

Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfrent de tercers

Comentari a la STSJC de 10.9.2010

Gemma Rubio Gimeno

Facultat de Dret
Universitat de Barcelona

*Abstract**

Apartant-se matisadament de la doctrina jurisprudencial anterior, si bé sense admetre aquesta desviació en l'argumentació, la STSJC de 10.9.2010 determina que el control judicial sobre el conveni regulador de la ruptura matrimonial sotmès a homologació no es restringeix als acords relatius a fills menors o que els puguin perjudicar, sinó que s'estén a tots els acords sotmesos a aprovació per tal de corroborar-ne la legalitat. La decisió es basa, sobretot, en l'aplicació de l'art. 11.2 de la LOPJ i, en definitiva, condueix a establir que el jutgador d'instància no va incórrer en extralimitació pel que fa a la seva tasca fiscalitzadora del conveni. No obstant, finalment el Tribunal aprecia, a diferència de la sentència recorreguda, que la clàusula que va donar lloc a la desaprovació judicial era, després de la seva reformulació pels cònjuges, conforme a Dret i, per tant, calia homologar el conveni. L'anàlisi de la sentència permet distingir dues vessants del control de continguts del conveni regulador: el control més ampli possible que ha d'incloure, fins i tot, valoracions de conveniència econòmica i que és el que recau únicament sobre els pactes relatius als fills menors o que els puguin afectar, i el control estrictament jurídic relatiu a la resta de pactes i que únicament determina la seva conformitat respecte de l'ordenament indisponible.

Slightly moving away from previous jurisprudence, although not openly accepting any deviation from previous legal reasoning, the decision of September 10th 2010 of the Catalan Supreme Court of Justice established that the judicial review over separation agreements in the context of a marriage dissolution seeking judicial approval is not limited to the review of the content regarding minor children or clauses that could eventually damage them but also to all the agreements subject to judicial approval so that their compliance with applicable law is ensured. This judicial opinion is mostly based on article 11.2 of the LOPJ and hence allows concluding that the first instance judge acted within the scope of his jurisdiction when he reviewed the whole content of the separation agreement presented by the spouses before him. However, the court finally considered that, in contrast with the opinion appealed, the clause in the agreement that was not judicially approved, after its reconsideration by the spouses, complied with the applicable law and, hence, the separation agreement was to be judicially approved. The analysis of the judicial opinion allows distinguishing two different levels of judicial review over separation agreements: a maximum review that would subject to scrutiny the agreement's content and could even include economic considerations and that would only be applicable to clauses regarding minor children or that could affect them; and the limited judicial review regarding the other clauses of the separation agreement that should only be reviewed in order to ensure their compliance with the applicable law to them.

Title: Judicial review of the substantive content of separation agreements and their effectiveness in front of third parties. Comment on the Judicial Decision of September 10th, 2010 of the Catalan Superior Court of Justice.

Paraules clau: conveni regulador, homologació judicial, control de continguts

Keywords: separation agreement, judicial approval, control of the agreement's substantive clauses

* En record de Carlos J. MALUQUER DE MOTES que, poc abans de morir, va transmetre'm un cop més el seu mestratge en un treball sobre llibertat civil i autoregulació dels efectes de la crisi matrimonial.

Sumari

1. Introducció als fets i a les qüestions jurídiques objecte d'anàlisi en la STSJC de 10.9.2010
 - 1.1. Els fets que donen lloc a la STSJC 10.9.2010: denegació de l'aprovació judicial del conveni regulador
 - 1.2. Qüestions jurídiques que centren la doctrina jurisprudencial continguda en la sentència
2. El punt de partida: la llibertat dels cònjuges per a l'autoregulació dels efectes de la ruptura
3. La naturalesa del conveni regulador i la seva aplicació documental
 - 3.1. La naturalesa mixta del conveni regulador com a negoci jurídic familiar i com a requisit processal
 - 3.2. El conveni regulador com a títol inscriptible en el Registre de la Propietat
4. L'abast del control judicial de continguts sobre el conveni regulador
 - 4.1. Art. 78.1 CF (art. 233-3 CCCat) *versus* art. 90.2 CC
 - 4.2. Art. 78.1 CF (art. 233-3 CCCat) *versus* art. 11.2 LOPJ
 - 4.3. El control sobre les mesures relatives als fills o que els afectin: el perjudici indirecte
 - 4.4. El control sobre els acords patrimonials que afectin a interessos dels cònjuges
 - a. Control sobre els pactes contraris al dret imperatiu
 - b. Control sobre les inexactituds terminològiques
5. Eficàcia dels acords adoptats en conveni regulador homologat
 - 5.1. Eficàcia *inter partes*
 - 5.2. La qüestió concreta de la divisió de la cosa comuna i l'assumpció de pagament del deute hipotecari
6. Taula de jurisprudència citada
7. Bibliografia

1. Introducció als fets i a les qüestions jurídiques objecte d'anàlisi en la STSJC de 10.9.2010

Cal, amb caràcter previ, situar els fets i també la matèria jurídica que és objecte d'anàlisi, atès que la sentència que es comenta s'ocupa principalment d'una qüestió força concreta i, només de manera complementària o tangencial, es refereix a d'altres aspectes jurídics que estimem que no formen part de la doctrina jurisprudencial que la resolució incorpora.

