



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

POTHIER Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO OCCIDENTAL

Por Eduardo Carlos Méndez Sierra*

I.- INTROITO

Dentro de los juristas Pothier ha sido uno de sus máximos exponentes, que como tal merece ser evocado, ya que sus trabajos doctrinarios han dejado una impronta en el derecho privado que aún permanece.- Tal es el propósito de este trabajo, que intentará rememorar su vida, sus obras y la trascendencia que estas han tenido en el derecho occidental.-

Ciertamente, no es exagerado sostener que su pensamiento ha influido profundamente en los ordenamientos jurídicos occidentales a partir del siglo XIX.- Resultó fuente fundamental en el diseño del Código Civil francés de 1804, y a su través –como también muchas veces de manera directa- incidió en los derechos civiles de muchos países de Europa y de América, entre ellos el nuestro.- Pero además, el mismo *Common Law* ha recibido su influencia.-

Justo es entonces tener presente a esta figura del derecho que aún irradia su luz en el mundo contemporáneo.-

* Integrante del Instituto de la Región Centro dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor Titular de Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho de Daños en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

II.- VIDA Y OBRA

a. Robert-Joseph Pothier, el hombre

1.- El 9 de enero de 1699 nace en Orléans, la ciudad a las orillas del río Loira que durante la guerra de los cien años Juana de Arco contribuyera a liberar del invasor, Roberto José (Robert-Joseph) Pothier, hijo de Roberto Pothier y de su esposa María Magdalena Jacquet.- Lo hizo en un medio burgués de calidad, siendo su padre Consejero del Présidial de Orléans; y creció en una ciudad rica y activa, que podía preciarse además de su antigua y prestigiosa universidad¹.-

Su padre murió cuando era aún un niño –según algunos acababa de cumplir 8 años, según otros antes de que tuviera 5-, quedando bajo el empeño educativo de su madre y el de su tío, José Pothier, canónigo de la catedral de Orléans.- Siguió las enseñanzas en el Colegio de los jesuitas de Orléans casi hasta el fin de sus estudios de humanidades, cuando tenía 16 años.- Se licenció en derecho romano y en derecho canónico a los 19 años, en la Universidad de Orléans².-

Estudió a fondo las Institutas de Justiniano y para este estudio se ayudará principalmente del comentario de Vinnius, que era por ese entonces la mejor obra elemental sobre el derecho romano.- Pothier estudió también la Geometría, lo que no poco contribuyó a inspirarle ese método exacto, ese gusto, o más bien esa necesidad de divisiones justas que derrama tanta claridad en sus escritos, y ese encadenamiento de proposiciones que, teniendo cada idea su lugar, liga todo un sistema y hace de sus diversas partes un ensamble regular³.-

Luego de terminar sus estudios Pothier tuvo vacilaciones sobre hacerse religioso, pero al fin se decidió a ser un hombre de toga por la fuerte influencia de su madre.- Entonces se encaminó a la carrera de la magistratura, que habían seguido su padre y su abuelo.- Y así fue juez desde los 21 años, nombrado en 1720 por el Rey “*Conseiller du Roi, juge magistrat au bailliage et siège présidial d’Orléans*”.- Lo fue durante 50 años⁴.-

¹ Cfr. MONÉGER, Jöel, *Pothier: una semblanza*, en “La codificación: raíces y prospectiva: I, El Código Napoleón”, colección Prudentia Iuris, Educa, Bs.As. 2003, pg. 189.-

² *Ibidem*, pg. 189.-

³ Cfr. DUPIN, M., *Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier*, Béchet Ainé, Libraire, Paris, 1827, pg.8/10.-

⁴ Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 190, 192.-

Ya magistrado no dejó de redoblar sus esfuerzos por adquirir una sólida instrucción que le permitiera clarificar la práctica diaria de los asuntos con la luz de una erudita teoría.- Por otra parte, supo combinar el estudio de las leyes humanas con los preceptos divinos del Evangelio; esto es, en el marco de una filosofía cristiana.- No separó el estudio del derecho positivo del de la moral⁵.-

También llegó a ser concejal municipal por elección de la asamblea de habitantes de Orléans, en 1746⁶.-

Además, a los 51 años Pothier sucedió en la cátedra al valorado profesor Prévôt de la Janès, la que quedara vacante por su deceso sucedido en 1749.- En efecto, en 1750 fue nombrado por Luis XV y por recomendación del canciller d'Aguesseau, profesor titular de la cátedra de derecho francés en la Facultad de Orléans, conservando sus funciones judiciales.-

Se mantuvo soltero durante su vida; todos sus pensamientos, todos sus afectos, todos sus momentos fueron consagrados al cumplimiento de sus deberes como profesor y como magistrado.- Vivió así una vida de célibe sabio, como destaca Monéger.-

Se levantaba antes de las 5 horas, iba a la misa que se celebraba en la catedral; desayunaba a las 6; se metía luego en su trabajo, sea hasta el almuerzo, sea hasta la hora de audiencia; almorzaba al mediodía; daba su clase una hora y media y volvía a su gabinete hasta el atardecer.- Si tenía que realizar alguna visita elegía ordinariamente el domingo o el jueves.- Cenaba regularmente a las 7; no trabajaba jamás después de cenar; se acostaba a las 9 horas y dormía en el acto.- Amaba mucho el café, pero no tomaba demasiado; remarcaba que muchas veces le había impedido dormir hasta las 10 y por un simple cálculo, decía que una hora de sueño valía más que una taza de café⁷.-

Al parecer padecía de una completa ineptitud para los avatares de la vida diaria, siendo torpe y descuidado; pero contaba con Thérèse Javoi, su ama de llaves, que se ocupaba de todo, velando por su casa y su salud.-

Pothier salió muy poco de su ciudad⁸.- Sin embargo, en 1730 había adquirido una pequeña granja no lejos Orléans donde pasaba los veranos⁹.-

⁵ Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg.14/15.-

⁶ Su abuelo había sido intendente de la ciudad.- Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 192.-

⁷ Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg. 196/197.-

⁸ Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 195.-

⁹ Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg. 208.-

A los 73 años, el 2 de marzo de 1772 y en su ciudad natal, Pothier falleció como consecuencia de una breve enfermedad.-

2.- Fue un hombre muy piadoso y se nutrió de San Agustín y las obras de los hombres de Port-Royal.- Profesaba un jansenismo discreto e inconfesado que era, sin embargo, bien conocido, y cuyas huellas se descubren en su sentido de lo justo, que lo llevaba a prestar dinero sin interés, a remitir deudas cuando los deudores estaban en apuros, a donar, e incluso a reconocer sus errores¹⁰.-

Por otra parte, influido por el espíritu de su época, adhirió a un enfoque jusnaturalista inspirado en Grocio y más aún en Pufendorf.- Era una concepción análoga a la de Jean Domat, bajo la cual éste pocos años antes del nacimiento de Pothier -1689 a 1694- había publicado su obra fundamental *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, que marcara profundamente la doctrina del antiguo derecho francés al reordenar las leyes existentes de acuerdo a los principios del derecho natural subyacentes en el derecho romano.-

3.- La pasión por la justicia que dominaba su espíritu se refleja en numerosas anécdotas.- Una de ellas: Su ama de llaves y el mismo Pothier sospecharon que un operario empleado en la casa había robado una cuchara de plata.- Perdió así el hombre su trabajo.- Cuando, movido un mueble, apareció la cuchara, Pothier buscó al obrero para presentarle sus excusas.- Lo encontró en la plaza del “Martroi”, en el centro de Orléans, donde le presentó públicamente sus disculpas, reconociendo que había creído, sin pruebas, que era ladrón y que la providencia había hecho hallar la cuchara.- Dijo ante los circunstantes: “este hombre es honrado. Le pido perdón. Puedes volver a mi casa cuando quieras, tendrás siempre trabajo, y si alguien en tu familia necesita algo o está enfermo, ven a verme. Mi bolsa está abierta para ti. No es caridad, sino la reparación incompleta de una injusticia que tendré presente toda mi vida haber cometido”¹¹.-

Y ese sentido de lo justo imperaba en su magistratura.- Dupin nos relata otro suceso anecdótico al respecto: refiere que una sola vez se equivocó durante su ejercicio, y la manera misma con la que supo reparar su error devino un título de elogio para con él.- Encargado del examen y de la relación de un asunto, pasó por alto una pieza decisiva en favor de la parte que perdió el proceso.- Habiéndolo advertido, Pothier no

¹⁰ Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 190/191; DUPIN, M., *op.cit.*, pg.14/15.-

¹¹ Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 190/191.-

capitulaba con su conciencia; él se apresuró en indemnizar al litigante, víctima de su inadvertencia.- Destaca Dupin: *¡Gloriosa reparación de una falta involuntaria! ¡Triunfo admirable de un alma derecha y pura, sobre el amor propio del juez y el interés del hombre!*¹².-

Por otra parte, su *sentimiento moral* lo inspiraba en su aversión por la tortura, a la que se oponía y postulaba por su abolición, por considerarla un modo de instrucción insuficiente y peligroso.- Su opinión íntima no es dudosa: independientemente de lo que la tortura tiene de cruel y de inhumana, la veía como un medio que, por su naturaleza, es poco propicio para hacer descubrir la verdad¹³.-

En suma, Pothier parece haber reunido en su persona todas las virtudes del magistrado: pleno de la religión que no separa las buenas obras de la verdadera fe; de una probidad escrupulosa; profundamente instruido de todas las partes de la ciencia del Derecho; de espíritu suave y conciliador, y poseedor de una fortuna que lo ponía muy por encima de necesidades y aseguraba así su independencia¹⁴.-

4.- Como profesor Pothier continúa la obra de Prévôt de la Janès.- Como su predecesor consideraba que la ciencia del Derecho no debía ser ciencia de sutilezas, que el estudio de las leyes no debía ser una vana disputa de palabras.- Sentía que el principal mérito de un profesor es estar constantemente al alcance de su auditorio; ser claro, metódico, simple; proceder paso a paso, de lo conocido a lo desconocido, y no buscar tanto el deslumbrar los espíritus con un estéril alarde de citas, sino cultivar los buenos preceptos y convencer acerca de su utilidad.-

La Janès había encendido entre sus alumnos la llama sagrada de la emulación; Pothier se cuida de no extinguirla.- No se contenta con enseñar *ex cathedrâ*; descende también con sus alumnos a las *conferencias familiares*, en las cuales se asegura de sus progresos mediante preguntas que formula al azar, a veces a uno, otras a otro; teniéndolos así a todos en vilo, por el deseo de cada uno de conseguir la aprobación del maestro por respuestas capaces de satisfacerlo.-

A estos ejercicios particulares, donde los alumnos sólo tienen testimonio de sí mismos sobre su capacidad y su progreso, Pothier, siempre bajo el ejemplo de Prévôt de la Janès, conserva en la Universidad los *ejercicios públicos* donde los mejores alumnos

¹² Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg.51/52.-

¹³ *Ibidem*, pg.35/38.-

¹⁴ *Ibidem*, pg.34.

disputan al fin del año sobre los temas que han sido materia de enseñanza.- El les da a estos ejercicios un nuevo brillo, otorgándoles premios.- Consisten en medallas de oro o de plata que hace acuñar a su cargo en la Facultad y que se distribuyen, en presencia del público y de las personas más distinguidas, por la Universidad constituida en juez de esta noble contienda¹⁵.-

b. La obra de Pothier

1.- Pothier está entre los pocos hombres que han sabido conciliar el haber gozado un alto grado de estimación de sus contemporáneos y el respeto de la posteridad.- Y esto último se debe no a su magisterio ni a su cátedra, sino a sus obras jurídicas.-

1.1.- *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae*: Después de largo tiempo de estudios que lo dotara de un perfecto conocimiento del Derecho Romano, Pothier inició un trabajo que, merced a muchos años de labor cotidiana, culminará en un libro en tres volúmenes, escrito en latín y titulado *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae*, que aparecerá en París en 1748.-

Su plan era restablecer los textos del Digesto en su orden natural sin substituir su redacción, la que conservaba, y limitándose a vincularlos por frases intercaladas que se cuidaba de distinguir para no confundirlas con los textos mismos.- Con la timidez de un hombre joven había mostrado sus primeros ensayos a Prévôt de la Janès, quien apreció su valor y los hizo conocer al Canciller d'Aguesseau, de quien merecieron total aprobación.- Éste incentivó a Pothier a continuar con su trabajo, estableciéndose entre ambos una profusa correspondencia y al cabo, una larga amistad.- Durante los doce años de labor ininterrumpida en que se gestó la obra, contó con la colaboración de su amigo M, de Guienne, abogado del Parlamento de París.- Pothier periódicamente enviaba a d'Aguesseau partes de misma, participándolo de su progreso, de quien recibía apoyo y sugerencias.- Al cabo, logró el resultado propuesto: sin alterar en nada el texto de la Pandectas, y aun respetando la distribución de sus Libros y Títulos, Pothier los reordenó en un esquema más racional y metódico, y los coordinó con las leyes del Código y de las Novelas, que explicaban, confirmaban o abrogaban el Digesto.- Resultó una obra admirable de composición, a los efectos de ubicar cada norma en su verdadero

¹⁵ *Ibidem*, pg.22/23.-

lugar¹⁶.- Esta obra se difundió rápidamente y llegó a ser una obra clásica, considerándose por algunos como su obra más importante.-

1.2.- ***Commentaire sur la Coutume d'Orléans***: La primera obra que realiza con la intención de editarla fue su *Commentaire sur la Coutume d'Orléans*, aparecida en 1740.- La trabajó en conjunto con Jousse y Prévôt de la Janès.- Se agotó rápidamente.- Luego de un tiempo, ya fallecido Prévôt de la Janès, se le pide una nueva edición, de la que se encarga gustoso.- Pero en lugar de un simple trabajo de revisión, realiza uno diferente y más importante.- Los análisis ya realizados de todas las materias del derecho francés le sugieren la idea de ubicar en la cabeza de cada título de la Costumbre una *introducción* que contuviese un breve tratado de la materia; de manera tal que en esta obra se encuentra un excelente compendio de sus tratados.- Este nuevo Comentario fue impreso en 1760¹⁷.-

1.3.- ***Traité des Obligations***: Luego fue su propósito ofrecer sucesivamente tratados *ex professo* sobre todas las materias del derecho.- Así aparece en 1761 el *Traité des Obligations*.- Pothier había destacado en sus estudios –sobre todo en sus Pandectas– que si cada contrato tiene caracteres que le son propios, todos los contratos tienen entre sí relaciones que les son *comunes*.- Decide en consecuencia reunir todas las nociones que tenían ese *carácter de generalidad*, y componer con ellas una especie de *prototipo* aplicable a todas las convenciones particulares y a todas las obligaciones que derivan de las mismas.- Considera las convenciones en sí mismas, en su formación elemental, en su esencia, en sus diferentes modalidades, en su ejecución, e incluso en las maneras de extinguirse.- Y al tratar estas materias no tiene solamente presentes las leyes positivas alcanzadas por los legisladores humanos, sino que trata las obligaciones *según las reglas tanto del fuero de la conciencia como del fuero exterior*.- Ha llegado a ser una obra inmortal, una obra de todos los tiempos¹⁸.-

