

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.

En el derecho anglosajón, singularmente el inglés, los tribunales tienen facultades discrecionales para decidir sobre los efectos económicos del matrimonio a su disolución por divorcio, sin sujeción a reglas de propiedad o de titularidades previas sobre los bienes de los cónyuges. Al no existir un régimen económico del matrimonio como tal, ni establecerse una tipología de bienes de los cónyuges que distinga entre ellos, al modo de privativos y gananciales, y con relación a la contribución y responsabilidad por gastos familiares, los tribunales pueden pronunciarse libremente sobre todo ello de forma conjunta, como *financial relief*, que incluiría los distintos efectos económicos del divorcio, objeto de decisión separada en derecho continental. Estos efectos, en los que no se distingue entre *property division*, o liquidación del régimen económico, y prestación compensatoria o *maintenance*, se designan también como *ancillary relief*, en la medida en que la decisión principal del procedimiento es la relativa al vínculo. Pues bien, atendida esta imprevisibilidad del resultado de los pleitos de divorcio y, por consiguiente, inseguridad jurídica en el orden patrimonial, se comprende la importancia creciente de los *marital agreements* en el mundo anglosajón, y así su influencia en los ordenamientos continentales. Con el objetivo de estudiar la materia en profundidad, la British Academy financió un proyecto de investigación desde una perspectiva comparada, liderado por el prof. Jens Scherpe, de la Universidad de Cambridge, que ha dado lugar al extenso volumen objeto de recensión.

El prof. Jens Scherpe es *Senior Lecturer in Law* en la Universidad de Cambridge y *Fellow* del Gonville and Caius College. Nacido en Alemania, con raíces también danesas, se formó en el Max-Planck-Institut de derecho privado de Hamburgo, en cuya Universidad se doctoró. Ha impartido docencia en diversas universidades fuera del Reino Unido, recientemente en la de Hong Kong, y es autor de un buen número de publicaciones de derecho privado, incluida la edición de diversas obras colectivas en materia de derecho de familia como la que nos ocupa. El proyecto de investigación sobre *marital agreements* se inició en 2007 y no se han publicado los resultados en forma de libro hasta principios de 2012. Su elaboración, que contó con la celebración de un congreso en Cambridge en junio de 2009, ha coincidido con la resolución del importante caso *Radmacher vs. Granatino* por la *Supreme Court* en octubre de 2010 [(2010) UKSC 42, del cual el propio Scherpe dio cuenta en *InDret* 2/2012], y la publicación de un *Consultation Paper* sobre *Marital Property Agreements* por la *Law Commission* en enero de 2011.

El libro se estructura en tres partes diferenciadas. En una primera parte introductoria, el prof. Scherpe presenta los objetivos del proyecto, sus principales líneas de investigación, y la metodología empleada para su ejecución, a la que sigue el cuestionario facilitado a los *reporters* nacionales para la elaboración de sus informes correspondientes. A continuación, y por orden alfabético, se encuentran los quince *reports* nacionales, relativos a las distintas *jurisdictions* u ordenamientos jurídicos de cada realidad estatal. El libro concluye con un iluminador estudio comparado sobre régimen patrimonial de la familia, pactos matrimoniales y autonomía privada del prof. Scherpe, de más de setenta páginas, que añade valor a las ya de por sí óptimas contribuciones nacionales.

La técnica de organizar un proyecto de investigación, que implica a académicos de distintos ordenamientos, con la formulación de un cuestionario que deberá ser contestado mediante un informe nacional, es habitual en las iniciativas recientes de comparación jurídica y de armonización y unificación

