Juan Manuel sabía o debía saber, como bien recalca el Tribunal, que al comprar el billete de avión sin su tarjeta de

---

(34) McCORMICK, *op. cit.*, n.º 39, p. 145.

(35) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (1966), pp. 505 y ss.; véase también en *Fundamentos...cit.supra.* II, p. 689.

crédito quedaba privado del contrato de seguro inherente a este particular uso de la tarjeta. Y que este daño, que el incumplimiento del banco le ocasionó, podía incrementarse *in itinere* por la producción del siniestro cubierto por la póliza, incremento que podía evitarse fácilmente mediante la contratación de otra póliza de seguro sustituta de la que le ha privado el banco. Siendo consecuentes con la doctrina antes expuesta, la demandante no puede pretender el resarcimiento de una pérdida —veinte millones— que pudo fácilmente evitarse mediante la adopción de medidas razonables, como lo era, en este caso, la suscripción de un contrato de seguro. (36) Debería por tanto indemnizarse únicamente el coste que el contrato sustituto en cuestión habría supuesto: 330 pesetas, según consta en autos.

#### IV. ANÁLISIS DEL FALLO

Tras lo expuesto, resulta difícil explicar la *ratio* de la condena al pago de diez millones establecida en la sentencia.

El Tribunal afirma que nos encontramos ante «uno de los supuestos más claros en que está indicada la utilización de la facultad moderadora de la responsabilidad del art. 1.103 C.c.». Pese a lo rotundo de la afirmación, no se trata, ciertamente, de un supuesto en el que el *tipo* de daño fuera previsible —pérdida de los beneficios inherentes al uso de la tarjeta— pero no el *quantum* al que de hecho asciende —pérdida veinte millones— (37), puesto que, como en todo contrato de seguro, la cuantía máxima de la indemnización estaba fijada expresamente. Tampoco se trata de un caso de «conurrencia de culpas», tradicionalmente resuelto por nuestra jurisprudencia invocando, innecesariamente como es sabido, el citado precepto. (38) Nos encontramos, como ya hemos avanzado, ante un incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte del usuario de la tarjeta, como así lo entiende el propio Tribunal que en ningún momento duda de la exigibilidad al marido de la de-

---

(36) El Tribunal no se para a considerar si, en general, es exigible conocer que las pólizas en cuestión pueden obtenerse fácilmente en el mismo aeropuerto, sin duda por entender que, en el caso concreto, dicho conocimiento era perfectamente exigible, dados los constantes desplazamientos en avión que el fallecido debía realizar por exigencias de su profesión. En otro orden de cosas conviene matizar que sólo sustituye al contrato de seguro inherente al pago con la tarjeta otro de contenido análogo que el usuario celebre *con posterioridad* a la cancelación de la tarjeta en su intento de mitigar la pérdida que ésta le ha ocasionado.

(37) Este es el único caso al que sería aplicable la facultad moderadora que admite toda la doctrina. *Vid.* PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. *supra*, pp. 1038-9; DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, XV-1, art. 1.103, p. 576; DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de LACRUZ y otros*, II-1.<sup>º</sup> (1985), p. 288.

(38) Me remito a lo expuesto *supra*, 3.3.b).

mandante de la medida mitigadora idónea, esto es, del deber de cubrirse en el mercado por un coste mínimo.

Por exclusión, sólo nos queda una última razón que explique el reparto del importe del daño *por mitad* impuesto por el Tribunal, que no es sino la *equidad* del caso concreto. Amparándose en las excepcionales y no del todo claras circunstancias del presente caso, el Supremo impide que la procedente aplicación de la doctrina del deber de mitigar el daño prive a la viuda demandante de *toda* la indemnización que la Instancia le había concedido.