1.4.- ***Los otros tratados publicados en vida***: Luego de haber fijado los caracteres generales de las convenciones se hacía fácil a Pothier tratar cada contrato en particular: no tenía más que deducir, por así decir, las consecuencias de aquellos principios.- Por ende, después de su *Traité des Obligations* hasta su muerte, cada año publicó algún nuevo Tratado.- Así lo fueron: a) en 1762, el Tratado del contrato de venta; y el Tratado

¹⁶*Ibidem*, pg.72/108.-

¹⁷ *Ibidem*, pg.152/155.-

¹⁸ *Ibidem*, pg.156/158.-

de los *Retraits*, para servir de apéndice al Tratado del Contrato de Venta; b) en 1763, el Tratado del contrato de *Constitución de Rente*; con el Tratado del contrato de cambio; de la negociación que se realiza por la letra de cambio; los billetes de cambio y otros efectos del comercio; c) en 1764, el Tratado del contrato de locación, con un apéndice de algunas especies de contratos semejantes al contrato de locación; y el Tratado del contrato de *Bail à rente*; d) en 1765, un *Supplément* al Tratado del contrato de Locación, o Tratado de los contratos de locación marítimos; el Tratado del contrato de Sociedad, con dos apéndices, en uno de los cuales trata de las obligaciones de la Comunidad que se forma sin contrato de sociedad y en el otro, de aquellas que nacen de la Vecindad; y el Tratado *des Cheptels*; e) en 1766 y 1767, el Tratado de los contratos de beneficencia, donde se encuentran los tratados del préstamo de uso, del precario, del préstamo de consumo; el Tratado del depósito y del secuestro; del mandato; un apéndice del cuasicontrato de *negotiorum gestorum*; de la prenda; el Tratado de los contratos aleatorios, donde se encuentran los tratados de seguros, del préstamo a la gruesa ventura; de juego, los que fueron reunidos en 3 volúmenes; f) en 1768, el Tratado del contrato de matrimonio; al final del tomo 2 del mismo se encuentran: 1) una observación general sobre los tratados precedentes del autor; la cuestión de la prestación de las culpas; 2) una observación sobre el contrato de mandato, relativa a la distracción de las costas; g) en 1769, el Tratado de la Comunidad, en cuyo encabezamiento se encuentra un Tratado de la potestad del marido sobre la persona y los bienes de la mujer; al fin del tomo 2 del mismo el autor ubica una observación sobre el contrato de garantía; h) en 1770, el Tratado de *douaire*; i) en 1771 y 1772, el Tratado del derecho de habitación; de las donaciones entre marido y mujer; y el de las donaciones mutuas; el Tratado del derecho de propiedad; el Tratado de la posesión y de la prescripción.-

1.5.- **Sus obras póstumas:** Al fallecer en 1772 Pothier dejó numerosos manuscritos, algunos inconclusos o borradores, que fueron confiados al editor Guyot, quien con ellos publicó las obras póstumas, reunidas en ocho volúmenes.- Aquí se comprendían los Tratados de los feudos; Tratados de la Guardia noble y burguesa, de la mejora legal de los nobles, de las Hipotecas y de las Substituciones; Tratado de las sucesiones; Tratados de los propios y de donaciones testamentarias; Tratados de las donaciones entre vivos, de las personas y de las cosas; Tratado del Procedimiento Civil y Criminal; etcétera.-

2.- Fácil es percatarse de lo que justamente Guaglianone destaca como “*esta extraordinaria obra jurídica, no intentada ni realizada por ningún hombre hasta entonces*”¹⁹, que lograra uniformar y racionalizar el derecho nacional francés.-

En efecto, su logrado objetivo fue unificar las *coutumes* con el método razonado extraído del derecho romano.- Pothier diseña el primer enfoque sintético del derecho francés según un esquema inspirado en las *Institutas* de Justiniano y en Gayo²⁰.-

En palabras de Monéger: “*Como un buen barquero, comunicaba las orillas de los siglos y, en muchos aspectos, organizó, estructuró, destacó aquello que otros habían escrito antes que él, entre los cuales Du Moulin, Loysel, Domat y Bourjon. Continuaba y se inscribía en un movimiento doctrinal lanzado antes que él. Supo, y esto era original, combinar el derecho romano con el estudio comparado de las “coutumes”, así como con el pensamiento de sus predecesores. Limpió de maleza y dio brillo a las fórmulas más justas y equitativas*”²¹.-

Su búsqueda de la unidad del derecho, de la unificación jurídica, lo condujo a sistematizar su plan, sus métodos expositivos, sus ejemplos, en todos sus tratados.- Su método es admirable.- Ningún otro jurisconsulto antes que él entendió mejor que Pothier la distribución de materias.- Comienza por una definición clara, capaz de dar una idea justa del tema que va a tratar.- Si es un contrato, por ejemplo, muestra en qué coincide dicho contrato con aquel otro y en qué difiere; indaga aquello que es de su *esencia* o solamente de su *naturaleza*; luego considera las *personas* que pueden celebrarlo o les está prohibido; las cosas que pueden o no ser su objeto; las *estipulaciones* de las que es susceptible; las *obligaciones* y por consecuencia las *acciones* que de él derivan a favor o en contra de los distintos contratantes; por fin, las maneras por las cuales puede extinguirse.- En una palabra, toma cada contrato en su origen, lo muestra en su formación, lo sigue en sus desarrollos y lo conduce hasta su ejecución o extinción.-

¹⁹ Cfr. GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, *Napoleón y su código civil*, conferencia pronunciada el 23 de octubre de 1969 en la sede del Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de Universidad de Buenos Aires, pg. 288.- En: Lecciones y Ensayos, no. 40-41. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones. [consultado: 19/1/2021].- Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/40-41/napoleon-y-su-codigo-civil.pdf>.-

²⁰ Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 194.-

²¹ *Ibidem*, pg. 188.-

Su exposición jamás es confusa; él enuncia un principio, lo apoya por un ejemplo claro, simple, siempre tomado de los usos de la vida diaria y por ello al alcance de cualquier lector.- Su propósito no es acumular especificidades ni resolverlas todas; solamente exponer bien las reglas generales suficientes para la solución de los casos particulares²².-

Por otra parte, el estilo es conciso, lapidario, imperativo. Es ya un estilo legislativo.- Es fácil comprender por qué algunos de sus principios serán pura y simplemente repetidos en el Código Civil francés²³.-

Por último, no puede dejar de señalarse que Pothier dio a sus Tratados de Derecho Francés un carácter particular, considerando cada cuestión según las reglas tanto del fuero de la conciencia como del fuero exterior, subordinando todos sus Tratados a esta influencia de la moral sobre el derecho²⁴.-

En definitiva, con las obras de Pothier quedaban definitivamente preparados los elementos que llevarían a la unificación jurídica y a la codificación francesa.-

III.- SU INFLUENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

1.- Luego de cuatro intentos fracasados, el objetivo dispuesto por la Constitución del 3 de setiembre de 1791 –hacer un Código de leyes civiles comunes a toda Francia- pudo lograrse²⁵.- Sólo pudo suceder después de estar en vigor la Constitución del año VIII, bajo el gobierno consular –cuyo primer cónsul era Napoleón Bonaparte- que encargara en agosto de 1800 la redacción de un proyecto de Código Civil a una Comisión extraparlamentaria de cuatro miembros, todos magistrados: Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu y Maleville.- Sus textos fueron preparados en tan solo cuatro meses; fue presentado en enero de 1801 y después de afrontar el complicado mecanismo legislativo establecido por la Constitución consular de 1799, en marzo de

²² Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg. 179/181.-

²³ Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 194.-

²⁴ Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg. 169/170.-

²⁵ En 1793 una comisión legislativa de la cual era el alma el juriconsulto Cambacérès presentó un proyecto y luego otro en 1794, ninguno aprobado.- Bajo la Constitución del año III, elaborado también por Cambacérès, siguió otro proyecto, que tampoco lo fue.- Además, todos estos proyectos tenían el doble inconveniente de ser exageradamente concisos –el primero contaba con 695 artículos y el segundo sólo con 287- y de romper violentamente con las tradiciones jurídicas de la antigua Francia.- Finalmente, poco después del golpe de Estado del 18 brumario, se abandonó también un cuarto proyecto apresuradamente redactado por el representante Jacqueminot.-

1804 terminó siendo aprobado como *Código Civil de los franceses*²⁶, también conocido como *Código Napoleón*²⁷.-

El *espíritu revolucionario*²⁸ rupturista había sido dejado atrás, y los redactores del Proyecto que diera lugar al *Code* lograron un pacto tácito entre tradición y revolución: sin renunciar a las reformas esenciales que imponía la renovación liberal, como el carácter absoluto del derecho a la propiedad, la libertad de contratación y el respeto a la autonomía de la voluntad, se adoptaba una postura equilibrada entre las soluciones del antiguo Derecho civil y las nuevas corrientes jurídicas²⁹.-

Probablemente por haber sido percibido como siendo emblemático del *Ancien droit*, durante la revolución Pothier no fue citado en los debates de las Asambleas revolucionarias, ni tampoco es mencionado dentro de los informes preliminares de los dos primeros proyectos del código civil escritos respectivamente en 1793 y 1794.- Pero ya comienza a serlo durante la presentación del tercer proyecto en 1796; posiblemente, su creciente influencia se haya explicado por la gradual evolución del movimiento codificador hacia ese compromiso entre el *Ancien droit* y el enfoque revolucionario³⁰.- Como señalara Guaglianone, “*ya se estaba volviendo de los sueños de los primeros años de la Revolución, y comenzaba otra vez a citarse a Pothier*”³¹.- Ello justifica que en el marco del referido pacto tácito entre tradición y revolución, los redactores del proyecto que culminara como Código recibiesen el poderoso influjo de Pothier: era natural ir a buscar *el derecho común de Francia* en el autor más moderno y el más generalmente estimado³².-

²⁶ El Código fue votado a través de una sucesión de 36 leyes, que fueron reunidas en un Código único mediante una ley del 21 de marzo de 1804, y quedó conformado por 36 títulos, que se correspondían con cada una de las leyes originarias.-

²⁷ La denominación *Code Napoleón* le fue dada cuando Napoleón ya era emperador, por ley de 1807 y hasta junio de 1814, cuando caído el imperio y restaurada la monarquía borbónica, se lo llamó simplemente *Code Civil*.- Posteriormente, por decreto del 27 de marzo de 1852 volvió a denominárselo *Code Napoleón* durante el gobierno de Luis Napoleón.-

²⁸ Así lo denominaba Portalis en su *Discurso preliminar sobre el Proyecto de Código Civil*, para criticarlo como momento inadecuado para ordenar las cosas y los hombres con la sabiduría que preside las instituciones durables (cfr. Ed. Facultad de Derecho UBA – La Ley, Bs.As. 2004, pg. 47).-

²⁹ Cfr. RIVERA, Rafael Martín, *Una breve revisión histórica del Code Napoléon: solemne avenencia entre revolución y tradición*, Derecho Público Iberoamericano, n° 9, octubre 2016, pg. 173/174.-

³⁰ Cfr. FAIRGRIEVE, Duncan, *Comparative Law in practice: Contract Law in a Mid-Channel Jurisdiction* Hart Publishing, 2016, Pgs. 12/13.-

³¹ Cfr. GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, *loc.cit.*, pg. 290.-

³² DUPIN, M., *op.cit.*, pg. 192/193.-

2.- Por supuesto, destaca Halpérin, “*el Código Civil no es sólo Pothier*”³³.- No obstante, sí puede decirse que su obra lo consagró como “padre del Código Civil”³⁴, en la medida que fue quien contribuyera a forjar la mentalidad de los juristas que, sobre el modelo de sus tratados, redactaron el Código Civil francés³⁵.-

Pothier había sido un tratadista tanto del derecho romano como del derecho consuetudinario y había logrado en sus obras una suerte de síntesis entre las tradiciones jurídicas existentes en el antiguo derecho francés: la de las regiones de Derecho escrito y la de las regiones del Derecho de costumbres.- Su extraordinaria obra jurídica, nos dice Guaglianone, significó la maduración y consolidación de todo el derecho francés elaborado por costumbres, capitulares, cédulas, órdenes reales, ordenanzas, jurisprudencia y doctrina, desde la alta edad media hasta el siglo XVIII³⁶.- Había puesto así en sus tratados las bases de un derecho civil nacional, por lo cual es explicable que habiendo transcurrido apenas treinta años de su muerte, y luego de disipado el *espíritu revolucionario rupturista*, sirviera de fundamental fuente para el diseño del Código.-

Según Dupin más de las tres cuartas partes del Código Civil fueron *literalmente extraídas de sus Tratados*.- Y lo sustenta –obviamente refiriéndose al *Code* vigente cuando lo escribe- al explicar que uno puede convencerse de ello en primer lugar examinando el título de las *obligaciones convencionales en general*, que no es otra cosa que un continuo análisis del *Tratado de las Obligaciones*.- No sólo las divisiones son en todo punto las mismas; la doctrina es igual, a excepción de cuatro o cinco artículos que introdujeran un derecho nuevo; y se lo encuentra hasta en los mismos términos empleados por Pothier.- Se puede decir lo mismo –señala Dupin- del título del *contrato de matrimonio y los respectivos derechos de los esposos*, que no es sino un compendio del Tratado de la comunidad, al cual se le agregaran solamente algunas disposiciones sobre el régimen dotal que no estaba en el plan de Pothier tratar, porque en su tiempo ese régimen sólo interesaba a los países de derecho escrito.- También destaca el autor que los diversos contratos son ordenados en el Código Civil en el orden en el cual Pothier los publicó sucesivamente, y todos los artículos que les conciernen ofrecen la misma similitud, por el fondo de sus disposiciones y por las divisiones, con los Tratados

³³ Cfr. HALPÉRIN, Jean-Louis, *El Código Civil*, trad. Mary Paz Muñoz Pizarro, edit. Flandes Indiano Ltda., Santiago de Chile, 2010, pg. 102.-

³⁴ Cfr. MONÉGER, Jöel, *loc.cit.*, pg. 193; aunque el autor señala que sería mejor decir que fue el abuelo para dejar a Portalis y Napoleón la paternidad del Código Civil de 1804.-

³⁵ *Ibidem*, pg. 187.-

³⁶ Cfr. GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, *loc.cit.*, pg. 288.-

correspondientes al jurista de Orléans.- Y como confirmación de su afirmación de que la mayor parte del *Code* fue tomada de Pothier, manifiesta que se advierte la misma conformidad en los títulos del usufructo y de la habitación, de la posesión, del dominio y de la prescripción³⁷.-

Por su parte, Thézard destaca particularmente su influencia en materia de obligaciones y de contratos: “*Todos los títulos de nuestro Código, desde el “de los contratos o de las obligaciones convencionales” hasta el “de la fianza” (art. 1101-2003 C.N.), que comprenden aproximadamente mil artículos, son copia fiel de las obras de Pothier.- Es el mismo orden, con algunos detalles; son las mismas ideas generales*”³⁸.-

Tanto era así que en las primeras décadas del siglo XIX Pothier era considerado el mejor intérprete del *Code*, y como tal tenía un enorme influjo para esclarecer el sentido de sus normas; autoridad que incidiera por tanto en sus comentaristas.- En palabras de Dupin: “*...los contemporáneos saben y la posteridad no olvidará que el Código Civil, en lo mejor, ha sido hecho con las obras de Pothier...estas mismas obras devienen así la interpretación más segura de nuestras nuevas leyes...*”³⁹.-Y análogamente, Fenet señalaba sobre sus obras: “*...el mayor número recibe una aplicación diaria y es vista en la actualidad como el mejor y más seguro comentario de nuestro Código Civil*”⁴⁰.-

Aún más: en su famoso trabajo *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, aparecido en 1814 –es decir, solo una década después de promulgado el Código napoleónico-, y más allá de la visión crítica que allí planteara acerca de la codificación, Savigny valora a Pothier como jurista, considerándolo como “*la estrella polar para los nuevos juristas franceses*” en Derecho

³⁷ Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg. 190/192.-

³⁸ Cfr. THÉZARD, M. Léopold, *De l'influence des travaux de Pothier et du Chancelier D'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Auguste Durand, Libraire-Éditeur, Paris, 1866, pg. 101.-

³⁹ Cfr. DUPIN, M., *op.cit.*, pg. 194.-

⁴⁰ Cfr. FENET, P.A., *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code Civil, et mis en ordre sous chacun des articles de ce Code, ou les législations ancienne et nouvelle comparées*, Paris, 1826, pg. i.-

romano, y reconoce “*que sus obras han tenido una influencia inmediata sobre el Code*”⁴¹.