No obstant aquesta concreció doctrinal i, tot i constatar que la sentència no aprofundeix excessivament en els arguments emprats ni en l'elaboració jurídica de la fonamentació, la seva anàlisi permet incidir en aspectes tan rellevants com l'abast del control judicial sobre el conveni regulador, l'eficàcia enfront de tercers dels acords continguts en conveni, el sentit del perjudici als fills menors i el possible impacte dels acords patrimonials entre els cònjuges en la producció d'aquest perjudici i finalment, les eventualitats derivades de l'exercici de l'acció de divisió de la cosa comuna gravada amb hipoteca en el marc d'un procediment de ruptura matrimonial. Tot seguit destriem les matèries; abans, però, centrem els fets i la matèria jurídica analitzada.

1.1. Els fets que donen lloc a la STSJC 10.9.2010: denegació de l'aprovació judicial del conveni regulador

La STSJC de 10.9.2010(MP: Enric Anglada Fors) resol un cas relatiu a l'aprovació judicial d'un conveni regulador. El pacte que origina la controvèrsia per manca d'aprovació judicial del conveni regulador és el que afecta a la dissolució de la comunitat sobre l'habitatge familiar.

Els cònjuges, en la proposta inicial de conveni regulador sotmès a l'aprovació del Jutjat de Primera Instància, acordaven, de resultes de l'extinció del condomini sobre l'habitatge familiar, l'atribució de la titularitat exclusiva de l'immoble al marit, sense que aquest hagués de satisfer cap quantitat per la quota del 50% adquirida i fins aleshores pertanyent a l'esposa. Aquest pacte es basava en el valor net de l'immoble un cop descomptat el valor del gravamen hipotecari subsistent; el valor net es xifrava en 0 € i, per tant, l'import a satisfer per la quota adquirida s'establí igualment en 0 €. Correlativament, s'acordava la "subrogació" del marit en les obligacions derivades del crèdit garantit amb hipoteca.

En primera instància, el Jutge aprova parcialment el conveni presentat, tot considerant que no poden ser objecte d'aprovació els pactes relatius a l'atribució de l'habitatge i a la divisió sobre el mateix pel fet de considerar-los no ajustats a Dret, ja que afecten a tercers que no són part en el procediment; en concret, es considera que els acords afecten la posició de l'entitat creditora que no ha consentit la subrogació en el deute i que, per tant, no es pot veure perjudicada per l'acord entre els cònjuges. Es practica aleshores el tràmit previst en l'art. 777.7 LEC¹ i es concedeix un termini de deu dies per a l'esmena i nova proposta d'acords. La reformulació dels mateixos, mitjançant la qual s'aclareix que la "subrogació" en l'obligació té una estricta eficàcia *inter partes*,

¹ Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil (BOE núm. 7, de 8.1.200) (en endavant, LEC).

és a dir, no afecta a la posició creditora, no aconseguix l'efecte proposat i el jutge manté la decisió de no aprovar els acords relatius a l'habitatge familiar i a la dissolució de la comunitat sobre aquest bé. A més de la denegació de l'aprovació, el jutge dicta interlocutòria d'aclariment atribuint l'ús de l'habitatge als fills menors i a la mare com a progenitor que en té la custòdia i deferint la divisió de la cosa comuna al tràmit d'execució de la sentència.

Plantejat recurs d'apel·lació, l'Audiència Provincial manté la decisió relativa a la no aprovació del conveni regulador pel que fa als acords de referència constant, si bé revoca parcialment la sentència d'instància pel que fa al contingut de la interlocutòria, atès que considera que l'autoritat judicial no pot, d'ofici, proveir mesures que excedeixin de la protecció dels fills menors. És dir, si bé considera que, en efecte, els pactes sotmesos a aprovació no s'ajusten a la legalitat i, per tant, tot i no afectar interessos dels fills menors, no poden ser homologats judicialment, determina que un cop no aprovats, la conseqüència és la seva estricta eficàcia relativa privada entre els atorgants però sense que procedeixi la intervenció supletòria del jutge sobre les matèries objecte dels pactes no aprovats. La conclusió que es desprèn de la sentència de l'Audiència és que, atesa la limitació que el Dret civil català imposa en matèria de modificació del conveni regulador, l'autoritat judicial no pot, d'ofici, modificar el conveni regulador en allò relatiu als acords estrictament patrimonials però sí que pot controlar-ne la legalitat.