del derecho privado. El acierto a la hora de formular el cuestionario es determinante para el éxito del proyecto así como, por supuesto, el respeto al mismo de los distintos investigadores, como sucede en este caso. Con ello se consigue obtener una base de información común, a partir de la cual comparar realidades jurídicas distintas partiendo de información homogénea. En *Marital Agreements and Private Autonomy* los informes estatales abarcan a ordenamientos del *common law* y del *civil law*, con una presencia equilibrada entre ambos, y con trabajos de gran calidad. Las contribuciones son las siguientes: Australia (Owen Jessep), Austria (Susanne Ferrari), Francia y Bélgica (Walter Pintens), Inglaterra y Gales (Joanna Miles), punto de vista de un práctico inglés sobre pactos prenupciales, postnupciales y de separación (Mark Harper y Brett Frankle), el *consultation paper* de la *Law Commission* sobre pactos relativos a propiedad matrimonial (Elizabeth Cooke), Alemania (Anatol Dutta), Irlanda (Louise Crowley), Países Bajos (Katharina Boele-Woelki y Bente Braat), Nueva Zelanda (Margaret Briggs), Escocia (Kenneth McK Norrie), Singapur (Wai Kum Leong), España (Josep Ferrer Riba), Suecia (Maarit Jänterä-Jareborg) y Estados Unidos (Ira Mark Ellman). Se echa en falta algún ordenamiento relevante, como sería el italiano, pero la representación es más que suficiente y, sobre todo, comprende los distintos modelos como se puede regular la economía familiar. Su inclusión en el libro está por orden alfabético, pero como se advierte en la introducción, las contribuciones están escritas de modo que puedan ser leídas de forma independiente unas de las otras. Por ello, quizá es aconsejable emprender su lectura por sistemas o culturas jurídicas, del más próximo al que lo es menos al lector, y teniendo también en cuenta su evolución e influencias respectivas. Así, para un operador jurídico español sería razonable empezar por Francia y Bélgica, continuar por España y Alemania, y seguir con Austria, Holanda y Suecia. En cuanto a los países del *common law*, entre los que cabría añadir a Escocia como ordenamiento mixto, la lectura prudente sería empezar por las tres contribuciones inglesas, continuar por Escocia, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda y Singapur, y finalizar por los Estados Unidos, que comprenden a su vez una pluralidad de ordenamientos distintos, en los que coexisten estados con regímenes de gananciales (*community property*) de base española, y los de separación de bienes con origen anglosajón. Pero ello sólo si el lector pretende tener una visión completa de la obra, que también puede utilizarse claramente como manual de referencia. Es más, en mi opinión, el libro constituye un auténtico tratado de derecho patrimonial familiar comparado, en que los diferentes modelos de regímenes económicos, incluido el llamado régimen primario, los efectos patrimoniales de la crisis matrimonial, junto con la regulación de las capitulaciones matrimoniales y de los pactos en previsión de divorcio son presentados de forma precisa, comprensible y completa en las contribuciones nacionales, excelentes todas ellas. Los informes incluyen un apartado sobre conflictos de leyes, materia altamente relevante en nuestro caso, puesto que tanto el principio de inmutabilidad del régimen económico como de aplicación de la legislación extranjera no rigen en algunos ordenamientos del *common law*. En éstos, la competencia judicial determina la aplicación de la *lex fori* al divorcio en toda su extensión, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges y de las capitulaciones matrimoniales otorgadas. Un caso reciente, de 17 de febrero de 2012, resuelto por la *High Court of Justice*, y relativo a derecho catalán –(2012) EWHC 265 (Fam)–, lo pone claramente de relieve. Por contra, el proyecto no cubría el ámbito de los pactos entre convivientes en pareja de hecho. Mientras que sí se trata en el libro

de la compensación de pensiones públicas y privadas, un ámbito todavía lejano a la realidad jurídica española.