3.- Por supuesto, el *Código Civil* francés ha sido objeto de numerosas reformas específicas, algunas desde muy pronto después de ser dictado.- Reduciéndonos a las más recientes e importantes, las relativas al derecho de las garantías, al régimen de la prescripción, al derecho común de los contratos, el régimen de las obligaciones y el de su prueba⁴².- No obstante, la impronta de Pothier permanece.- Basta para comprobarlo recordar la regla de la previsibilidad contractual, originalmente contenida en el art. 1150 del *Code*, y ahora en el nuevo art. 1231-3⁴³.-

IV.- LA AUTORIDAD DE POTHIER EN OTROS DERECHOS CIVILES EUROPEOS Y AMERICANOS

a. Su proyección en los ordenamientos civiles europeos

1.- Por la fuerza de las armas en un primer momento, pero luego en virtud de sus cualidades intrínsecas, el *Código Civil* francés tuvo una enorme influencia en los derechos civiles europeos durante todo el siglo XIX; influjo que llevó consigo, al menos por vía indirecta, al de las obras de Pothier.-

En efecto, durante la época napoleónica la aplicación del *Código Civil* de 1804 no sólo se extendió a los territorios anexados a Francia, sino también en otros estados vasallos o aliados del Imperio: reino de Italia, reino de Nápoles, estados alemanes de la Confederación del Rin, gran ducado de Varsovia.- Pero después de 1814 y la caída de Napoleón, aunque fue derogado por varios estados, el *Código Civil* francés se mantuvo vigente en muchas partes de Europa, aunque generalmente fuera objeto de ligeras modificaciones.- Así, su conservación “provisoria” se extendió a veces por decenios, como por ejemplo en Ginebra, de 1816 a 1912.- A partir de la revolución belga de 1830,

⁴¹ Cfr. von SAVIGNY, Friedrich Carl, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, traducción de José Díaz García, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, Pg. 43/44.-

⁴² Al respecto remitimos a: MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., *Régimen actual de la prescripción liberatoria en Francia*, en La Ley 2009-C, pg. 781; *El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. Primera parte: régimen general de las obligaciones*, en E.D. T° 271, pg. 582 y ss.; y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C. y QUAGLIA, Marcelo C., *El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia, Segunda parte: régimen general de los contratos*, en E.D., T° 272, pg. 624 y ss.-

⁴³ Vide *infra*, V. 2.4.-

que escindiera el Reino de los Países Bajos creado por el Congreso de Viena dando su independencia a Bélgica, el nuevo estado mantuvo el Código Napoleón.- También en Luxemburgo permaneció vigente dicho Código con posterioridad a 1814; ello asimismo sucedió en el Reino de Polonia subordinado a Rusia; e igualmente en diversos territorios alemanes de la ribera izquierda del Rin, hasta la entrada en vigencia del BGB en 1900.- E incluso se mantuvo vigente en algunos estados italianos antes de producirse la unificación: Parma y Piacenza, hasta 1820; Génova, hasta 1837, etcétera⁴⁴.-

2.- Pero por otra parte el Código Civil francés inspiró el movimiento de codificación de Europa, y aún en países en que no se había introducido la legislación napoleónica.- Durante el siglo XIX fue –bastante más que los códigos prusiano y austríaco- un “ejemplo” a seguir para todos los estados que querían codificar su derecho civil, tanto por su faceta liberal pero confiable, como por sus cualidades técnicas; lo que explica que tanto el esquema como las reglas del *Code* hayan sido imitados por otras codificaciones nacionales⁴⁵.-

Uno de los mejores ejemplos de lo anterior es el Código Civil Italiano de 1865, vigente hasta 1942.- Después de la unificación italiana en 1861, los legisladores decidieron adoptar un código único para unir a la nación y el modelo francés satisfacía sus necesidades, por lo que lo siguieron para el Reino de Italia.- Así, aunque el *Codice Civile* de 1865 contempló en algunas partes las particularidades nacionales (como la eliminación del divorcio) en general, reflejaba el Código Napoleónico; lo que no cambió pese a modificaciones posteriores.- Y aún el nuevo código conserva una sólida base en él.-

El Código Civil Portugués de 1867 fue igualmente influenciado por la legislación napoleónica, y aún más todavía el Código Rumano de 1864, que utilizó al Código francés como fuente de aproximadamente dos tercios de sus artículos⁴⁶.- Y también el Código Civil Español de 1889 se inspiró en buena medida del código francés, a través del proyecto de 1851 de García Goyena.- Impronta que ha permanecido a pesar de sus ulteriores reformas.-

⁴⁴ Cfr. HALPÉRIN, Jean-Louis, *op.cit.*, pg.128/132; donde remitimos para un panorama más amplio.-

⁴⁵ *Ibidem*, pg.133.-

⁴⁶ *Ibidem*, pg.133.-

Como antes señaláramos, esta ola de codificación inspirada en el *Code* implicó que quien fuera considerado “padre” del mismo lo haya sido indirectamente de dichos derechos civiles europeos.-

Pero dicha influencia sobrepasará el continente europeo.-

b. Los derechos civiles americanos

1.- Comencemos por examinar lo sucedido en un territorio de América que, aunque estuvo sometido en algún momento al dominio francés o español, hoy forma parte de un país donde predomina el *Common Law*.- Tal el caso de Louisiana, que fue el primer territorio americano en substituir la legislación heredada de la metrópolis, haciéndolo muy tempranamente, en 1808⁴⁷.- De este primer código civil de Louisiana, titulado “*A Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans*”, adoptado por la legislatura territorial en 1808, se ha dicho: “*cerca del 85% de los artículos del Digesto eran literalmente copias o al menos parafraseos extremadamente próximos a los artículos o enunciados encontrados en el Code Civil, su Proyecto, la Costumbre de Paris, y los tratados de los juristas franceses Domat y Pothier.*”⁴⁸.-

Luego, en 1822, la legislatura de Louisiana designó una comisión con el objeto de revisar el Código de 1808.- Sus miembros presentaron su Proyecto a la Legislatura en 1823.- Fieles a lo que había sido su plan de trabajo, se basaron en varias fuentes para el Proyecto.- Pero no recurrieron a las mismas igualmente.- La mayoría de las disposiciones provinieron de fuentes francesas, no españolas; en particular, las obras de Pothier y varios comentaristas del Código Civil Francés, especialmente Touiller⁴⁹.- Dicho proyecto dio lugar al Código de 1825.-

Con posterioridad a la guerra civil, la Legislatura de Louisiana decidió revisar el Código Civil de 1825. El nuevo código, titulado “*The Revised Civil Code of the State of Louisiana*” fue adoptado en 1870.- Era substancialmente el mismo código de 1825, excepto: a) se eliminaron los artículos relacionados con la esclavitud; b) fueron

⁴⁷ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La influencia del Código Civil Francés en las codificaciones americanas*, en “El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés”, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Cuadernos de Extensión Jurídica, 9 (2004), Ian Henríquez Herrera, Hernan Corral Talciani, editores. Santiago de Chile, pg. 27.-

⁴⁸ Cfr. TRAHAN, J.R., *The continuing influence of le Droit Civil and el Derecho Civil in the Private Law of Louisiana*, en *Louisiana Law Review*, Vol. 63, n°4, pg. 1026.-

⁴⁹ *Ibidem*, pg. 1046.-

eliminados otros artículos que la legislatura había suprimido desde 1825, y c) se incorporaron todos los nuevos artículos que la legislatura había adicionado mediante agregados desde 1825.- Este Código, contrariamente al Código de 1825 y antes el Digesto, fue publicado sólo en inglés y no en inglés y francés.- El nuevo Código, en los hechos, aparece a primera vista como una literal reproducción de la versión inglesa del viejo código, con las modificaciones antes indicadas⁵⁰.-

Este código ha sido objeto de revisiones parciales en títulos y capítulos específicos.- Han pasado doscientos años desde que el derecho privado de Louisiana fue formado a partir del *droit civil* de Francia y el *derecho civil* de España.- En este tiempo varias instituciones y normas del origen francés o español han sido abandonadas mientras que han sido incorporadas instituciones y normas de otros varios orígenes.- Estos cambios, sin embargo, no han sido ni tan extensos ni tan profundos como para alterar la constitución fundamental de este derecho.- No obstante los cambios, la “familiar semejanza” entre el derecho privado de Louisiana por un lado, y el derecho privado francés y español por el otro, continúa siendo indiscutible⁵¹.- Y además, en lo que nos interesa, se evidencia en él la presencia de Pothier, sea a través del *Code* o directamente de sus obras, que siguieron particularmente los redactores del Código de 1825.-

2.- Luego de proclamar su independencia en 1804, Haití promulgó en 1825 su *Code Civil de la Republique d 'Haiti*, para entrar en vigencia el 1 de mayo de 1826.- Este código haitiano es una completa copia del *Code Civil* de 1804, con algunas supresiones y modificaciones.- De esta suerte, el segundo territorio americano en darse un código civil siguió el mismo camino que el primero, o sea, la Louisiana, a saber: imitar la codificación francesa, incluso de manera más intensa que aquella⁵².- Y con ello, recibir indirectamente el influjo de Pothier.-

3.- En lo que se refiere a Quebec, el Código Civil del Bajo Canadá (*Code Civil du Bas Canada*) que entrara a regir en 1866 –actualmente y desde 1994 reemplazado por el Código Civil de Quebec-, tomó como modelo al Código Napoleón, aunque no puede ser considerado como una simple imitación del mismo.- Sin dogmatismo estéril, sus redactores no dudaron de apartarse del *Code* cuando sus innovaciones les parecieron

⁵⁰ *Ibidem*, pg. 1053.-

⁵¹ *Ibidem*, pg. 1066.-

⁵² Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *loc.cit.*, pg. 31.-

negativas o contrarias a la doctrina del *Ancien droit*, expresada muchas veces por las plumas coincidentes de Pothier y de Domat⁵³.- Pero de estas influencias predomina sobre todo la de Pothier, de manera tal que, según Gilles, como primer autoridad en importancia entre los orígenes del Código Civil de Bajo Canadá se encuentra a Pothier, y detrás suyo, a Domat.-

Señala Gilles al respecto que los redactores del *Code Civil du Bas Canada*, en su informe sobre el título de las obligaciones, sobre los doscientos artículos que regulan dicha materia reenvían ciento setenta y cuatro veces a Pothier en la elaboración de las fórmulas del Código, mientras que noventa y cuatro artículos encuentran su inspiración –en parte- en las disposiciones de las *Lois Civiles*, lo que manifiesta que el jurista de Orléans es claramente preferido al jurista auvernés⁵⁴.- Además se destaca la referencia a los trabajos de Pothier en más de las dos terceras partes de los artículos del Código⁵⁵; y mientras que son raros los artículos que invocan las *Lois Civiles* como única referencia (como el art. 1607), en el caso de Pothier lo es en numerosas ocasiones⁵⁶.- Es bien evidente entonces que Pothier queda como la principal fuente doctrinal del *Code Civil du Bas Canada* y cuando existe conflicto entre los dos autores, como es el caso en materia del contrato de venta, el jurista de Orléans es preferido a Domat⁵⁷.-

4.- En cuanto a las naciones iberoamericanas, entre 1827 y 1829 fue promulgado en el Estado mexicano de Oaxaca el que fue, a su turno, el primero de los Códigos Civiles de América de habla castellana, bajo el impulso del apremiante deseo de Oaxaca de darse una legislación propia en señal de su autoafirmado federalismo, código que dejó de estar vigente en 1837⁵⁸.- El Código de Oaxaca es un ejemplo más de adopción del *Code*.- Sus autores, salvo algunas pocas modificaciones, no hicieron otra cosa que traducir, muy fiel y literalmente, el texto francés, cuyo sistema y distribución conservaron exactamente por lo demás, aún cuando eliminaron muchas de las numerosas subdivisiones internas⁵⁹.-

⁵³ Cfr. GILLES, David, *Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*, en *Revue juridique Thémis*, Faculté du droit, Université de Montréal, (2009) 43 R.J.T. 1, pg.39.-

⁵⁴ *Ibidem*, pg. 34/35.-

⁵⁵ *Ibidem*, pg.36, nota 107 al pie.-

⁵⁶ *Ibidem*, pg.40.-

⁵⁷ *Ibidem*, pg.37.-

⁵⁸ Aunque revisado, fue puesto nuevamente en vigencia allí en 1852, para ser derogado al año siguiente.