Contra la SAP Barcelona de 28.4.2009, s'interposa recurs de cassació davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que confirma essencialment la doctrina de l'Audiència Provincial, si bé acaba considerant que, en realitat, el pacte en qüestió no afecta als drets de tercers i, per tant, hauria d'haver estat aprovat, tal com finalment resulta del pronunciament de l'estimació del recurs de cassació.

1.2. Qüestions jurídiques que centren la doctrina jurisprudencial continguda en la sentència

La principal qüestió doctrinal objecte d'anàlisi en la sentència que es comenta es refereix, doncs, als límits que l'ordenament imposa al control judicial sobre el contingut del conveni regulador acordat pels cònjuges en el procediment de ruptura matrimonial. Constatat el plantejament restrictiu del legislador català respecte de l'abast del control judicial del conveni regulador, i, per contraposició, almenys aparent, a la regulació estatal, el Tribunal valora si la denegació de l'homologació del conveni únicament es pot esdevenir en casos de perjudici als drets i interessos dels fills menors o si bé s'ha d'estendre també al control de la legalitat dels pactes, fins i tot els patrimonials que no afectin als fills. És aquesta la matèria que constitueix la *ratio decidendi* de la sentència i, per tant, en aquesta qüestió centrarem el comentari.

Entenem que les valoracions incorporades a la sentència relatives a la llibertat civil dels cònjuges en l'autoregulació dels efectes de la ruptura i a la disponibilitat de drets respectius i, sobretot, les que es contenen sobre la distinció entre deute i càrrega real en relació al fenomen de la subrogació en l'obligació garantida amb hipoteca formen part de l'*obiter dicta* de la sentència. No obstant, atès l'interès de les reflexions jurisprudencials aportades, ens detindrem breument també en aquests aspectes.

2. El punt de partida: la llibertat dels cònjuges per a l'autoregulació dels efectes de la ruptura

La sentència parteix de l'ampli reconeixement legal i jurisprudencial de l'autonomia negocial dels cònjuges i recull d'aquesta manera la doctrina expressada en sentències anteriors (principalment es refereix a la STSJC de 18.9.2008 i, per remissió d'aquesta, a la STSJC de 19.7.2004 i a la de 4.10.2001, a la que caldria afegir-ne de posteriors, com la STSJC de 28.1.2010. Aquesta autonomia es projecta en el temps anterior i posterior a la ruptura.

Certament, les relacions patrimonials entre els cònjuges han constituït l'àmbit propici per al desplaçament de l'autonomia de la voluntat en el context del dret de família, lluny de la tuïció pròpia de la disciplina legal dels menors o de les pròpies relacions personals entre cònjuges. Cal palesar, però, que l'afirmació de l'expressió de l'autonomia de la voluntat en l'àmbit de les relacions familiars indefectiblement s'acompanya de la reflexió sobre els límits que cal imposar a la mateixa (ROCA TRÍAS, 2006, pp. 2108 i ss.).

El conveni regulador, com a instrument paradigmàtic d'autoregulació dels efectes de la ruptura matrimonial, va ser introduït l'any 1981². Ja en aquell moment, la doctrina assenyalava que si bé no es podia considerar plenament com un contracte, atès que depenia de la seva posterior aprovació judicial, sí suposava una ampliació evident de la llibertat civil en aquest àmbit (DÍEZ-PICAZO, 1984, p. 79).

La figura, lògicament, ha subsistit, però a ella se suma una ampliació evident dels continguts tradicionals d'altres figures, com són els capítols matrimonials o, per extensió, les escriptures públiques no capitulars, en previsió de futura ruptura que, finalment, han obtingut un desenvolupament legal *ex art. 231-20 CCCat*. Cal assumir com una dada estadística certa que en el cas de Catalunya els pactes en previsió de futura ruptura han incidit de manera rellevant en l'importantíssim increment sostingut de capitulacions matrimonials atorgades al llarg de l'última dècada (LAMARCA *et al.*, 2003, pp. 3 i 15). Respecte d'aquest tipus d'acords, també esmentats en la sentència comentada, un sector de la doctrina s'ha mostrat reticent a la seva plena admissió pel fet de considerar que potencialment poden suposar una mercantilització del matrimoni i sobretot, una restricció a la llibertat de fer cessar el vincle (CABEZUELO, 2004 o BERCOVITZ, 2003) o en general, afavorir l'abús per part del cònjuge econòmicament fort sobre el feble, arribant a viciar el consentiment prestat a l'acord en previsió de futura ruptura. En realitat, algun dels arguments esgrimits, com el relatiu a l'eventual interferència que aquests pactes puguin suposar sobre la llibertat de dissoldre la unió, són reversibles (GOBERG, 2000, pp. 1254 i ss.), atès que l'existència de gravosos drets legals post-ruptura indisponibles poden resultar certament dissuasoris de la decisió lliure d'acabar amb el vincle respecte del cònjuge patrimonialment fort.

