

## BIBLIOGRAFÍA

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

### Libros

**MUÑIZ ESPADA, Esther:** *Revisión crítica de la figura de la novación*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011, 313 pp.

La presente monografía de la Dra. Muñiz Espada pretende hacer reflexionar al lector sobre una institución jurídica clásica del Derecho civil, cuya regulación legal ha suscitado opiniones dispares en cuanto a su mantenimiento o supresión. Nos referimos a la novación, regulada de forma general en los artículos 1203 y 1204 del Código Civil. El primero prevé que las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales –novación objetiva–, sustituyendo la persona del deudor o subrogando a un tercero en los derechos del acreedor –novación subjetiva– (de hecho, dicho precepto comienza «las obligaciones pueden modificarse»); mientras que el segundo contempla la extinción de la obligación por otra que la sustituya, siempre y cuando así se declare terminantemente por las partes o la antigua y la nueva sean del todo incompatibles. De esta normativa se han originado las ya conocidas novación modificativa o impropia (cuando no tiene lugar la extinción de la obligación) y la extintiva o propia (que sí tiene efectos extintivos). Esta aparente claridad de los efectos de la novación se ve enturbiada tanto por el artículo 1156 del mismo cuerpo legal como por la propia regulación de la novación y su evolución histórica. En efecto, el Código Civil configura la novación como una forma de extinguir la obligación, luego no como una vía para modificarla; los artículos 1205 y 1206 CC, que hacen referencia a la novación del deudor, emplean los conceptos de deudor «primitivo» y «nuevo deudor», lo que parece denotar una voluntad extintiva y no meramente modificativa de la obligación; y desde un punto de vista histórico, el Derecho romano configuraba la novación como un mecanismo de extinción de las obligaciones [ver en este sentido Ulpiano, D. 46, 2, 1 pr.; «*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem (vel civilem vel naturalem itp.) transfusio atque translatio, hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur; novatio enim a “novo” nomen accepit, et a “nova” obligatione*»]. A ello puede añadirse, como bien resalta la autora, una tercera clase de novación aceptada por la jurisprudencia, la denominada «novación por especiales circunstancias de emergencia o razones de conveniencia temporal», que aumenta la confusión en torno a esta institución. Por lo tanto, la obra de la Dra. Muñiz Espada encuentra su justificación en los siguientes motivos:

a) En primer lugar, en la necesidad de analizar nuevamente la institución de la novación, pero con la voluntad de encontrar una solución definitiva a su deficiente regulación. Efectivamente, la autora constata en la Parte I de su obra que estas deficiencias no han pasado inadvertidas para la doctrina, que ha resaltado no solo la confusión terminológica del Código Civil sino también la relación existente entre la novación extintiva o meramente modificativa de la relación obligacional y la autonomía de la voluntad de las partes recogida en el artículo 1255 del Código Civil. La Dra. Muñiz parte de estas premisas y plantea de forma valiente una reclasificación del Derecho de obligaciones, una solución que permita huir de una nueva labor interpretativa de la figura de la novación y de su verdadero alcance y significado en el Código Civil. Por este motivo, la autora propone sustituir las categorías de novación objetiva y subjetiva en favor del principio de autonomía de la voluntad de las partes y de la cesión de créditos, la asunción de deuda o la delegación, respectivamente. Es decir, se trataría a nuestro juicio de hacer primar la autonomía de la voluntad en la novación objetiva y de regular convenientemente los distintos negocios jurídicos que permiten la novación subjetiva (en el lado pasivo o activo de la obligación), que por otra parte quedan enmascarados en el Código Civil bajo esta institución (así, la expromisión en el art. 1205 del Código Civil o la delegación en el art. 1206).