⁵⁹ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *loc.cit.*, pg. 32.-

En 1830, bajo el Gobierno del Mariscal Andres de Santa Cruz, Bolivia adoptó el que fuera denominado *Código Civil Santa Cruz*⁶⁰.- La Comisión codificadora tomó como modelo en gran medida al *Code Civil* francés. En efecto, las partes del código boliviano concernientes a las cosas, la propiedad y los derechos reales, por un lado (libro II), y a las obligaciones y contratos, por otro (libro III, títulos 3° y siguientes), son una adopción, a veces epitomada, del código francés, de modo que en todo ello el boliviano no se muestra original o independiente, ni siquiera en la redacción⁶¹.-

Por último, cuando en 1844 la República Dominicana obtuvo su independencia de la República de Haití, al año siguiente dictó una ley a través de la cual adoptó, de manera total y completa e incluso en su lengua de origen, los textos de los códigos franceses de la Restauración, entre ellos el *Code Civil*.- Caso que constituye el de la más plena y completa recepción de la legislación francesa sucedido en América⁶².-

En todos estos casos, de franca imitación del Código Civil francés en iberoamérica, se reedita lo sucedido en los derechos europeos del siglo XIX antes analizados: la indirecta influencia del pensamiento de Pothier a través del *Code*.-

5.- En la segunda mitad del siglo XIX la corriente codificadora emprende un rumbo diferente en América: el *Code* deja ser objeto de simple adopción o siquiera adaptación.- Ello no significa que haya sido abandonado del todo como fuente, pero ahora concurre con otras⁶³.- La primera expresión de esta tendencia fue el Código Civil del Perú de 1852 –vigente hasta que en 1936 fuera sustituido por el que rigiera hasta 1984-, seguido de varios otros.-

⁶⁰ Luego de que el territorio peruano fuera invadido por un ejército boliviano, en 1836, ese cuerpo legal fue extendido a los dos Estados en que el Perú quedó dividido al formarse la Confederación Peruano-Boliviana: el Estado Nor-peruano y el Estado Sud-peruano.- A tal fin se promulgaron los llamados *Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-peruano* y *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano*, que sólo eran el código original de Bolivia, con una ligera revisión.- Pero la vigencia de esta legislación fue muy efímera: fue suspendida en 1837 y entre 1838 y 1839, al desaparecer la Confederación, quedó definitivamente sin vigor.-

No obstante, el *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano* de 1836 fue reproducido casi literalmente como la parte que tratara la materia civil del *Código General de la República de Costa Rica*, promulgado en 1841, que comprendía además, la materia penal y la materia de los procedimientos judiciales; y que se mantuvo hasta el dictado del Código Civil de Costa Rica de 1888, el que también evidencia la notable influencia del *Code Napoléon*.-

Por otra parte, el *Código Civil de Santa Cruz* fue derogado en Bolivia en 1845, siendo reemplazado por uno nuevo que duró tan solo un año, pues el primero fue restablecido en 1846, que nuevamente rigió desde entonces hasta 1976.- (Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *loc.cit.*, pg. 37/39, 42/44).-

⁶¹ *Ibidem*, pg. 34/36.-

⁶² *Ibidem*, pg. 39/41.-

⁶³ *Ibidem*, pg. 44/45.-

De esta etapa aquí nos referiremos solamente al Código Civil de Chile, por su profunda influencia en otras legislaciones americanas, y al Código Civil argentino de Vélez Sarfield.-

6.- El Código Civil de Chile, promulgado en el año 1855, fue básicamente fruto de una labor de veinte años desarrollada por Andrés Bello.- En su elaboración Bello recurrió a numerosas fuentes.- Según Guzmán Brito, entre ellas predominó en modo incontrastable el código de las *Siete Partidas* con la glosa de Gregorio López; pero también intervino directamente el *Corpus iuris civilis*, y en menor medida otras fuentes castellanas⁶⁴; autores españoles antiguos⁶⁵ y más modernos⁶⁶.- Bello usó asimismo el derecho codificado de su época⁶⁷.- Y entre los autores extranjeros llevaron su preferencia⁶⁸ los franceses Delvincourt, Rogron y sobre todo Pothier en sus diversos *Traités*⁶⁹.-

En lo que respecta al *Code Civil*, que ocupó ciertamente un lugar importante en la codificación chilena como inspirador de muchas disposiciones, especialmente en materia de obligaciones y contratos (libro IV del código), sin embargo Bello raramente copió alguna de sus normas.- Las más de las veces, cuando era el caso, acudió a la que había sido su fuente, es decir, con frecuencia a Pothier, o a sus comentaristas, por lo general a Delvincourt; y la redactó nuevamente⁷⁰.-

Al respecto se ha destacado que las ideas contenidas en el *Tratado de las Obligaciones* de Pothier –como también las de los primeros comentaristas del *Code*– influyeron en la redacción del Código Civil chileno, y particularmente en las disposiciones relativas al efecto de las obligaciones, siendo menos importante la influencia del mismo *Code*.- Por ejemplo, el art. 1547 del Código de Bello reconoce la teoría de la prestación de culpas, tan apreciada por Pothier, y que fuera eliminada del

⁶⁴ Como el *Fuero Real*, la *Novísima Recopilación de Leyes de España* y las *Leyes de Toro*.-

⁶⁵ Como Acevedo, Baeza, Castillo, Gómez, Gutiérrez, Hevia Bolaños, Matienzo, Molina.-

⁶⁶ Como Escriche, García Goyena, Llamas, Sala y Tapia.-

⁶⁷ Es decir, el Código Civil francés, bávaro, prusiano, austriaco, sardo, napolitano, de la Louisiana, holandés, del cantón de Vaud.- Tardíamente, apenas alcanzó a emplear el *Proyecto de Código Civil* de García Goyena y el *Código Civil del Perú* de 1852.-

⁶⁸ También empleó a Merlin, Favard de l'Anglade, Portalis y Maleville; y en la fase de revisión del «Proyecto de 1853», Bello consultó obras de Troplong, Duvergier, Toullier, Delangle y Duranton. Y asimismo se valió de Savigny en cuidada medida.

⁶⁹ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2006, Fascículo 3, pg. 1290/1291.-

⁷⁰ *Ibidem*, pg. 1291.-

*Code*⁷¹.- Asimismo, a diferencia del *Code*, Bello estableció una clara presunción de culpa contra el tutor o curador por los daños causados por su pupilo y con ello volvió a la regla sentada por Pothier, que había sido abandonada por los redactores del *Code*⁷².-

Como vemos, entre las fuentes doctrinarias extranjeras del Código Civil de Bello Pothier ha ocupado un lugar destacado.- Y en tal condición se proyectó hacia los países iberoamericanos que adoptaran integralmente dicho código- Tal es el caso del Ecuador, que lo hizo en 1858, aunque fuera promulgado en 1860; igualmente de El Salvador en 1859; de Colombia, donde los estados de la Confederación Granadina -futura Colombia- sucesivamente lo adoptaron entre 1858 y 1866, y luego lo fue desde 1886 por el propio estado unitario de la ya denominada Colombia; de Honduras, que lo adoptara una vez entre 1880 y 1898, y de nuevo desde 1906.- En todos ellos aún se mantiene vigente, aunque con modificaciones legislativas de distinta índole en cada caso⁷³..-

Por su parte, lo mismo cabe decir respecto de Nicaragua y Panamá en algún momento.- Esto, por cuanto el Código chileno también fue adoptado por Nicaragua (desde 1867 a 1904); y por Panamá después de su separación de Colombia (1903) hasta 1916⁷⁴.-

V.- POTHIER Y EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

1.- Sabido es que el Código Civil argentino, promulgado en setiembre de 1869 y que entrara a regir el 1° de enero de 1871, lejos estuvo igualmente de ser una copia del *Code* francés.- Durante los poco más de cuatro años que duró la redacción del “Proyecto”, Dalmacio Vélez Sarfield elaboró una obra en la que fusionó el caudal de conocimientos jurídicos adquiridos durante una vida, sirviéndose de una gran variedad de fuentes.- Entre las principales se encuentran –sin pretender jerarquizar entre ellas- el Esboço de Texeira de Freitas, el Proyecto español de García Goyena, el Código Chileno

⁷¹ Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos, *La influencia del Code en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?*, en “El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés”, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Cuadernos de Extensión Jurídica, 9 (2004), Ian Henríquez Herrera, Hernan Corral Talciani, editores. Santiago de Chile, pg. 89/90.-

⁷² *Ibidem*, pg. 103.-

⁷³ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años...*, *loc.cit.*, pg. 1293.-

⁷⁴ Cabe señalar que Venezuela igualmente lo hizo durante 1862.-

de 1855, la antigua legislación española, y sin duda, el mismo *Code*.- Asimismo sus comentaristas, entre otros Demolombe, Troplong, Marcadé, Zachariae, Duranton, Duvergier, y muy particularmente el "*Cours de droit civil français*" de Aubry et Rau.- También Savigny, y por supuesto, Domat y Pothier⁷⁵.-

Conforme el objeto de este trabajo nos detendremos únicamente en el *Code* y Pothier.- En relación al Código civil francés como fuente de nuestro propio Código, al realizar su comentario Segovia sostuvo que de los 2282 artículos del *Code*⁷⁶, la mitad fue reproducida por Vélez y 145 copiados textualmente⁷⁷.- Esto no sólo demuestra la destacada influencia que ejerció la legislación civil francesa en nuestro codificador, sino que también es un indicio del influjo que por vía indirecta tuvo el pensamiento de Pothier en nuestra ley civil.-

Y ciertamente, la incidencia de Pothier en el pensamiento jurídico de Vélez Sarfield y por consecuencia, en su Código Civil, fue relevante.- Por de pronto, según Cháneton, Pothier figura entre los autores dentro de la literatura jurídica –junto a Cujas y Heineccio- que constituyeron los puntales en la formación intelectual de Vélez, y que él seleccionara dentro del grupo de “amigos” que lo acompañarían como libros favoritos hasta su muerte⁷⁸.-

Además están las notas al Código Civil: Pothier es citado en ellas 228 veces⁷⁹; por lo que las mismas notas atestiguan la autoridad del jurista de Orléans en las ideas de

⁷⁵ Cabe destacar que, además, de las mencionadas, Vélez utilizó muchas otras fuentes: el Código de Louisiana, el Código Albertino para los Estados Sardos, el llamado Código Ruso, el Código de Parma, el Código de las Dos Sicilias, el del cantón suizo de Vaud, el Código General Prusiano de 1794, el Código de Austria de 1811, el Código del Estado de Nueva York, el Código Italiano de 1865 –que llegó a conocer-, el Proyecto del doctor Eduardo Acevedo para el Uruguay, los clásicos Vinnio, Heineccio, Cujas, Story, etcétera.-

⁷⁶ Eran en realidad 2281 artículos.-

⁷⁷ Cfr. SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta de Pablo E. Coni, Bs.As. 1881, TºI, "Introducción", p. XXI.-

⁷⁸ Cfr. CHÁNETON, Abel, *Historia de Vélez Sarfield*, ed. Eudeba, Bs.As. 1969, pgs. 81, 90, 97, 351, 356, 405.-

⁷⁹ Notas a los siguientes artículos: (art. 6, 7, 8) sobre las leyes; (al art. 89) sobre el domicilio real de las personas; (art. 90, inc. 4º) sobre domicilio especial de las compañías con muchos establecimientos o sucursales; (art. 521) sobre dolo del deudor en el incumplimiento de las obligaciones; (arts.529, 531 inc. 4º, 533, 535, 536, 546) sobre las obligaciones condicionales; (art. 640) sobre obligaciones alternativas; (art. 668, 670, 680) sobre obligaciones divisibles e indivisibles; (art.700, 707, 717) sobre obligaciones solidarias; (art. 775) sobre imputación del pago; (art. 795) sobre repetición del pago; (art.802, 813) sobre novación; (art. 819) sobre compensación; (art. 836, 854) sobre transacción; (art. 878) sobre remisión de deuda; (art. 894) sobre imposibilidad de pago; (art. 964) sobre acción pauliana; (art. 987) sobre instrumentos

Vélez y en su código⁸⁰.- La que no se limitó a servir de fuente directa de diversos artículos, sino que muchas veces implicaba dotar del apoyo de tal autoridad a las

públicos; (art. 1143) sobre clasificación de los contratos; (art. 1149) sobre formación del contrato;(art.1161, 1162) sobre contrato a nombre de terceros; (art.1163) sobre promesa del hecho de un tercero; (art. 1170) sobre objeto de los contratos; (art. 1205, 1208) sobre contratos hechos fuera de la república; (art. 1304, inc. 2º, 1325, 1327, 1430) sobre compraventa; (art.1381, 1384) sobre pacto de retroventa; (art. 1494, 1500, 1501, 1503, 1504, 1506, 1507, 1518, 1525, 1526, 1528, 1554, 1559, 1561, 1583) sobre locación de cosas; (art. 1650, 1652, 1677, 1681, 1701, 1728, 1729, 1740, 1746, 1747, 1763) sobre contrato de sociedad; (art. 1802, 1820, 1839) sobre donación; (art. 1878, 1891, 1934, 1945, 1949, 1951, 1952, 1953, 1960, 1962, 1973, 1978, 1980, 1984) sobre mandato; (art. 1989, 1999, 2016, 2043, 2045, 2046) sobre fianza; (art.2052) sobre contrato de juego;(art.2084) sobre renta vitalicia;(art. 2095, 2096, 2106, 2107, 2109, 2111, 2115, 2138) sobre evicción; (art. 2182, 2205, 2208, 2235) sobre el depósito; (art. 2241) sobre el mutuo; (art. 2255, 2283, 2287) sobre el comodato; (art. 2302, 2303) sobre la gestión de negocios; (art. 2320) sobre las cosas; (art. 2354, 2355, 2361, 2362, 2365, 2366, 2369, 2392, 2394, 2398, 2433, 2445, 2447, 2448, 2449, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2479, 2488, 2490, 2492) sobre la posesión; (art.2507, 2508, 2509, 2510, 2513, 2525, 2527, 2561, 2571, 2587, 2589, 2595, 2596, 2605, 2608, 2651) sobre el dominio; (art.2685, 2688, 2689, 2690, 2691, 2717, 2719, 2722, 2731, 2733, 2734, 2736) sobre el condominio;(art.2758, 2764, 2773, 2782, 2784, 2785, 2787, 2790, 2791, 792, 2793, 2794) sobre la acción de reivindicación; (art. 2970, 3077) sobre las servidumbres; (art. 3108) sobre la hipoteca; (art.3365, 3372, 3402, 3423, 3425, 3428, 3441, 3446, 3490, 3495, 3501, 3504, 3551, 3554, 3655, 3743, 3751, 3752, 3756, 3757, 3762, 3767, 3771, 3772, 3776, 3777, 3787, 3790, 3794, 3801, 3803, 3807, 3821, 3823, 3824, 3827, 3832, 3836, 3848, 3868) sobre sucesiones; (art.3883, 3895) sobre privilegios;(art.3984,3986, 4006,4008,4010, 4011, 4014, 4015) sobre la prescripción.-

⁸⁰ Véase ALTERINI, Jorge Horacio, *Domat y Pothier en el Código Civil Argentino*, en “La Codificación: raíces y prospectiva. I. El Código Napoleón”, colección Prudentia Iuris, Educa, Bs.As. 2003, pg.200/ 207.- El autor, aunque reconoce que Pothier es citado 228 veces en las notas de Vélez, prescinde de gran parte de estas citas por considerar que allí sólo es citado incidentalmente, y luego agrupa las restantes en supuestos que considera que Pothier fue efectivamente fuente directa, otros en que señala que aunque se lo cita en primer término como fuente no lo es, un tercer grupo donde sostiene que se lo cita erróneamente y su posición no coincide con la que se le atribuye, y por último, casos en los cuales se transcribe su opinión y es útil su lectura.-

Como surge de lo que expresamos en el texto, nos parece que este criterio ensombrece la influencia de Pothier en el codificador argentino.- Lo que se excluye como citas que se consideran incidentales puede conducir a una incorrecta apreciación de su influjo.- Segovia oportunamente destacó que en la colocación de las citas y en el orden y manera de hacerlas Vélez no siguió ningún orden, cuando las obras deben citarse, por punto general, siguiendo el orden cronológico, empezando por los escritores más antiguos y descendiendo a los más modernos; y también que se callan las verdaderas fuentes o se les asigna una colocación secundaria (Cfr. SEGOVIA, Lisandro, *op.cit.*, TºI, "Introducción", p. XXVI).- De allí que la circunstancia que Pothier sea citado muchas veces junto con otros autores, normas del derecho romano o hispánico, Códigos o Proyectos de Código –como refiere Alterini para considerar su cita como incidental- no puede ser definitorio para calificarla así.- Al contrario, debe recordarse que en numerosas ocasiones Pothier fue quien organizara el material del derecho romano, o quien inspirara o de quien se tomaran las soluciones de los códigos o proyectos, o quien animara las doctrinas de autores posteriores.- Solo un análisis caso por caso de los lugares donde Pothier es citado y su confrontación con el artículo del Código en cuestión puede conducirnos a juzgar cuál fue la verdadera influencia en el pensamiento del codificador.-