² Llei 30/1981, de 7 de juliol, amb la que es modifica la regulació del matrimoni del Codi Civil i es determina el procediment a seguir en les causes de nul litat, separació i divorci (BOE núm. 7, de 20.7.1981).

D'altra banda, en el context actual de quasi plena integració de la dona al mercat de treball, resulta una mica estrany admetre que el matrimoni pugui constituir un mitjà de vida institucionalitzat per a aquella persona que lliurement decideix abandonar tota ocupació remunerada i passar a dependre econòmicament d'una altra [vegeu PÉREZ MARTÍN (2009, p. 39)]. El principi general ha de ser el de l'autosuficiència econòmica dels cònjuges després de la ruptura, com es recull en el Principi 2:2 dels *Principles Regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses* (2004) promoguts per la *Comission on European Family Law* encapçalada per Katharina BOELE-WOELKI o que fins i tot ha estat positivitzat per algun ordenament com l'alemany (§ 1569 BGB). S'entén que en casos de dependència intensa, el límit indisponible s'ha de situar en la noció de prestació alimentària i en el perjudici dels fills menors, però poca cosa més, tal com finalment ha aclarit el legislador català de 2010 (art. 231-20 CCCat en relació als arts. 232-7, 233-16, 233-21.3 i 234-5 CCCat).

Així mateix, i malgrat que sovint s'identifiqui un cònjuge com a dèbil, cal palesar que això no el converteix en un ésser assimilat al menor d'edat al que s'hagi de protegir més enllà de la seva voluntat lliurement expressada –veurem en l'epígraf 4 que precisament aquest és l'argument que la doctrina fa valer per excloure també de l'art. 90 CC, malgrat la dicció literal del precepte, la possibilitat de desaprovació judicial dels acords greument lesius per a un cònjuge- ni tampoc se'l pot protegir com si es tractés d'un consumidor enfront d'un empresari, malgrat que en força supòsits, efectivament, un cònjuge predisposi l'acord i l'altre s'hi adhereixi. La superació dels recels ha de venir donada per l'aplicació de les cauteles jurídico-tècniques que garanteixin la plena llibertat dels atorgants en la formació i prestació del consentiment negocial mitjançant el recurs a la doctrina del consentiment informat i requerint la necessària intervenció notarial en la seva vessant d'assessorament tuitiu; també de la fixació, tal com s'ha esmentat, de drets mínims indisponibles i, a més, en la possibilitat excepcional d'instar la revisió judicial de la validesa i l'eficàcia dels acords al moment de fer-los valer mitjançant l'aplicació de fórmules assimilades a la clàusula *rebus sic stantibus*. Aquesta és l'orientació adoptada pel legislador català i que confirma l'àmplia admissió jurisprudencial i doctrinal dels *prenuptial agreements* especialment a Catalunya però també a l'Estat espanyol [vegeu, entre d'altres, LÓPEZ BURNIOL (1999, p. 22); EGEA (2003, pp. 452 i ss.); GARCÍA RUBIO (2003, pp. 1657 i ss.), BARRAL (2004), PÉREZ MARTÍN (2009) o REBOLLEDO (2008, p. 747)].

En l'actualitat, doncs, i a partir de l'admissió de la validesa general dels negocis familiars atorgats en contemplació de situacions de crisi matrimonial [vegeu PINTO (2010, pp. 40 i ss.)], podem parlar d'una gradació d'instruments d'autoregulació de la ruptura que van des dels pactes en previsió de futura ruptura (art. 231-20 CCCat) fins els acords assolits després de la ruptura i homologats judicialment (art. 233-2 CCCat), incloent els pactes fora de conveni regulador posteriors a la crisi (art. 233-5 CCCat); respecte d'aquests últims és més discutida la seva plena admissió en l'àmbit del dret estatal si bé a partir de la STS de 22.4.1997 [vegeu MARÍN (1997, pp. 955 i ss.)], el criteri majoritari és el d'admetre la seva plena validesa i eficàcia negocial, matisant únicament els supòsits en què la incorporació al conveni regulador s'estableixi per les parts com a condició d'eficàcia de l'acord.