b) En segundo lugar, en el hecho de que nos encontramos hoy en día en un proceso de armonización del derecho contractual a nivel europeo que está teniendo un efecto indirecto en los distintos países, que se ven ante la tesitura de conservar su propio derecho o adaptar sus instituciones a las necesidades actuales del tráfico jurídico-económico. Así, esta institución no aparece contemplada de forma explícita ni en el *Draft of The Common Frame of Reference* de 2009 (DCFR, art. III.-1:108, que establece que «*A right, obligation or contractual relationship may be varied or terminated by agreement at any time*») ni en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 10 de octubre de 2011 [Instrumento Opcional, COM(2011) 635 final]. Sin embargo, este hecho ha tenido un impacto relativo en la regulación de los Estados miembros. Efectivamente, el Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones *Rapport Pierre Catalá* mantiene la novación en los artículos 1265 a 1274. Por lo tanto, el Derecho francés se basa en la regulación de esta institución en el Derecho romano, que la configuraba como un mecanismo de extinción de las obligaciones que se recogió posteriormente tanto en el *Code Civil* de Napoleón (art. 1271) como en el *Codi Civile* italiano (arts. 1230 y siguientes). Por su parte, el Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos también regula la novación (arts. 1228 a 1230), si bien no alude expresamente a la posibilidad de *modificar* las obligaciones a través de ella. En consecuencia, estos códigos no terminan de eliminar la novación como institución autónoma como sí ha sido el caso en el DCFR y el Instrumento Opcional, lo que justifica un debate sobre su mantenimiento o supresión de nuestra legislación actual.

Por estos motivos, la autora no pretende repetir lo que hasta la fecha ya se ha dicho sobre la novación sino ir un paso más allá. En efecto, el título del primer capítulo de la Parte II es ilustrativo en este sentido: «por la eliminación de la teoría de la novación de las obligaciones».

De esta manera, la Dra. Muñiz Espada pasa a analizar en los apartados II y III las razones por las que la novación debería suprimirse de nuestra legis-

lación, una vez ya contextualizada la problemática en torno a esta institución. En primer lugar, la autora estudia la novación objetiva de la obligación, en particular la relación entre dos obligaciones sucesivas y el funcionamiento ordinario que se le atribuye a la novación como un mecanismo de «creación-extinción». La autora razona la inoperatividad de un régimen propio de esta figura a partir de una serie de casos que demuestran que en última instancia la extinción de la obligación va a depender de la voluntad real de las partes conforme a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Así, por ejemplo, la suscripción por las partes de otro pacto con idénticas estipulaciones, como un reconocimiento de deuda o el establecimiento de una prueba estricta más reciente, no implica *per se* que estemos ante una novación extintiva (el reconocimiento de deuda, a lo sumo, extinguiría la prescripción de la deuda antigua, pero no crearía una nueva). Asimismo, la elevación de un contrato por escrito a escritura pública, o la complementación de esta por un acta notarial posterior, tampoco llevarían aparejadas dicho efecto novatorio. Además, en ocasiones es difícil apreciar la existencia de dicha novación, por ejemplo no siempre resulta nítida la distinción entre la simulación relativa y la novación en la sucesión de contratos cuando un documento privado prevé unas cláusulas determinadas que se ven modificadas *a posteriori* en escritura pública.

En todos estos casos la voluntad de las partes es determinante a la hora de valorar si ha existido o no una novación extintiva *ex* artículo 1204 del Código Civil, y lo mismo puede predicarse en el diferente tratamiento que reciben la teoría de la imprevisión (modificación de los términos de la obligación por circunstancias sobrevenidas) y la novación meramente modificativa, puesto que ambas presentan una misma finalidad: las partes acuerdan modificar las prestaciones derivadas del contrato a la nueva situación que ha surgido con posterioridad a la celebración del contrato, y solo cuando no ha existido un consenso pueden intervenir los remedios previstos al efecto por la legislación, como son el principio de buena fe o la intervención judicial. Una vez llegados a este punto, el lector advertirá un cambio de enfoque. Efectivamente, la obra pasa a centrarse en la autonomía de la voluntad, que realmente va a determinar la existencia o no de un nuevo contrato. Así, las partes van a poder actuar sobre la causa, las circunstancias, el objeto o las condiciones del contrato, con el único límite de que las partes no podrán llegar a desnaturalizar la esencia de las instituciones ni mantener el régimen de una determinada obligación cuando su actuación ha dado lugar al nacimiento de otra distinta. De esta forma, el elemento que corregiría la autonomía de la voluntad sería de *ius cogens* o de orden público.