En el capítulo final del libro, el prof. Scherpe lleva a cabo un análisis de conjunto de las cuestiones planteadas, conforme a las contribuciones anteriores. Analiza, de modo comparado, las técnicas jurídicas existentes para regular la economía familiar. Contrasta los distintos regímenes económicos, expone sus diferentes tipologías y advierte de sus coincidencias, con el uso de las reglas básicas de propiedad y responsabilidad, en forma de derechos reales y de crédito, esto es, la participación en las ganancias del otro cónyuge mediante su adquisición inmediata o bien diferida a la extinción del régimen, y por partes iguales o bien en forma de compensación equitativa. En segundo lugar, trata de los efectos económicos del divorcio, también comparando las reglas vigentes en cada sistema, desde una aproximación continental «multipilar», que distingue nítidamente –en principio– entre ámbitos de la economía conyugal (régimen económico, gastos familiares, compensaciones y atribución de la vivienda), al punto de vista «holístico» anglosajón, del que resulta una distribución equitativa de los bienes de los cónyuges, todo ello con un objetivo de *fairness* y de *clean-break*. En este contexto, el prof. Scherpe, en quien coinciden con provecho la capacidad analítica y dogmática alemana con la flexibilidad casuística anglosajona, identifica una realidad material común que, sin embargo, es afrontada con técnicas de regulación altamente dispares. Sobre esta base, plantea la cuestión central atinente a los pactos matrimoniales: cuál debe ser el ámbito de autonomía de los cónyuges para modificar el régimen legal defectivo. Esto es, bajo qué requisitos pueden admitirse y ejecutarse los pactos entre cónyuges relativos a la economía familiar. Y con ello pasa a la segunda parte de su contribución, en que examina los consensos existentes para admitir la validez de un pacto matrimonial, concretados en la garantía de concurrencia de un consentimiento libre e informado así como la consecución, en el momento de ejecutarse, de un resultado justo para los cónyuges. Para ello analiza en profundidad los requisitos o *safeguards* de formación de los pactos, propuestos en los últimos años, y a los que de modo relevante contribuyeron los *Principles of the Law of the Family Dissolution* del *American Law Institute* de 2002. A los requisitos de forma, escrita o notarial según los ordenamientos, se añade el asesoramiento legal independiente, la revelación de información patrimonial así como el otorgamiento de los pactos en un periodo de tiempo prudencial anterior a la celebración del matrimonio, si son prenupciales. En cuanto al resultado *fair* o justo, se considera que los jueces deben poder entrar a valorarlo en función de las circunstancias que concurran en el momento en que se solicita la ejecución del pacto, atendido el transcurso del tiempo y la modificación de las circunstancias. Se distingue, pues, entre aspectos procedimentales o de formación del contrato, de los materiales o de control del contenido que resulta de los pactos. No es posible afirmar en todo caso y de forma previa si un pacto matrimonial será válido y ejecutable. Sin embargo, se asume la oportunidad de implementar legalmente reglas similares a las anteriores, tal como se ha hecho en el artículo 231-20 CCCat. Todo ello vinculado con la idea que el matrimonio no es una relación jurídica más entre particulares, sino que genera una comunidad de vida con efectos que, en ocasiones, escapan del ámbito de la autonomía privada. De los *marital agreements* como tales, se distinguen los *separation agreements*, que regulan las consecuencias de la ruptura conyugal una vez ésta ya ha surgido. Ambas instituciones tienen aspectos en común, sin embargo, en unos la crisis se contempla sólo como

una eventualidad mientras que en los segundos ésta ya ha surgido. En este punto, el prof. Scherpe finaliza su brillante exposición contrastando los dos ámbitos nucleares del régimen jurídico de los pactos matrimoniales, con un oportuno juego de palabras en inglés. Por un lado, se trata de la protección de la autonomía privada de los cónyuges y, por el otro, de la protección de los cónyuges de la autonomía privada: *protection of autonomy* y *protection from autonomy*.

En el libro recensionado se manifiesta el valor del trabajo académico en profundidad, las grandes empresas universitarias colectivas, que son laboriosas de producir, costosas de gestionar y difíciles de culminar, con contribuciones de autores de procedencia diversa, y que cuentan con la tenacidad de una persona que las lidera y las lleva a buen fin. Se trata de unos trabajos con los que se rinden cuentas ante las instituciones que los han financiado, en ocasiones a largo plazo, y que se han enriquecido con encuentros académicos, propiciando el debate e intercambio de ideas y forjando redes científicas para proyectos futuros. Como afirma en su prefacio Lord Wilson of Culworth, magistrado de la *Supreme Court* del Reino Unido, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective* constituye un libro de alto valor, con contribuciones precisas y claras, que utilizará durante muchos años, e invita a los académicos del resto del mundo a hacer lo propio. Esperemos que así sea también entre nosotros.

Albert LAMARCA MARQUÈS
Profesor Titular de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

SCHMIDT-KESSEL, Martin (Coord.): *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, pp. 551.

El 11 de octubre de 2011 la Comisión Europea aprobó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea y con ello un instrumento opcional de regulación de la compraventa en un ámbito transfronterizo en Europa. Este régimen se aplicaría tanto a los contratos de compraventa de cosas así como el contrato de suministro de contenidos digitales.

Conocidos autores especialistas en Derecho privado europeo y en el análisis económico de Derecho analizan en esta obra de vanguardia la propuesta de la Comisión tomando como referencia la estructura sistemática del Reglamento.

Al mismo tiempo el volumen ofrece una evaluación de las decisiones relacionadas con la propuesta sobre el fondo y las soluciones técnicas ofrecidas. De este modo, la obra resulta de gran importancia en el debate actual sobre las iniciativas legislativas más importantes en el ámbito del Derecho privado europeo y constituye un fundamento indispensable para una mejor comprensión del texto uniformizado sobre la compraventa.

En opinión del editor de la obra y profesor de la Universidad de Bayreuth especialista en Derecho de consumo, Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, la propuesta de la Comisión representa un enorme avance para los consumidores y las empresas europeas. «En los tiempos de Internet es evidente que debe