Igualmente puede llevar a una incorrecta valoración del tema los considerados como supuestos en los cuales a Pothier se lo cita en primer término como si fuera fuente no siéndolo

disposiciones normativas incluidas en el Código⁸¹; o también utilizar su referencia para señalar los principios de donde se desprendían como consecuencias las soluciones adoptadas⁸², o para brindar explicación del sentido o alcance de las mismas⁸³, etcétera.-

verdaderamente.- Puede comprobarse con el caso de la nota al art. 89 C.C., que Alterini atribuye a Freitas y no a Pothier.- En ella Pothier es citado en su Introducción general a las costumbres de Orléans, Cap.1, §1, art. 8.- Y efectivamente, allí dice que es necesario dar algunas nociones acerca del domicilio de las personas, señalando seguidamente que es el lugar donde una persona ha establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios; lo que coincide con la primera parte del artículo (Cfr., POTHIER, Robert-Joseph, *Coutume d'Orléans*, Cap.1, §1, art. 83, en "Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle", por M. Bugnet, Paris, 1848, T° I, pg.3).- Sólo la última parte de la norma, relativa al domicilio de origen de los hijos, puede atribuirse a Freitas, en el art. 182 de su *Esboço*.-

⁸¹ Por ejemplo, cuando es citado en la nota al art. 707 que disponía la propagación de efectos extintivos de la obligación solidaria a la remisión de deuda realizada por cualquier acreedor solidario con el deudor; Vélez allí señala que la solución dada es conforme a lo enseñado por Pothier.-

Otro: la nota al art. 854 que disponía, como consecuencia del efecto declarativo de la transacción, que la misma no impone garantía de evicción a quien transige reconociendo el derecho de otro; aquí se cita a Pothier por ser quien decisivamente influyó para que tal solución se consagrara en el art. 2052 del Código Napoleón, en donde se inspiró nuestro codificador al respecto.-

También, la nota al art. 878 en relación a la remisión de deuda.- Aquí Vélez se apoya en Pothier (n° 609 de su *Tratado de las Obligaciones*, no n° 572 como se cita) respecto de la solución dada en la norma: siempre que el documento original de donde resulte la deuda se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario.-

Igualmente es el caso de la nota al art. 1208 que disponía que los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera no tendrán efecto alguno; donde cita en su apoyo a Pothier.-

⁸² Ejemplo: la nota al art. 668 cita a Pothier en relación a los principios que sustentan la disposición de que la solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria.-

Otro ejemplo, la nota al art. 1494, que establecía que todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de locación, donde se cita a Pothier en su *Tratado de la Locación-Conducción*, ya que allí se explican los puntos de contacto entre uno y otro contrato que dan sustento a la solución legal.-

También la nota al art. 1583; aquí se cita a Pothier como doctrina que funda las disposiciones del Código Civil referidas a la cesión de locación y sublocación.-

Igualmente, en la nota al art. 1802 relativo a las donaciones, Vélez cita a Pothier señalando que da la razón del principio copiado en el artículo, y transcribe su pensamiento.-

⁸³ Ejemplo: en la nota al art. 533 con la cita de Pothier Vélez explica el sentido de la norma que dispone que las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosíblemente quisieron y entendieron que habían de cumplirse.- Otro lo es la nota al art. 670, sobre la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de hacer.- También su cita en relación a los arts.792 a 795 sobre repetición del pago sin causa o por causa inmoral o ilícita remite a los alcances de estas normas.- Asimismo, la nota al art. 819 reenvía a Pothier en orden al sentido del requisito de la liquidez –exigido por el Código Civil de Vélez- para la compensación legal.-

Igualmente, en la nota al art. 1205 Vélez cita a Pothier remitiendo a su *Tratado de las Obligaciones*, ya que allí explica, y con diversos ejemplos, lo que debe entenderse por "naturaleza de los contratos", o de las cosas que son naturales por el derecho en cada contrato, aunque no haya estipulación sobre ellas.-

Es decir, las notas evidencian que en la redacción de su Código Civil Vélez Sarfield acudió a Pothier repetidamente, valiéndose de sus obras de distintas maneras; y que más allá de cuántos hayan sido los artículos extraídos directamente de aquellas su influjo también fue notable por vía indirecta: sea a través de los preceptos del *Code* adoptados por nuestro codificador provenientes de Pothier, sea a través de los desarrollos de los comentaristas del Código francés en seguimiento del jurista de Orléans, sea a través de la inspiración de soluciones que se desprendían de sus trabajos.- Y ello se dio en la generalidad de las materias comprendidas en nuestro cuerpo de legislación civil.-

Por supuesto, en algunas pocas notas Vélez señala que la opinión de Pothier es contraria a la disposición del artículo en cuestión⁸⁴.- Pero aún en estos casos ello igualmente demuestra la consideración de la autoridad de Pothier, aunque no se la comparta.-

2.- Por lo demás, cabe destacar que en algunas disposiciones en que Vélez Sarfield se apartó de Pothier –aún sin citarlo-, posteriormente el legislador argentino terminó adhiriendo al pensamiento del jurista del siglo XVIII.- Sirven para demostrarlo los siguientes casos.-

2.1.- En primer lugar, el del instituto de la lesión.- Bien señala Levaggi que en el siglo XIX, en nombre de la autonomía de la voluntad y de la irrevocabilidad de los pactos se combate a la lesión.- En Francia, no obstante, tanto por la opinión favorable de Pothier, de gran ascendiente sobre los codificadores, como por la del propio Napoleón, si bien con reservas, se mantiene en el Código Civil: únicamente en provecho del vendedor de un inmueble y sujeta a límites muy estrictos⁸⁵.- El jurista de Orléans, efectivamente, con sustento en la justicia contractual inspirada por la moral cristiana, postuló que la equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los

Como también la nota al art. 1327, que disponía que pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida; donde Pothier es citado en relación a los alcances de la venta de cosas futuras como acto condicional.-

Y lo mismo sucede con la nota al art. 1934 que establecía cuando un acto respecto de terceros se juzgará ejecutado en los límites del mandato, ya que allí se cita a Pothier para explicar su sentido; o con la nota al art. 1978 donde se lo cita para explicar, según el autor, lo que en derecho significa renuncia intempestiva del mandato.-

⁸⁴ Así, en las disposiciones del texto originario del art. 230, de los arts. 536, 1143, 1528, 1701, 1999, 2095, 2241, 2303, 2571, 3868 y 4011.-

⁸⁵ Cfr. LEVAGGI, Abelardo, *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, ed. Perrot, Bs.As. 1982, pgs. 40/41.- En efecto, en principio el derecho francés no aceptaba la lesión (anterior art. 1118 Code), pero sí a favor del vendedor de un inmueble, cuando hubiese sido perjudicado en siete duodécimas partes del precio de la cosa (art. 1674).-

contratos onerosos la lesión que sufre uno de los contratantes, aún cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo, basta por sí misma para viciar los contratos⁸⁶.-

Pero Vélez rechaza la lesión, haciéndolo en la nota al art. 943, donde luego de argumentar -en base a las divergencias que había entre las legislaciones que la admitían- respecto de la ausencia de principios uniformes sobre el instituto, expresaba los verdaderos motivos por los cuales la rechazaba.- Según el codificador, “...*dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o todas nuestras imprudencias; el consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos*”.- Como se advierte, Vélez Sarfield era más individualista en materia contractual que el propio Código Napoleón⁸⁷.-

Sin embargo, luego de un largo proceso –cuya evolución excede el tema de este trabajo- finalmente la ley 17.711 incorporó la lesión en el art. 954 reformado; y ahora la regula el art. 332 C.C. y C. que, en general, mantiene las pautas aquél.- Ciertamente, en el texto legal la figura de la lesión difiere de la planteada por Pothier en el siglo XVIII, incluyendo elementos *subjetivos* junto a un elemento *objetivo* para configurarla, pero los principios de justicia contractual que la sustentan han pervivido.-

2.2.- En segundo lugar podemos señalar la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento sin cláusula expresa que la contemple.- En seguimiento del derecho de las costumbres, orientado en el sentido de acordar la resolución de los contratos sinalagmáticos cuando una de las partes no los cumplía, Pothier admitió categóricamente la cláusula resolutoria tácita, contemplándola como una condición resolutoria implícita en ellos⁸⁸.- Y así fue recogida en el antiguo art. 1184 del Código

⁸⁶ Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations*, n° 33, en *loc.cit.* T° II, pg.20.-

Claro está, como todavía no se había introducido en el pensamiento jurídico un criterio *subjetivo* para establecer la lesión, Pothier plantea un *criterio objetivo*, que era el tradicional por ese entonces, y sostiene que en el fuero exterior y para la seguridad y libertad del comercio, la lesión debe ser enorme; siéndolo en general cuando excede la mitad del justo precio (*ibidem*, n° 34, pg. 21).-

⁸⁷ Cfr. LEVAGGI, Abelardo, *op.cit.*, pgs. 26/27.-

⁸⁸ Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations*, n° 672, en *loc.cit.*, T° II, pg.368/369; igualmente en su *Traité du Contrat de vente*, n° 475, *ibidem*, T° III, pg. 188/189.- Cfr. igualmente: SPOTA, Alberto G., *Resolución de los contratos*, en La Ley 17, pg. 91; *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, ed. Depalma, Bs.As. 1975, T° III, n° 622, pg. 477/478; GASTALDI, José María, *Pacto comisorio*, ed. Hammurabi, Bs.As. 1985, n° 10, pg. 40.-

Civil Francés, donde este instituto era contemplado como el ejercicio de una condición resolutoria, que se entendía implícita en todos los contratos sinalagmáticos, y cuya operatividad exigía ser demandada y declarada judicialmente.-

En cambio, al redactar Vélez Sarfield el Código Civil Argentino se apartó de la orientación del *Code* inspirada por Pothier y, siguiendo el criterio del Código austríaco entonces vigente y del Esboço de Freitas, estableció en el original art. 1204 como regla la necesidad de pacto expreso para autorizar la resolución por incumplimiento⁸⁹.- El criterio establecido como principio en el Código de Vélez, que no se compadecía con la celeridad de los negocios ni con principios rectores de los contratos, fue finalmente sustituido por la ley 17.711 con el nuevo texto del art. 1204 –que adoptara idéntica fórmula que la del art. 216 Cód. Comercio según reforma del decr-ley 4777/1963-, donde la facultad de resolver el contrato por incumplimiento se entendió implícita en los contratos “con prestaciones recíprocas”.- Y este criterio es mantenido por el art. 1087 C.C. y C., según el cual en los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita.-

Análogamente a lo señalado en el caso anterior, en la actualidad la concepción acerca de la naturaleza del instituto ha cambiado –ya no es asimilada a una condición resolutoria implícita sino que reposa en otros fundamentos- como asimismo lo atinente a los procedimientos para el funcionamiento de la resolución contractual por incumplimiento.- Sin embargo, la consagración del sistema de la cláusula resolutoria tácita o implícita por el *Code* y su posterior expansión en la legislación encuentra en Pothier su decisivo patrocinador.-

2.3.- En tercer lugar, cabe mencionar lo relativo a las cláusulas penales excesivas.- Al tratar las cláusulas penales, Pothier –siguiéndolo a Dumoulin- sienta como uno de sus principios que la pena estipulada en caso de inejecución de una obligación puede ser reducida y moderada por el juez cuando parezca excesiva⁹⁰.- Pero

⁸⁹ De todos modos, el código velezano consagraba numerosas excepciones al art. 1204, donde no obstante no haberse incluido un pacto comisorio, se autorizaba la resolución por incumplimiento, lo que dio pie a que la jurisprudencia terminara por aceptar la resolución aún sin existir en el contrato pacto comisorio expreso.- Además, el Código de Comercio receptó de sus orígenes el principio de la inclusión tácita de la cláusula en los contratos bilaterales (art. 246 del sancionado en 1859; art. 216 de la reforma de 1889).- Y tanto el Anteproyecto de Bibiloni, como el Proyecto de 1936 y el de 1954, propiciaron reformar la legislación civil mediante la adopción del sistema de la cláusula implícita en los contratos bilaterales.-

⁹⁰ Pothier sostuvo que el consentimiento que el deudor da a la obligación de una pena tan excesiva es un consentimiento fundado en un error – hay que presumir que es la falsa confianza de que no faltaría al cumplimiento de la obligación principal lo que lo lleva a someterse a una

el *Code* aquí se apartó del jurista de Orléans estableciendo el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal (antiguo art. 1152).- E igualmente lo hizo nuestro codificador en los arts. 522 y 656 del Código Civil.- No obstante, con el paso del tiempo en nuestros tribunales, sin perjuicio de mantenerse el principio legal de la inmutabilidad, terminó por prevalecer la tendencia que facultaba a los jueces la reducción a sus justas proporciones de las cláusulas penales desmesuradas; lo que se logró con distintos fundamentos: la referencia a la moral y buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, etcétera.- Y la ley 17.711 sancionó expresamente esta solución al agregar un párrafo al art. 656.- Lo que hoy ha sido reeditado con una fórmula legal casi idéntica en el segundo párrafo del art. 794 C.C. y C⁹¹.- Nuevamente aquí podemos comprobar que, en su esencia, Pothier proyectó su influencia al pensamiento jurídico actual.-

2.4.- Por último, no podemos dejar de recordar lo relativo a la regla de la previsibilidad contractual.- Este principio de limitación del resarcimiento contractual, al menos en sus trazos básicos, remonta su origen al derecho romano, fue seguido por Dumoulin y luego por Domat, pero Pothier es quien le brinda los últimos perfiles, con los cuales se difundirá en el derecho occidental.-

Pothier considera que, en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios irrogados al acreedor como consecuencia del incumplimiento de la obligación, es necesario distinguir el incumplimiento meramente culpable de la misma por parte del deudor, del que obedece a su dolo.- En el primer caso, “...*el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever al tiempo del contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación, pues se reputa que el*

pena tan excesiva-, y por tanto no es un consentimiento válido.- Es por esto que estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir lo más alto los daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la obligación.- Ello debe suceder en los contratos conmutativos, por cuanto la equidad que debe reinar en esos contratos no permite que una parte se enriquezca a expensas de la otra, lo que sucedería si el acreedor exigiese una pena demasiado excesiva y de un modo manifiesto superior al daño sufrido por el incumplimiento de la obligación principal.- E igualmente ha de tener lugar en las donaciones (POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations*, n° 345, en *loc.cit.*, T° II, pg.179/180).-