Els acords pre-ruptura poden finalment convertir-se en acords continguts en conveni regulador si afecten a les matèries pròpies d'aquest risc de, si aquesta incorporació no es produeix, entendre'ls novats pels pactes assolits un cop esdevinguda la ruptura i això, malgrat la dicció literal de l'art. 233-5 CCCat ("l'acció per demanar-ne el compliment es pot acumular a la de nul·litat, separació i divorci"). S'entén que la possibilitat d'una invocació posterior, tant dels acords pre-ruptura com dels acords assolits fora de conveni regulador, es refereix únicament a aquelles matèries que no hagin estat objecte de pacte en el procediment de ruptura, tal com s'esdevenia en el cas de la citada STS de 22.4.1997.

Sigui com sigui, si bé cal assumir la gradació d'instruments per a l'organització d'una crisi matrimonial, actual o futura, cal concloure que, referits a certs aspectes, tots ells desembocaran necessàriament en la sentència que declari la nul·litat, separació o divorci, i que el jutge exercirà, aleshores, el control formal i de continguts corresponent.

3. La naturalesa del conveni regulador i la seva aplicació documental

La doctrina s'ha ocupat de reflectir la naturalesa mixta del conveni regulador com a negoci jurídic de dret de família i, per tant, com a producte de l'autonomia de la voluntat, i com a requisit processal en procediments consensuals de ruptura matrimonial (CORDERO, 2004, pp. 30 i ss.). D'altra banda, tot i que no ha estat una qüestió doctrinalment pacífica, la Direcció General dels Registres i del Notariat ha establert que el conveni regulador és títol inscripció al Registre de la Propietat pel que fa a les situacions jurídic-reals que creï, modifiqui o extingui.

El present comentari no es concep com un estudi doctrinal aprofundit de la figura del conveni regulador però ens cal presentar el perfil jurídic de la institució per tal de poder determinar quin és l'encaix de l'activitat judicial de control i, per a això, ens cal considerar un triple punt de vista: el que presenta al conveni regulador com a eina d'autoregulació; el que el destaca com a requisit processal en procediments consensuals de ruptura matrimonial i, finalment, el que, en un àmbit més restringit, es refereix al seu caràcter de títol públic adequat per a la inscripció registral. Avançant conclusions, podem dir que els dos primers punts de vista permeten sostenir un control judicial molt restrictiu sobre el conveni presentat a aprovació; el tercer punt de vista, en canvi, necessàriament conduirà a una ampliació de l'activitat judicial de control o filtre del document. Això és així perquè el control judicial sobre el conveni regulador presenta dues vessants ben diferenciades: un control el més ampli possible, que inclou consideracions jurídiques però també econòmiques, i que és el que ha de recaure només sobre les clàusules relatives a fills menors, i un altre control estrictament jurídic sobre la legalitat d'allò pactat i que afecta tots els acords sotmesos a homologació. Caldrà, doncs, contradir la doctrina jurisprudencial i doctrinal que literalment determina que no tot el conveni regulador és objecte de l'activitat judicial de control i subsegüent aprovació o desaprovació, i entendre que tots els acords són susceptibles de desaprovació, si bé les causes que la poden motivar seran diverses segons el tipus d'acord sotmès a homologació. Ho veiem tot seguit en aquest epígraf i en el següent.

3.1. La naturalesa mixta del conveni regulador com a negoci jurídic familiar i com a requisit processal

Ja l'any 1984, poc després de la introducció de la figura en l'ordenament estatal, es definia el conveni regulador partint d'una doble consideració: com a negoci jurídic de dret de família i com a requisit processal (LÓPEZ BURNIOL, 1984, pp. 48 i ss.). Des del punt de vista negocial, se'l caracteritzava ja aleshores com a negoci transaccional, caracterització aquesta que trobem esporàdicament en la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 23.12.1998) i també en doctrina recent (PÉREZ MARTÍN, 2009, p. 163).

En d'altres ocasions, s'ha obviat o negat el caràcter transaccional dels acords continguts en conveni regulador, optant per una caracterització molt més genèrica com a negoci jurídic de dret de família (SSTS de 15.2.2002 o 22.4.1997). Es posa en evidència en aquests casos que, respecte de les transaccions judicials i a diferència del que s'esdevé respecte dels convenis reguladors sotmesos a homologació, el jutge no entra a valorar la conveniència de l'acord i únicament examina si els acords compleixen els requisits formals i materials de validesa exigits per l'ordenament (TAMAYO, 2003, p. 532), en definitiva, s'efectua un control de legalitat sobre els acords transaccionals (VIOLA, 2003, pp. 238 i ss.).