Una vez demostrada la inoperatividad de la novación en la vertiente objetiva (cambio en el objeto de la obligación), la autora analiza las modificaciones subjetivas de la obligación, que tienen lugar básicamente a través de la cesión del contrato, la subrogación, la cesión de créditos, la asunción de deudas, la delegación y la expromisión. El punto de partida es si la novación subjetiva se podría configurar como una figura autónoma, y la autora constata la necesaria reestructuración del régimen legal de la novación regulando separadamente cada una las instituciones que permiten el cambio tanto del sujeto activo como pasivo de la obligación.

En definitiva, se trata de una obra muy recomendable que pretende (y consigue) distinguirse del resto que tratan la figura de la novación, ya que justifica la poca utilidad de mantener esta figura en la actual legislación desde un punto de vista práctico, con un análisis pormenorizado de los diferentes

casos que se plantean en torno a esta institución. La importancia de esta obra se justifica además por las propuestas de armonización del derecho de contratos, que no prevén la novación como una figura autónoma sino que dan una mayor importancia al principio de autonomía de la voluntad. La regulación española debería adaptarse a las propuestas de armonización del derecho contractual europeo en aras de conseguir una regulación clara y flexible, que otorgase la seguridad jurídica necesaria a las partes redundando en beneficio del tráfico jurídico-económico.

Héctor SIMÓN MORENO  
Investigador Posdoctoral de Derecho civil  
Universidad Rovira i Virgili

**SCHERPE, Jens M. (Ed.): *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, 518 pp.**

Si existe una materia que está en el centro del debate académico, de las decisiones judiciales en la práctica y de las reformas legislativas en derecho de familia ésta es la relativa a los pactos en previsión de divorcio o de ruptura matrimonial. Denominados en el derecho del *common law* anglosajón como *marital agreements*, aunque también conocidos por *pre-nuptial* o *post-nuptial agreements*, la problemática específica que plantean en estos ordenamientos ha coincidido también con la de su admisibilidad y validez para los países del derecho civil continental, a los que el primero está influenciando con intensidad. Los pactos matrimoniales ponen a prueba el sentido de la institución matrimonial, como comunidad de vida que crea entre los esposos, en cuanto a sus efectos económicos, en toda su extensión, tanto en lo relativo a la atención de las necesidades mutuas o gastos familiares, como a la participación respectiva en las ganancias obtenidas y las compensaciones debidas por las decisiones y contribuciones singulares realizadas por los cónyuges durante su vida en común, una vez finalizada ésta. Mientras que en el *civil law* la cuestión se restringe, en principio, a la admisibilidad de la elección de un régimen económico, con eficacia inmediata, modificando el legal vigente en un ordenamiento, y, sobre todo, a la renuncia o modulación de una posible compensación posdivorcio, con eficacia diferida en el tiempo, que restringiría la intervención judicial, en los ordenamientos del *common law* la cuestión adquiere un dimensión mucho mayor, afectando al conjunto de la economía familiar. En estos últimos ordenamientos, de lo que se trata es de prevenir la discrecionalidad judicial en sede de divorcio, que puede llevar a tratar todos los bienes de los cónyuges como propiedad matrimonial sujeta a división, con el objetivo de conseguir un resultado que pueda ser considerado justo o *fair*, conforme al principio de *sharing* implementado recientemente en derecho inglés, y al de *equitable distribution* norteamericano. En ambos casos, sin duda, los pactos matrimoniales suponen el ejercicio de la autonomía privada en el seno de las relaciones familiares, en su vertiente patrimonial, y plantean nítidamente cuál debe ser el ámbito de esta autonomía, esto es, bajo qué condiciones estos pactos pueden ser vinculantes y, por consiguiente, ejecutables ante los tribunales de justicia.