⁹¹ También en el derecho francés, hace algunas décadas, el art. 1152 había incorporado la facultad judicial de morigerar la cláusula penal que es manifiestamente excesiva; e incluso la de aumentar la penalidad, esto último si la convenida es manifiestamente irrisoria.- Actualmente todo ello está contemplado en el nuevo art. 1231-5 (Conforme la reforma de la Ordenanza n° 2016-131 del 10 de febrero de 2016).-

deudor no se ha sometido más que a éstos”⁹².- Esta regla fue consagrada en el art. 1150 del Código Napoleón y de allí se expandió a todos los ámbitos en los que dicho Código ejerció influencia⁹³.-

Sin embargo, Vélez en el art. 520 de su Código no siguió el modelo francés y se inclinó por la formula del art. 1016 del Proyecto de Código Civil para España de García Goyena, de donde lo tomó el codificador al disponer: *En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación*.- Ciertamente esto es así, ya que la redacción del art. 520 C.C. prácticamente coincidía con tal precepto y además se evidenciaba de la misma nota de Vélez a aquél⁹⁴.-

La razón de la expresión utilizada por García Goyena y que siguiera Vélez, es la siguiente: según aquél, “*consecuencia inmediata y necesaria*” resultaba ser una manera de clarificar lo dispuesto por el art. 1150 del Código Napoleón, que aludía a “*daños e intereses que han sido previstos o que se han podido prever al tiempo del contrato*”.- De hecho, García Goyena en el comentario a su proyectado art. 1016 expresa: “*...las palabras del artículo Francés para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó o pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera...*”; agregando más luego que en su artículo los términos del texto francés se los reemplaza “*...por las de consecuencia inmediata y necesaria, que parecen equivaler a las de la ley 21, § 3º título 1º, libro 19 del Digesto, utilitas quae circa rem consistit*”⁹⁵.-

La fórmula legal del art. 520 dio lugar a muchas interpretaciones acerca de su significación, y además fue objeto de críticas por parte de la tendencia unificadora de los regímenes de la responsabilidad civil por considerarlo una limitación injusta al resarcimiento.- Pero en realidad en esta materia participaba de aquella tradición jurídica

⁹² Cfr., POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations*, n° 160, en *loc.cit.*, T° 2, pg. 76 (la traducción nos pertenece).-

⁹³ Sobre la influencia de Pothier en este punto en el *Common Law*, véase *infra*, VI.5.-

⁹⁴ El art. 1016 del Proyecto de García Goyena expresaba: “*En el resarcimiento de los daños o perjuicios, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato*.”

“*En caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él.*”

⁹⁵ Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, T° III, comentario al art. 1016, pg. 51.-

arraigada en occidente a partir de la doctrina de Pothier.- Y es por ello que el Código Civil y Comercial, sin perjuicio de adoptar un régimen unificado de responsabilidad contractual y extracontractual, incluye en el art. 1728 la regla de la previsibilidad contractual⁹⁶.-

VI.- INFLUJO DE POTHIER EN EL *COMMON LAW*

1.- Pero la influencia de Pothier no se ha limitado a los derechos romano-germánicos, particularmente del subgrupo latino.- Por el contrario, su obra ha tenido un profundo impacto tanto en el derecho inglés como en el angloamericano.- Las primeras publicaciones de Pothier eran reconocidas y apreciadas desde una fecha temprana en Inglaterra y en Estados Unidos, y particularmente desde el momento en que sus trabajos fueron traducidos al inglés⁹⁷.-

En efecto, cuando los escritores ingleses sobre contratos de los últimos años del siglo XVIII y principios del siglo XIX se dedicaron a la tarea de la exposición sistemática de los principios abstractos del derecho del contrato se comprometieron a una empresa que era nueva para el *Common Law* y así, dirigieron su atención hacia la razón escrita de la tradición Romanística como una fuente de análisis, categorías, y concepciones organizadas, en las cuales el *Common Law* local podía ser presentado y completadas sus lagunas.- Los trabajos de estos juristas ingleses hacían uso extensivo de los autores de la tradición civilista –Jean Domat, Samuel von Pufendorf, Robert Pothier, Hugo Grocio-; trabajos que eran fácilmente accesibles en Inglaterra en ediciones inglesas.- De estos autores, señala Simpson, no cabe duda que Pothier fue el más influyente⁹⁸.-

En el mismo sentido, Ibbetson indica que en la última década del siglo XVIII en Inglaterra comenzaron a aparecer una corriente constante de tratados sobre el derecho del contrato, y destaca al *Tratado de las Obligaciones* de Pothier como el modelo del

⁹⁶ Para un mayor desarrollo sobre el tema, vide: MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos, en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres (Dir.), T° 3 F, art. 1728, pg. 337 y ss.-

⁹⁷ Cfr. FAIRGRIEVE, Duncan, *Comparative Law in practice: Contract Law in a Mid-Channel Jurisdiction* Hart Publishing, 2016, pg. 13.-

⁹⁸ Cfr. SIMPSON, A.W.B., *Legal theory and legal history. Essays on the Common Law*, The Hambleton Press, London, 1987, pg. 178/180.-

que jueces y escritores obtuvieron su inspiración⁹⁹.- Y de manera similar Zimmermann observa que los tratados de Pothier, accesibles para los abogados ingleses en versiones traducidas, se convirtieron en una de las más influyentes fuentes del moderno derecho del contrato¹⁰⁰.-

Esto se evidencia en el Tratado sobre Obligaciones y Contratos de H. T. Colebrooke¹⁰¹, del que se ha señalado: “*Sus notas marginales contienen referencias a una gran gama de fuentes de autores del Common Law como Blackstone y Comyn, hasta Erskine, los juristas del derecho natural, Justiniano y el código civil.- Un nombre se destaca sobre el resto. Es el del francés Robert Joseph Pothier. Pothier es mencionado cerca de treinta veces en las primeras diez páginas solamente.- El biógrafo de Colebrooke reconoce a Pothier junto con el Derecho Romano como principal inspiración base de su Tratado...*”¹⁰².-

No obstante, se ha destacado que Colebrooke no fue el primer autor inglés que reconoce el valor de Pothier, recordándose que Sir William Jones instaba a sus lectores a consultar Pothier cerca de cuarenta años antes.- Pothier surgió numerosas veces en la literatura jurídica a fines de la década de 1790; y con el cambio de centuria había incluso ocasional referencia a Pothier en los *Law Reports*.- Era evidentemente de suficiente renombre como para figurar en la obra de John Aikin sobre “personas eminentes”, donde era descrito como “un estimable escritor francés en asuntos jurídicos”; e igualmente era mencionado por Lord Ellenborough como “un muy erudito y eminente autor sobre cualquier materia vinculada con el derecho de los contratos, e íntimamente familiarizado con el derecho mercantil en particular”¹⁰³.-

Por otra parte, a pesar de que la versión francesa de las obras de Pothier ya era accesible, su pensamiento se difundió particularmente desde el momento en que sus trabajos fueron traducidos al inglés.- En tal sentido, la primera traducción inglesa de su *Tratado de las Obligaciones* fue una poco conocida edición publicada en Newburn, Carolina del Norte, en 1802.- En cambio, una traducción realizada en Inglaterra por

⁹⁹ Cfr. IBBETSON, David J., *A Historical introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, 1999, Pg. 220.-

¹⁰⁰ Cfr. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman foundations of the Civilian tradition*, Oxford University Press, 1996, pg. 336-337.-

¹⁰¹ Cfr. COLEBROOKE, H.T., *Treatise on Obligations and Contracts, Part I*, London, 1818.-

¹⁰² Cfr. SWAIN, Warren, *The Law of Contract. 1670-1870*, Cambridge University Press, 2015, pg. 149.-

¹⁰³ *Ibidem*, pg. 150.-

William David Evans y publicada en 1806 fue de amplia difusión.- Esta edición fue un trabajo llevado a cabo por Evans en dos volúmenes, el primero consistente en la traducción de Pothier, y el segundo de apéndices donde analizaba varios aspectos del derecho inglés con un espíritu comparativo: por ejemplo, la doctrina de la *consideration*, la interpretación de los contratos, etcétera¹⁰⁴.- Fue así tan bien conocida, no sólo en Inglaterra sino en Estados Unidos, que el editor del *American Jurist* pudo escribir en 1839 que el *Tratado de las Obligaciones* de Pothier “...se ha convertido en una obra habitual sin la cual aún una biblioteca jurídica de moderada dimensión difícilmente podría considerarse completa”¹⁰⁵.-

Entre otros ejemplos de la trascendencia del pensamiento de Pothier en el derecho angloamericano podemos citar la obra de Joseph Chitty sobre el derecho de los contratos¹⁰⁶, como asimismo la de Theodore Sedgwick sobre cuantificación de los daños¹⁰⁷.- En la primera son numerosas las referencias a Pothier, comenzando con el cotejo del concepto de obligación dada por el jurista de Orléans con el más estricto usado generalmente por los juristas ingleses¹⁰⁸; luego, sobre su concepto del contrato¹⁰⁹; en lo relativo a la formación del consentimiento, particularmente en el caso en que la oferta fuera realizada entre ausentes –por correspondencia o mediante agentes-, a quien atribuye haber puesto el tema en una manera muy inteligible¹¹⁰; en lo atinente al cambio de las partes por la novación, figura que aunque había sido aplicada con anterioridad en el derecho inglés y americano, su denominación resultaba novedosa para estos ámbitos jurídicos¹¹¹; acerca de la necesaria capacidad de las partes para contratar¹¹²; en relación al contrato de compraventa¹¹³; a la prescripción¹¹⁴, etcétera.-

¹⁰⁴ Cfr. SIMPSON, A.W.B., *op.cit.*, pg. 179.-

¹⁰⁵ Cfr. PERILLO, Joseph M., *Robert J. Pothier's influence on the Common Law of Contract*, Research Paper 63, october 2004, Fordham University School of Law, pg. 3/4, en <http://ssrn.com/abstract=610601>.-

¹⁰⁶ Cfr. CHITTY, Joseph, *A treatise on the Law of Contracts, and upon the defences to actions thereon*, 10º american edition, G. and C. Merriam, 1860.-

¹⁰⁷ Cfr. SEDGWICK, Theodore, *A Treatise on the Measure of Damages*, 2º ed., John S. Voorhies, Law Bookseller and Publisher, New York, 1852.-

¹⁰⁸ Cfr. CHITTY, Joseph, *op.cit.*, pg. 1.-

¹⁰⁹ *Ibidem*, pg. 8, nota q.-

¹¹⁰ *Ibidem*, pg. 12.- Ver *infra*, VI.2.-

¹¹¹ *Ibidem*, pg. 140, 144, nota e, 146, nota l.-

¹¹² *Ibidem*, pg. 148, nota a, pg. 154.-

¹¹³ *Ibidem*, pg. 393, nota e; pg. 395, nota m.-

¹¹⁴ *Ibidem*, pg. 917/918, nota d.-

Por su parte, Sedgwick también hace mención en múltiples ocasiones a varias de las obras de Pothier.- Y muy particularmente, al tratar los denominados *consequential damages* en materia de contratos, indica Sedgwick como regla adoptada por los autores del moderno derecho civil la previsibilidad contractual, ocupándose de desarrollar el pensamiento de Pothier en su *Tratado de las Obligaciones*, para luego señalar que el Código Napoleón contenía el reconocimiento los mismos principios generales, con cita de sus arts. 1149 a 1151¹¹⁵.- Y más adelante hace referencia al entonces reciente caso *Williams vs. Barton* de Louisiana, donde admitiéndose la autoridad de Pothier y de Toullier, se había decidido que los daños que por incumplimiento de un contrato podía recuperar la parte afectada eran aquellos causados por el incumplimiento y que razonablemente podía suponerse que habían sido contemplados por las partes al tiempo del contrato; acotando Sedgwick que tal vez esta era la línea más clara y definida que podía ser trazada en la materia¹¹⁶.-

Según todo lo antedicho, es fácilmente explicable el influjo que se le atribuye generalmente a Pothier entre quienes se han ocupado de la historia del *Common Law*, que ha permitido aseverar a Baker que una de la fuentes de ideas más influyentes en el derecho de los contratos, junto con William Paley, fue el *Tratado de las Obligaciones* de Robert Joseph Pothier, publicado en inglés en 1806; ya que en sus obras se incluían ideas elementales en materia contractual, ausentes durante largo tiempo en el *Common Law*; por lo que concluye: “En ellas se encuentran los orígenes del derecho inglés de la oferta y la aceptación, del error, de la “frustration” y de los daños contractuales”¹¹⁷.- E incluso ha autorizado a expresar a Perrillo, con mayor énfasis que “toda la estructura del *Common Law* en materia de contratos y compraventa está basada principalmente en los tratados de Pothier sobre obligaciones y compraventa”¹¹⁸.-

2.- Seguidamente haremos mención de los puntos que Baker destaca.- En primer lugar, la doctrina de la oferta y la aceptación como categorías con determinada autonomía en orden a la formación del contrato.-

Actualmente la formación de un contrato en el *Common Law* es analizada en términos de oferta y aceptación, una intención de crear relaciones jurídicas y la doctrina

¹¹⁵ Cfr. SEDGWICK, Theodore, *op.cit.*, pgs. 58/60.-

¹¹⁶ *Ibidem*, pg. 67.-

¹¹⁷ Cfr. BAKER, John Hamilton, *An introduction to English Legal History*, Butterworths, 1979, pg. 293.-

¹¹⁸ Cfr. PERILLO, Joseph M., *loc.cit.*, pg. 1.-

de la *consideration*¹¹⁹.- Si estos requisitos son satisfechos hay un contrato y -sujeto a varias salvedades- esto da lugar a derechos en las partes contratantes, por cuya violación el ordenamiento provee remedios: acciones de daños, mandatos judiciales, ejecución específica.- Ahora bien, la idea de los contratos basados en el acuerdo, como las reglas relativas a la oferta y la aceptación, que una vez satisfechas forman dicho acuerdo, fue introducida en los análisis legales sólo en el siglo XIX, particularmente bajo la influencia del *Tratado de las Obligaciones* de Pothier.- Antiguamente el sistema del *Common Law* carecía de la formulación del mecanismo de la oferta y la aceptación, nociones que recién se hicieron operativas en el siglo XIX¹²⁰.-

Pothier elevó la discutida cuestión, relativa a si era esencial para una promesa el ser aceptada en orden a generar una obligación jurídica, a una posición central en su teoría: una promesa unilateral u oferta era insuficiente por sí misma para constituir un contrato; debía existir una aceptación del receptor de la promesa¹²¹.- La premisa básica de Pothier era simple: un contrato es una especie de convención o pacto, siendo éste el consentimiento de dos o más personas de formar un vínculo, o de rescindir o modificar un vínculo ya hecho.- Así, el contrato como especie de convención tiene por objeto formar un vínculo, definiéndoselo como una convención por la cual las dos partes recíprocamente o sólo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle

¹¹⁹ En verdad, en el *Common Law* hay dos definiciones principales de un contrato que difieren.- La primera define el contrato como una promesa o un conjunto de promesas que el derecho hará cumplir.- El otro punto de vista, es que el contrato “es un acuerdo que origina obligaciones cuyo cumplimiento es exigido o reconocido por el derecho”. Cualquiera de ellas cuenta con argumentos a favor y en contra.- Vide: WHITTAKER, S.J., en *Chitty on Contracts*, 31° ed., 2012, Sweet & Maxwell. Thomson Reuters, Vol. I, General Principles, 1-016 y 1-017, pgs. 12/13.-