D'altra banda, el seu caràcter contractual fa que siguin vinculants per a les parts amb independència de què hagin estat sotmesos a aprovació judicial o de què aquesta aprovació s'hagi efectivament esdevingut, tot i mancar, aleshores, d'eficàcia processal en el procediment consensual de ruptura (PINTO, 2010, pp. 46 i 47). El legislador català ha assumit aquesta dada sense dificultat en incorporar, al Llibre II del CCCat, la regulació dels pactes assolits entre els cònjuges ja esdevinguda la ruptura i fora de conveni regulador (art. 233-5 CCCat). En aquest sentit, la força obligatòria de qualsevol acord no resulta de la seva aprovació judicial, sinó de la pròpia autonomia de la voluntat que hi ha donat lloc (art. 1091 CC), i aquest aspecte no planteja especialitats en l'àmbit negocial familiar. El dubte que sorgeix immediatament és el de la causa del negoci, sobretot quan en el conveni es contenen cessions de béns que aïlladament podrien entendre's emparades en una causa gratuïta, però que, en el conjunt dels acords assolits pels cònjuges, es poden, en canvi, valorar en clau onerosa (LLOPIS, 2006, p. 423). Aquesta ambivalència ha motivat la referència a la causa familiar com a causa típica negocial de determinats acords translatius en aquests contextos, diversa de la gratuïta o onerosa que es troba en els negocis estrictament patrimonials (DORIA, 1996, pp. 297 i ss.).

Per part nostra entenem que cal assumir el caràcter transaccional del conveni regulador justament pel que fa als acords patrimonials als quals arribin els cònjuges, ja que és aquesta naturalesa la que justifica el control que el jutge pot exercir sobre els acords sotmesos a homologació i, en atenció a aquest control, la seva consideració com a títol inscripció en el Registre de la Propietat.

Així, pel que fa als acords patrimonials que excedeixen del contingut mínim necessari del conveni regulador, el control es limita, precisament, a determinar-ne la legalitat, atès que aquests

acords assoliran el caràcter de cosa jutjada un cop ferma la resolució judicial que posi fi al procediment; aquest control de legalitat és precisament el que exerceix el jutge en casos de transacció judicial (art. 19 LEC) en què també s'esdevé el tràmit d'homologació que amb caràcter especial prediquem del conveni regulador. Aquest control no es refereix a la justícia de l'acord i, per tant, no entra a determinar qui en surt beneficiat o perjudicat, sinó que es limita a verificar el compliment dels requisits legals imprescindibles que en cada cas limitin la llibertat negocial dels atorgants. Per tant, s'ha de procedir a l'homologació dels acords, de conformitat amb el citat art. 19 LEC, "tret que la llei el prohibeixi o estableixi limitacions per raons d'interès general o de perjudici de tercer". En canvi, respecte dels acords que afectin als fills menors, el control judicial excedeix del propi d'un acord merament transaccional, ja que descendeix a la conveniència subjectiva de l'acord per als subjectes afectats i dignes d'una protecció especial. Reprendrem breument la qüestió en el proper epígraf.

A la caracterització negocial del conveni, s'hi afegeix la seva vessant com a requisit processal. En efecte, de conformitat amb els arts. 233-2 CCCat (antic art. 77 CF) i 777.2 LEC, les peticions de separació o divorci presentades de comú acord per ambdós cònjuges, o per un amb el consentiment de l'altre, s'han d'acompanyar de la proposta de conveni regulador que incorporarà el contingut mínim imposat per la legislació civil. Finalment, la plena eficàcia de l'acord, en el marc del procediment consensual de ruptura, dependrà de la seva ratificació pels cònjuges *ex art. 777.3 LEC*; la manca d'homologació del conveni no el privarà de validesa i eficàcia, si bé el desproveirà de títol immediatament executiu i assimilarà aquests acords a aquells que hem referit com a pactes fora de conveni regulador segons la previsió actual de l'art. 233-5 CCCat. En qualsevol dels casos, tant si s'esdevé l'homologació com si no, els acords assolits no afectaran terceres persones diferents dels atorgants (CORDERO, 2004, pp. 118 i ss.), aspecte que també resulta rellevant respecte del cas que resol la sentència que comentem. En efecte, el motiu de desaprovació del conveni en primera i segona instància va ser, essencialment, l'afectació a drets de tercers no intervinents en l'acord celebrat entre els cònjuges. Ens ocuparem de la qüestió en l'epígraf 5.

3.2. El conveni regulador com a títol inscripció en el Registre de la Propietat

L'altre aspecte rellevant en el cas que comentem és l'aplicació documental del conveni regulador com a títol inscripció al Registre de la Propietat pel que fa a les situacions jurídico-reals que creï, modifiqui o extingeixi, en el nostre cas, com a resultat de l'extinció de la comunitat ordinària existent fins al moment de la ruptura matrimonial sobre l'habitatge familiar. El tema que en el seu moment es va plantejar va ser si el testimoni judicial del conveni regulador era títol suficient per a la inscripció en el Registre de la Propietat o si bé, en canvi, calia el posterior atorgament d'escriptura pública prèvia a la petició d'inscripció registral. Es partia del caràcter privat de l'acord i del fet que la seva homologació judicial no el feia equivalent als documents públics als efectes de complir amb el principi de titulació formal (art. 3 LH)³. No obstant, les Resolucions del

³ Decret de 8 de febrer de 1946 pel que s'aprova la nova redacció oficial de la Llei Hipotecària (BOE n. 58, de 27.2.1946) (en endavant LH).

Registre i del Notariat (en endavant, RDGRN) de 25.2.1988, 9.3.1988 i 10.3.1988, recentment citades per la de 27.9.2010, van concloure que, en efecte, el conveni regulador homologat judicialment era títol inscripció suficient. L'argumentació era molt simple, i justament per això criticada per alguns autors (LLOPIS, 2006, pp. 392 i ss.): el conveni regulador és incorporat a la sentència de separació o divorci i la sentència és títol inscripció segons l'esmentat art. 3 LH. Tanmateix, d'altres resolucions han negat la suficiència del títol en cas que concorrien requisits formals específics, com és el cas de les donacions contingudes en conveni regulador (RDGRN de 31.1.2005).

Els recels doctrinals a la plena admissió del conveni regulador com a títol inscripció suficient venen donats, precisament, per la diversa activitat de control sobre l'acord que en cada cas s'esdevé –confrontant la intervenció notarial en l'atorgament de l'escriptura pública al limitat control judicial respecte dels acords patrimonials incorporats al conveni regulador-. Sembla evident, però, que l'activitat d'homologació judicial ha de tenir en compte la inscripció del document resultant i, per tant, el control jurídic sobre els acords patrimonials sense repercussió en els fills esdevé ineludible. Des d'aquest punt de vista, es justifica que la sentència comentada insisteixi en diverses ocasions en què el conveni presentat a aprovació ha de ser aprovat, “atès que, després de les modificacions introduïdes per les mateixes parts, no es considera contrari a dret”; aquestes modificacions aclarien que el marit es feia càrrec del pagament del deute garantit amb hipoteca, si bé la “subrogació hipotecària” –com impròpiament la refereix el conveni- tenia únicament efectes entre els atorgants, sense transcendir al creditor hipotecari. En sentit contrari, sense aquesta modificació, que, insistim, considerem que no va ser prou acurada, cal inferir que el pronunciament del TSJC hagués estat divers i, per tant, més enllà del cas concret, es determina que el control que exerceix el jutge en homologar un conveni regulador és un veritable control de legalitat sobre tots els acords sotmesos a aprovació, assimilable, aleshores, al notarial. És a dir, els acords judicialment homologats haurien de gaudir de la presumpció de legalitat i de validesa que atribuïm al document autoritzat notarialment, sens perjudici de què, a l'hora d'instar la ulterior inscripció, s'apreciïn motius de denegació, com s'esdevé respecte dels acords, autoritzats notarialment, que finalment hagin de ser subsanats per la via d'un nou acord ara sí, formalitzat en escriptura pública i novament presentat a inscripció. Així, la citada RDGRN de 31.1.2005 (La Ley 24232/2005) va confirmar la qualificació del Registrador de denegar la inscripció d'un conveni regulador en el que s'acordaven determinades cessions patrimonials pel fet de considerar que l'acord presentava contradiccions que impedièren conèixer el contingut exacte del mateix i el resultat de les atribucions patrimonials pactades. La doctrina ha advertit que la precipitació amb la que sovint es redacten aquests documents dóna lloc a clàusules obscures (LLOPIS, 2006, p. 406). Un control judicial més rigorós sobre l'acord hauria evitat aquesta situació. Creiem, doncs, que aquest és el plantejament que cal acollir rebutjant opcions de mínims que excloguin de tot control judicial els acords patrimonials i que exposin a aquests acords a antieconòmiques vicissituds posteriors que en mermin la seva plena eficàcia i oposabilitat.

4. L'abast del control judicial de continguts sobre el conveni regulador

L'activitat de control judicial del contingut del conveni regulador sembla topar, inicialment, amb un sostre molt baix. A partir del reconeixement de la llibertat de pacte entre els cònjuges, manifestable abans i després de la crisi matrimonial, l'expressió legal d'aquella activitat sembla restringir-la a la protecció dels interessos dels fills menors, sense possibilitat d'intervenció, encara que sigui negativa –no aprovant el conveni–, sobre qualsevol altre acord incorporat al conveni. Fins i tot, la dicció literal utilitzada en el precepte relatiu a l'aprovació judicial del conveni remet a un mandat adreçat al jutge comminant-lo a validar els acords lliurement i conscientment assolits pels cònjuges. Aquest mandat és encara més intens en l'àmbit del dret de família català si el contraposem amb la previsió estatal però és justament aquesta contraposició la que dona la clau d'entrada al control, també possible, sobre els acords sense repercussió en els fills. Ho analitzem tot seguit.