¹²⁰ Por el siglo XVIII, en Inglaterra, la acción dominante por contratos informales, no celebrados usando “*deeds*”, era la acción de “*assumpsit*”.- La misma era juzgada por un jurado.- La cuestión precisa que el jurado era consultado a considerar no era desglosada en sus partes componentes.- En su lugar la cuestión general planteada por la parte que quería negar un contrato era “*non assumpsit*”.- Había gran cantidad de razones permitidas que podían ser usadas para explicar por qué un contrato no era vinculatorio.- En términos de defensas estas no eran diferenciadas, a pesar que la evidencia presentada podía ser diferente.- Desde la mitad del siglo XVIII los jueces comenzaron un largo proceso de quita del control del jurado.- Una de las consecuencias fue reafirmar el límite entre cuestiones de derecho y de hecho.- Cuestiones que previamente habían caído bajo el problema general comenzaron a ser diferenciadas como problemas de derecho.- En estas circunstancias, la necesidad de encontrar definiciones de doctrinas legales y de crear una estructura dentro de la cual pudiera entrar el previamente más fluido derecho contractual devino esencial.-

¹²¹ Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations*, n° 4, en *loc.cit.*, T° 2, pg. 5.- Lo destaca IBBETSON, David J., *op.cit.*, pg. 222.-

alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa¹²².- Su idea central era por tanto que la obligación contractual deriva del mutuo consentimiento de las partes, el que debía manifestarse por propuestas u ofertas de una de ellas y aceptarse por la otra.-

En lo que concierne a contratos bilaterales *Adams v. Lindsell (1818)* parece ser el primer caso en el *Common Law* que evidencia claramente la recepción de la doctrina civilista. El mismo enfrentó el peculiar problema de racionalizar la posibilidad de formar los contratos por correspondencia.- Los viejos precedentes del siglo XVI y XVII insistían que una promesa podía ser usada como *consideration* para la promesa del demandado mientras fuera ella misma accionable; y para que las promesas fueran mutuamente accionables debían ser hechas en el mismo instante, o de lo contrario ambas eran *nuda pacta*, la primera en el tiempo por carecer de *consideration*, la última por darse por una *consideration* pasada.- Esta doctrina, que era improbable que causara problemas en contratos celebrados entre personas presentes, dado que las promesas se daban en un instante de mutuo asentimiento, sí era causante de dificultades en contratos por correspondencia, donde la promesa de una parte lo es por una carta la cual debe ser respondida, constituyendo la respuesta la promesa opuesta, luego de un considerable plazo.- *Adams v. Lindsell (1818)* enfrentó esta dificultad mediante el análisis de la situación en términos de oferta y aceptación, y luego con el empleo de una ficción para conciliar la realidad de la vida con los requerimientos del dogma: “*los demandados deben ser considerados en derecho como haciendo, durante cada instante del tiempo en que su carta estaba viajando, la misma e idéntica oferta a los demandantes: y así el contrato queda perfeccionado por la aceptación de la misma por los últimos*”.- Según Simpson, esto aparece sospechosamente como un uso del *Tratado del Contrato de Venta* de Pothier, donde al ocuparse de los contratos por correspondencia expresa: “*en orden a que se arribe al consentimiento de las partes... es necesario que la voluntad de la parte que hace una oferta por escrito continúe hasta que su carta arriba a la otra parte, y hasta que la otra parte declara su aceptación a tal proposición.- Se presume que la voluntad continúa, si nada aparece en contrario*”¹²³.- Por su parte, Perillo asume una postura más categórica, al sostener directamente que el tribunal, en *Adams v. Lindsell* usó de Pothier la idea de la continuación de la oferta, parafraseándolo¹²⁴.- La

¹²²Cfr., POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations*, n° 3, en *loc.cit.*, T° 2, pg. 4.-

¹²³ Cfr. SIMPSON, A.W.B., *op.cit.*, pg. 184/185.-

¹²⁴ Cfr. PERILLO, Joseph M., *loc.cit.*, pg. 10.-

que parece ser corroborada por las referencias que en su momento realizara Chitty al tratar la cuestión¹²⁵.-

De tal manera, señala Perillo, la innovación más importante que sentó *Adams v. Lindsell* fue la posibilidad de que una oferta pudiera ser realizada por correspondencia y pudiese ser aceptada de la misma manera, a pesar de que la oferta no estuviera sustentada en la *consideration*; mientras que hasta la decisión allí establecida en las jurisdicciones del *Common Law* los contratos bilaterales no podían formarse por correspondencia¹²⁶.-

3.- En lo que se refiere a la jurisprudencia del *Common Law* sobre el error contractual la misma fue creada en el siglo XIX por abogados, jueces y juristas que fueron influenciados enormemente por dos pensadores: Pothier y Friedrich Carl von Savigny¹²⁷.-

David Ibbetson recuerda al respecto que hasta el siglo XIX los acuerdos escritos podrían ser rectificadas si no reflejaban la verdadera intención de las partes; los contratos podían ser rescindidos cuando una parte hubiera estado bajo un error, pero solamente cuando la otra parte hubiese estado de alguna manera en falta; y había una general discrecionalidad para rechazar u ordenar el cumplimiento específico contra una persona que hubiera entrado en un contrato bajo un error, aún cuando la otra parte no hubiera incurrido en ninguna culpa.- El error era así una defensa únicamente accesible en la jurisdicción de equidad, en raros casos, y su aplicación estaba en gran parte dentro de la discreción del tribunal.- Pero no era reconocido en el *Common Law* como doctrina que invalidara el contrato.-

El silencio del *case law* sobre esta materia es reflejado en los autores de la primera mitad de dicho siglo: no hay indicio de una doctrina del error en las importantes obras de Chitty o Addison¹²⁸.-

Según Ibbetson el primer tratamiento del tema, en el cual la influencia de Pothier puede ser reconocida, es el trabajo de Willian Macpherson sobre el derecho hindú del contrato, que apareció en 1860.- En 1861 Macpherson llegó a ser secretario de la Indian

¹²⁵ Cfr. CHITTY, Joseph, *op.cit.*, pgs. 11/12.-

¹²⁶ Cfr. PERILLO, Joseph M., *loc.cit.*, pg. 10, texto y nota 60 al pie.-

¹²⁷ Cfr. MAC MILLAN, Catharine, *Mistakes in Contract Law*, Hart Publishing, 2010, pg. 37.-

¹²⁸ Cfr. IBBETSON, David J., *op.cit.*, pg. 227.-

Law Commission, cuyo *Report on the Law of Contract* de 1866 (en gran parte promulgado como la *Indian Contract Act* de 1872) incluyó una cláusula sobre el error inspirada en Pothier, en la cual su procedencia es claramente visible.-

El informe de la *Indian Law Commission* fue el primer intento de juristas ingleses de codificar el derecho del contrato y agitó una considerable discusión en Inglaterra.- Un año después apareció allí el primer capítulo importante sobre el error en un libro de texto inglés, los *Elements of the Law of Contracts* de Leake, donde errores contractuales eran incorporados sobre el final de una exposición significativa de los efectos del error en la *Equity*.- En el mismo año, en *Kennedy v. The Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co. Ltd.* (1867, LR 2 QB, 580, 588), Blackburn J. tomó explícitamente del *Roman law* el principio general que un contrato podía ser anulado si había sido producto de un error fundamental sobre todo el acuerdo.- Y es más clara aún la influencia de Pothier en el libro de Joseph Benjamin sobre la compraventa de mercaderías, publicado por primera vez un año después del de Leake, donde el error complementa lo relativo a la oferta y la aceptación en su capítulo sobre la necesidad del mutuo consentimiento. Veinte años después estaba bien establecido, formando la base de importantes capítulos de Frederick Pollock y de William Anson¹²⁹.-

Para Ibbetson fue decisivo para este arraigo del *law of mistake* el reexamen de la decisión de la *House of Lords* en *Couturier v. Hastie* (1856).- En el mismo los actores habían vendido al demandado un cargamento de maíz, en ruta de Salónica a Inglaterra.- Sin que lo supieran las partes, antes que el contrato fuera celebrado el maíz se había recalentado y comenzó a fermentarse, de manera tal que fue necesario ponerlo en Tunes y venderlo.- Pese a ello, los actores reclamaron por su precio.- Había una serie de cuestiones periféricas, pero al tiempo en que el caso llegó a la *House of Lords* la única cuestión era la relevancia legal de la inexistencia de la mercadería al tiempo del contrato.- El demandado sostuvo que el contrato era totalmente nulo, ya sea sobre la base de que era una regla del derecho inglés que no podía haber contrato de venta sin la existencia de propiedad al tiempo del acuerdo, o alternativamente que era una condición implícita del contrato que el maíz aun existiera.- La *House of Lords* dictó sentencia en favor del demandado sobre la última base.- En *Couturier v. Hastie* no hubo en ninguna parte algún intento de fundar el caso en una doctrina del error, pero dentro de los cinco años siguientes comenzó a ser interpretado de tal manera por los autores.- La cuestión

¹²⁹ *Ibidem*, pg. 227/228.-

era obviamente problemática y en la tercer edición de su libro de texto Pollock también incluyó la referencia del caso en su sección sobre imposibilidad inicial; sin embargo, siguiendo en este punto a Pothier más que a Savigny, fue categórico en que este era más propiamente analizado en términos de error.- Seguidamente, Ibbetson observa: “*Toda una gama de situaciones podían ser puestas bajo este paraguas recién encontrado...*”¹³⁰.-

4.- Como se anticipara, también en el origen la doctrina de la *frustration* aparece el pensamiento de Robert J. Pothier.-

Originalmente en el *Common Law* la mayoría de las obligaciones contractuales eran consideradas “absolutas”, en el sentido que acontecimientos sobrevinientes no proporcionaban excusa para el incumplimiento.- El fundamento para tal regla fue dado por la *Court of King’s Bench* en fecha tan lejana como 1647, en *Paradine v. Jane*.- En el caso un inquilino fue demandado por la renta y alegó que durante los tres últimos años de su arrendamiento había sido desposeído por acción de los enemigos del Rey. Este motivo no tuvo acogimiento por el tribunal, que sostuvo: “*Cuando una parte por su propio contrato crea una obligación a su cargo, está obligado a hacerlo bien, de ser posible, a pesar de cualquier accidente de inevitable necesidad, porque pudo haber previsto contra el mismo por su contrato*”¹³¹.-

La justificación del riguroso criterio sentado en *Paradine v. Jane* era que las partes podían, si querían, haber provisto para tal eventualidad dentro del contrato mismo¹³².-

No obstante, señala Treitel, la doctrina probablemente nunca se aplicaba en un contrato denominado de cumplimiento personal cuando la parte moría o quedaba permanentemente incapacitada; y otra antigua excepción a ella fue reconocida en casos de ilegalidad sobreviniente¹³³.-

Pero fue a mediados del siglo XIX cuando se abrió un nuevo camino, a partir de *Taylor v. Caldwell* (1863).- Los demandados en el caso habían contratado con los

¹³⁰ *Ibidem*, pg. 228.-

¹³¹ Cfr. TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, 8ª ed., Sweet & Maxwell/Stevens & Sons, London, 1991, pg. 763; McKENDRICK, Ewan, *Force majeure and frustration of contract*, Lloyd’s of London Press Ltd., 1991, pg. 3.-

¹³² Cfr. STONE, Richard, *The modern Law of Contract*, 5ª ed., Cavendish Publishing Limited, 2002, pg. 385.-

¹³³ Cfr. TREITEL, G.H., *op.cit.*, pg. 763.-

demandantes con el objeto de permitirles el uso de *The Surrey Gardens and Music Hall* en Newington, “para el propósito de dar cuatro grandes conciertos” en cuatro días designados en el verano de 1861; los demandados debían proporcionar también diversas atracciones secundarias y otros entretenimientos en los jardines; y los actores acordaron pagar 100 libras en la tarde de cada uno de los días designados y proveer “*todos los artistas necesarios*”.- Seis días antes que debiera darse el primer concierto, el salón auditorio fue destruido por un incendio accidental, de manera tal “*que devino imposible dar los conciertos*”.- El tribunal del *Queen’s Bench* estableció que los demandados no eran responsables por indemnización de los daños causados a los demandantes por gastos de publicidad y otras expensas.- Para así hacerlo, formuló una regla general de liberación que ha sido conocida como la doctrina de la “*frustration*”.- En tal sentido, Blackburn J. dijo: “...donde, de la naturaleza del contrato, aparece que las partes desde el comienzo han sabido que no podría ser cumplido a menos que al momento del cumplimiento una cosa particular específica se mantenga existente, de manera tal que, cuando entraron en el contrato, ellas deben haber contemplado esa continuación de su existencia como el fundamento de lo que debía ser hecho; allí, en ausencia de alguna garantía expresa o implícita de que la cosa existirá, el contrato no debe ser interpretado como un contrato positivo, sino sujeto a una condición implícita de que las partes serán eximidas en el caso que, antes del incumplimiento, el cumplimiento resulte imposible por la pérdida de la cosa sin culpa del contratante”¹³⁴.-

Luego de ser establecida en *Taylor v. Caldwell* la doctrina de la *frustration* entró en un período de crecimiento.- Fue extendida a casos en que el incumplimiento se volviera imposible de otra manera que a través de la pérdida de una cosa específica; y finalmente incluso a casos en que el cumplimiento no llegara a ser imposible absolutamente pero el objetivo comercial o propósito (finalidad), del contrato se hubiera frustrado, como en *Krell v. Kenry* (1903, K.B)¹³⁵.-

Ahora bien, el tribunal inglés que sentó las bases de la doctrina de la *frustration*, al justificar su decisión se apoyó de manera explícita y sobresaliente en Pothier, citando dos de sus obras, su *Tratado de las Obligaciones* y su *Tratado del Contrato de Compraventa*.- En tal sentido, refiriéndose a que el *Civil Law* contemplaba como excepción al principio de responsabilidad de quien no cumple la obligación

¹³⁴ *Taylor v. Caldwell*, [1863] EWHC QB J1, 3 B & S 826, 122 ER 309, particularmente, pg. 312.-

¹³⁵ Cfr. TREITEL, G.H., *op.cit.*, pg. 764.-

contractualmente asumida, la situación en que el cumplimiento deviniera imposible por pérdida de la cosa cierta debida sin culpa del contratante, Blackburn J. sostuvo: “*El tema general es tratado por Pothier, quien en su Tratado de las Obligaciones, parte 3, cap. 6, art. 3, §668 establece que el deudor de un cuerpo cierto, como consecuencia de ello, queda liberado de su obligación cuando la cosa ha perecido, sin su acto ni su negligencia, y antes de caer en incumplimiento, excepto que por alguna estipulación se haya hecho cargo del riesgo del particular infortunio ocurrido*”.- Y seguidamente: “*Aún cuando el Civil Law no es por sí mismo autoridad en una Corte Inglesa, ofrece gran ayuda en la investigación de los principios sobre los cuales está fundado el derecho.*”¹³⁶.-

5.- Por último, la extensión de la indemnización de daños en los contratos fue establecida en el *Common Law* a partir del famoso caso “*Hadley v. Baxendale*”, resuelto por la *Court of Exchequer* en el año 1854, que adoptara la denominada regla de la previsibilidad contractual¹³⁷.- Los principios allí establecidos lo fueron bajo el directo influjo del derecho francés –y muy particularmente de las enseñanzas de Pothier- y aunque han sido objeto de algunas reformulaciones en casos posteriores, mantienen su vigencia como criterio rector en la materia en la generalidad de los países que se rigen por tal sistema jurídico¹³⁸.-

¹³⁶ *Taylor v. Caldwell*, [1863] EWHC QB J1, 3 B & S 826, 122 ER 309, particularmente, pg. 313.-

¹³⁷ Un análisis pormenorizado de dicho precedente puede consultarse en: CUETO RÚA, Julio C., *La previsibilidad del daño contractual (La regla “Hadley v. Baxendale”)*, en “Derecho Comparado, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado”, Zavallía, Bs.As. 1977, n° 1, pg. 34/63.- Remitimos también a: MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “*Hadley v. Baxendale*” y nuestro art. 520 del Cód. Civil, en E.D. 200, pg. 43/44; MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Alberto J. Bueres (dir.), ed. Hammurabi, Bs.As. 2018, T° 3F, art. 1728, pg. 351/356.-

¹³⁸ En “*Hadley v. Baxendale*” el Tribunal de Exchequer debió pronunciarse en el siguiente caso.- Los hermanos Hadley eran propietarios de un molino harinero en Gloucester y habiéndose roto el eje de una máquina de vapor del molino, éstos encargaron a una empresa de transportes, Pickford and Co. (su gerente era Baxendale), el traslado del eje dañado a Greenwich, para que fuera utilizado como modelo a los fines de que allí fuera fabricado uno nuevo.- Los Hadley carecían de un eje de repuesto –circunstancia no habitual, pues no lo era que los molineros operasen sus molinos con un solo eje-, por lo cual el molino quedó paralizado a partir de la rotura del eje en cuestión.- Y la demora por parte de los transportistas en el traslado del eje averiado –que prometieron entregar en destino al día siguiente de recibirlo, pese a lo cual lo hicieron siete días más tarde- ocasionó a los actores pérdida de ganancias por una suma de 300 libras esterlinas, como consecuencia de haberse mantenido paralizado el molino como resultado del retraso.- Frente a la demanda por tales daños, la defensa principal fue que

En los comienzos del siglo XIX, con anterioridad a *Hadley v. Baxendale*, los tribunales ingleses y americanos se esforzaban por encontrar la fórmula de una decisión para limitar los daños consecuenciales; con formulaciones que variaban¹³⁹.-

La decisión adoptada en el precedente “*Hadley v. Baxendale*”, que estableciera los principios generales sobre esta cuestión, puede analizarse en dos partes, o dos reglas.- La primera, a veces aludida como “Hadley 1”, se refiere a los daños que sobrevienen naturalmente del incumplimiento en sí mismo, de acuerdo al curso habitual y ordinario de las cosas (*general damages*).- Estos son indemnizados bajo el amparo de

los mismos eran remotos y por tanto no cabía responsabilidad por ellos.- Al respecto, y ateniéndonos a lo valorado por el Barón Alderson –quien expresó la decisión del Tribunal de Exchequer en apelación-, las únicas circunstancias que fueron comunicadas por los actores a la demandada al tiempo de la celebración del contrato fueron: que el objeto a transportar era el eje roto de un molino, y que los actores eran los dueños del molino, nada más.- La regla establecida por el Tribunal a través del voto del barón Alderson fue la siguiente: “*Donde dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños cuya indemnización la otra parte debe recibir en relación a dicho incumplimiento del contrato deben ser aquellos que puedan ser considerados justa y razonablemente como, o sobrevinientes naturalmente del incumplimiento contractual en sí mismo, esto es, de acuerdo al curso habitual de las cosas, o aquellos que razonablemente puedan suponerse como que hayan estado en la contemplación de las dos partes, al momento que concluyeron el contrato, como el probable resultado de su incumplimiento*”.- Agregando seguidamente: “*Ahora, si las especiales circunstancias bajo las cuales el contrato fue realmente celebrado fueron comunicadas por los demandantes a los demandados, y así conocidas por las dos partes, los daños resultantes del incumplimiento de dicho contrato, que ellos podrían razonablemente contemplar, sería el monto del perjuicio que puede ordinariamente seguir de un incumplimiento de contrato bajo esas circunstancias así conocidas y comunicadas.- Pero, del otro lado, si esas especiales circunstancias fueron enteramente desconocidas para la parte incumplidora, a lo sumo, sólo puede suponerse que ella ha tenido en su contemplación el monto del perjuicio que puede sobrevenir generalmente, y en la gran multitud de casos no afectados por especiales circunstancias, de tal incumplimiento de contrato.- Desde que, de haberse sabido las especiales circunstancias, las partes podrían haber provisto en términos especiales lo necesario en cuanto a los daños para el caso de incumplimiento del contrato; y sería muy injusto privarlos de dicha ventaja.-*” (la traducción nos pertenece; para consultar su expresión original, vide: MÉNDEZ SIERRA, Eduardo C., “*Hadley v. Baxendale*” y nuestro art. 520 del Cód. Civil, en E.D. 200, pg. 44, nota 22 al pie).- Haciendo aplicación de estos principios, el Tribunal juzgó que aquí la paralización del molino y las pérdidas consiguientes no podían considerarse como “natural” consecuencia del retraso incurrido por el transportista en el traslado de la pieza, en tanto los actores pudieron haber tenido un eje de repuesto o pudieron haber conseguido uno.- “*En la gran multitud de casos de molineros enviando piezas rotas a terceros a través de transportistas bajo circunstancias ordinarias, dichas consecuencias no pudieron, con toda probabilidad, haber ocurrido*”.- Por el otro lado, tampoco pudo la paralización haber sido contemplada por las dos partes al momento de la celebración del contrato como un probable resultado del incumplimiento, dado que no fue comunicada por los actores.- Los demandados no fueron advertidos que cualquier retraso por parte de ellos mantendría al molino parado y de ahí que los daños consiguientes no entraron en la previsión de los contratantes.- Consecuentemente, el Tribunal decidió que debía omitirse la consideración de la pérdida de ganancias derivada de la paralización del molino dentro de los daños indemnizables.-

¹³⁹ Cfr. PERILLO, Joseph M., *loc.cit.*, pg. 3.-

dicha regla, hubieran sido contemplados o no; dado que al derivar naturalmente del incumplimiento contractual, según el curso ordinario de las cosas, se presume por el derecho que debieron estar dentro de la contemplación de las partes.- Es decir, son siempre indemnizables, ya que cualquier contratante debe darse cuenta que esos daños derivarán naturalmente del incumplimiento.-

La segunda parte, o regla, (o “Hadley 2”) atiende aquellos daños derivados de factores particulares, inusuales, de naturaleza no común (*consequential damages* o *special damages*).- Bajo la misma son indemnizables estos daños, acaecidos en relación a una particular situación, únicamente de haber sido “contemplados” por las partes al tiempo de celebrarse el contrato, ya que se sustentan en el estado de conocimiento que razonablemente deba suponerse en el incumplidor.- Vale decir, los mismos sólo son recuperables si el incumplidor pudo razonablemente haber anticipado la probabilidad de que ocurriesen como consecuencia del incumplimiento, sobre la base de las circunstancias especiales conocidas o cognoscibles al tiempo del contrato.-

La base de estos principios, que gobiernan la indemnización de los daños contractuales en el *Common Law*, fue el *Tratado de las Obligaciones* de Pothier¹⁴⁰.- En el pensamiento de Pothier la directriz en la materia es que el deudor que incumple culposamente la obligación únicamente puede ser responsabilizado de los daños y perjuicios que previó o pudo prever al momento de la celebración del contrato; considerando el jurista de Orléans que esto se da, naturalmente, respecto de los daños que se sufren con relación a lo que ha sido el objeto de la obligación; pero, en tanto al tiempo de contratar hayan sido previstos otros, quedarán comprendidos en el deber de responder¹⁴¹.-

¹⁴⁰ *Ibidem*, pg. 4.-

¹⁴¹ Pothier considera necesario distinguir el incumplimiento meramente culpable de la obligación por parte del deudor, del que obedece a su dolo.- En el primer caso, “...*el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever al tiempo del contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación, pues se reputa que el deudor no se ha sometido más que a éstos*”.- Seguidamente, desarrollando este criterio, postula que “*Ordinariamente se reputa que las partes no han previsto más que los daños e intereses que el acreedor, por el incumplimiento de la obligación, podría sufrir en relación a la cosa misma que es su objeto, y no aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado además en sus otros bienes.- Es por esto, que en ese caso, el deudor no está obligado por éstos, sino solamente por aquellos sufridos con relación a la cosa que ha constituido el objeto de la obligación; damni et interesse, propter ipsam rem non habitam.*”.- Vale decir, ordinariamente, la reparación queda limitada a los daños denominados intrínsecos.- Sin embargo, luego de ilustrar lo antedicho con varios ejemplos, agrega: “*Algunas veces el deudor está obligado por los daños e intereses del acreedor, aunque extrínsecos; a saber, cuando parece que por el contrato ellos*

Pues bien, el Tribunal de Exchequer en *Hadley v. Baxendale* acogió este pensamiento –adoptado ya en el art. 1150 del Código Napoleón-, que perfilara de manera definitiva en el derecho francés una tradición jurídica que tenía sus orígenes en el derecho romano y de la que autores anteriores se habían ocupado (Dumoulin, luego Domat), importándolo.- Claramente lo explica Cueto Rúa, luego de señalar cómo dicha influencia aparece reflejada en los “reporters” del caso, en estos términos: “*La fórmula limitativa de responsabilidad establecida por el art. 1150, siguiendo las enseñanzas de Domat y de Pothier resultaba particularmente útil. Los jueces ingleses se decidieron a “inventar” una solución para Inglaterra, como dice Danzig, y encontraron que los franceses practicaban un sistema sin aparentes dificultades, que suministraba lo que ellos estaban buscando.- La regla sentada en Hadley v. Baxendale es hermana melliza de la establecida por el art.1150 del Código Napoleón.*”¹⁴².-

Igualmente Mazeaud y Tunc destacan que en el *Common Law*, en la famosa sentencia *Hadley v. Baxendale*, se ha establecido un principio comparable a la norma del art. 1150 C.C. francés¹⁴³; y que los redactores del C.C. francés reprodujeron la doctrina de Pothier¹⁴⁴.-

Cabe aquí recordar, por último, que estos principios para la limitación del daño contractual, perfilados por Pothier, también son adoptados en diversas expresiones de la tendencia a lograr uniformidad normativa o una armonización del derecho privado, lo que es demostrativo de su amplia difusión en los sistemas jurídicos¹⁴⁵.-

han sido previstos, y que el deudor se ha hecho cargo de ellos, expresa o tácitamente, en caso de incumplimiento de su obligación”(Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des Obligations*, n° 160/162, en *loc.cit.*, T° 2, pg. 76/77).-

¹⁴² Cfr. CUETO RUA, J.C., *loc.cit.*, pgs. 34, 36/37, 48.-

¹⁴³ La reforma del derecho común de los contratos, del régimen de las obligaciones y del de su prueba, introducida al Código Civil francés mediante la Ordenanza n° 2016-131 del 10 de febrero de 2016, mantiene en el art. 1231-3 el art. 1150 anterior; así dispone que el deudor sólo está obligado a los daños e intereses que han sido previstos o que podían ser previstos al momento de la conclusión del contrato, salvo cuando la inejecución es debida a una culpa grave o dolo.- Por tanto, la única modificación respecto del art. 1150 original es lo relativo a la asimilación de la culpa grave al dolo.-

¹⁴⁴ Cfr., MAZEAUD, Henri y Leon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. por Luis Alcalá Zamora y Castillo, ed. EJE, Bs.As. 1963, T° III, Vol. I, n° 2375, nota 1, n° 2375-3, pgs. 569/570.-

¹⁴⁵ En primer lugar corresponde citar la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, elaborada en el seno de las Naciones Unidas por la Comisión de UNCITRAL, adoptada por numerosos países, entre ellos la Argentina, la que recepta la regla de la previsibilidad del daño contractual en su art. 74.- También está contemplada en los principios de UNIDROIT, elaborados con el propósito de establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones

6.- La influencia de las ideas de Pothier en el *Common Law* tuvo su apogeo, claro está, en el siglo XIX.- Sin embargo, aún en la actualidad es posible encontrar referencias a sus obras en las decisiones judiciales.- Así, en un caso de Connecticut (*Cadle Co. V. Prodoti*, 716 A. 2d. 965/66, Conn. Super. 1998), relativo al curso de la prescripción de una obligación debida en cuotas, el tribunal para apoyar su decisión citó a quien calificó como un “influyente jurista francés” –Pothier, en su *Tratado de las Obligaciones*- de la siguiente manera: “*Cuando una deuda es pagadera en diversos plazos, no tengo inconveniente en sostener que el tiempo de la prescripción comienza a correr desde el vencimiento del primer término, para la parte allí exigible, y para las otras partes solamente desde el día del vencimiento de los respectivos plazos de pago...*”¹⁴⁶.-

VII.- COLOFÓN

En el techo de la biblioteca de la *Cour de Cassation* francesa están inscritos en letras doradas los nombres de grandes juristas que han dejado su huella en la historia del derecho.- Han sido escogidos tan sólo nueve, dentro de los cuales se encuentra Pothier.-

Por su parte, entre los veintitrés retratos en relieve de mármol que lucen sobre las puertas de la galería de la Cámara de Representantes en el Capitolio de Washington, que reproducen “personajes históricos destacados por su trabajo en el establecimiento de los principios que en los que subyace el derecho estadounidense”, uno de ellos pertenece a Robert Joseph Pothier.- Su figura se ubica entre las de Justiniano, Thomas Jefferson, Sir William Blackstone, etcétera.-

Esto es significativo que la trascendencia que alcanzara el jurista de Orléans no sólo ha merecido ser recordada en Francia, la nación que le vio nacer, gestar su obra jurídica y a su través, proyectarse en el derecho civil francés y en gran parte de los ordenamientos jurídicos civiles codificados europeos y americanos, sino incluso en el

económicas y políticas de los países en que vengán aplicados, haciéndoselo en su artículo 7.4.4.- En el ámbito europeo, el Proyecto de Código de Contratos del profesor Harvey Mac Gregor, preparado por encargo de la *Law Commission* británica, y cuyas soluciones pretenden aproximarse a las del Derecho Continental, igualmente contiene esta limitación al resarcimiento de los daños.- Como asimismo en su art. 9:503, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (*Principles of European Contract Law, PECL*), redactados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, más conocida como “Comisión Lando”.- Por último, más recientemente, el Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*) igualmente recoge la regla de la previsibilidad contractual en su art. 3:703.-

¹⁴⁶ Cfr. PERILLO, Joseph M., *loc.cit.*, pg. 12.-

ámbito del *Common Law*; en fin, en el derecho occidental.- Pocos son los exponentes del pensamiento jurídico que se han hecho acreedores de tal estimación.-