4.1. Art. 78.1 CF (art. 233-3 CCCat) *versus* art. 90.2 CC

La literalitat de l'antic art. 78.1 CF que aplica la sentència (i de l'actual art. 233-3 CCCat) sembla, de manera força inequívoca, restringir el control judicial sobre el conveni regulador a la revisió dels acords que puguin perjudicar els interessos dels fills menors. Sovint aquest precepte ha estat objecte de comparació amb el seu homòleg estatal, l'art. 90.2 CC [vegeu BAYO (2000, p. 386)]. Aquest últim precepte estén el control judicial als acords greument perjudicials per a un dels cònjuges ampliant l'activitat judicial sobre el conveni regulador. Així, la STSJC de 19.7.2004, comparant ambdues regulacions, conclou: "Como se ve, la regulación no coincide y la específica previsión de desaprobación del convenio regulador cuando se descubren consecuencias gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges queda extramuros de la legislación catalana, quizás más preocupada por la libertad individual de contratación pero sin tener en cuenta lo que antes se decía sobre los momentos de especial tensión en que son concluidos la mayoría de estos pactos". Aquesta reflexió és literalment reproduïda en la STSJC de 18.9.2008 i en diverses sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona, si bé en alguns casos amb cita errònia de la STSJC de 4.10.2001 com a resolució de la qual prové l'extracte (en la recorreguda SAP de Barcelona de 28.4.2009 i en les SSAP de Barcelona de 22.12.2009 i de 11.2.2010).

No obstant, aquesta diferència de règim general que es desprèn de l'esmentada jurisprudència i doctrina, i que permetria contraposar la solució del Dret de família català respecte de l'estatal, és desmentida per la doctrina i la jurisprudència relatives a l'estudi i aplicació de l'art. 90.2 CC. En efecte, a partir de diverses RDGRN (31.3.1995, 11.11.1995, 1.9.1998, 5.2.2003, 6.9.2005) i també de la doctrina continguda en les SSTS de 21.12.1998, de 15.2.2002 i de 30.6.2003 es conclou que, en aplicació de l'art. 90 CC, el control judicial únicament recau sobre els pactes que afectin als fills o a aspectes sostrets a l'autonomia de la voluntat, sense que el jutge hagi de controlar, des del punt de vista econòmic, els pactes exclusivament patrimonials celebrats entre els cònjuges. Pel que fa a la doctrina, aquesta s'ha ocupat de precisar que, en contra de la dicció literal de l'art. 90.2 CC, els acords patrimonials celebrats entre els cònjuges i continguts en conveni regulador no se subjecten al control judicial que permet no aprovar-los en cas de perjudici greu per a un dels atorgants. En

aquest sentit, es determina que la no aprovació només és procedent quan un acord de contingut patrimonial celebrat entre els cònjuges sigui susceptible de perjudicar els interessos dels fills menors (TORRERO, 2006, pp. 31 i ss.); també (CORDERO, 2004, pp. 82 i ss.).

De tota manera, algunes d'aquestes resolucions barregen dos aspectes que han de ser destriats. D'una banda, s'afirma que els acords patrimonials entre els cònjuges no han de ser homologats judicialment amb caràcter necessari; d'altra, s'afirma, en ocasions –cas de la RDGRN de 5.2.2003 – que, en realitat, no totes les clàusules del conveni regulador son objecte de l'aprovació judicial, ja que aquesta només recau sobre els acords relatius als fills. Aquesta distinció és plenament necessària a l'objecte del nostre comentari perquè és, precisament, la que separa la doctrina continguda en la sentència comentada de la que es despenia dels pronunciaments anteriors del TSJC.

En tot cas, i com a conclusió del present epígraf, cal establir que les regulacions catalana i estatal de l'activitat d'homologació judicial del conveni són, en realitat, assimilables. Ni en aplicació d'un dret ni de l'altre el jutge pot denegar l'homologació d'un conveni regulador motivant que els acords celebrats són greument lesius per als interessos d'un dels cònjuges.

4.2. Art. 78.1 CF (art. 233-3 CCCat) versus art. 11.2 LOPJ

Com hem indicat, l'objecte que centra el treball jurisprudencial en la sentència que es comenta es refereix a una qüestió ben concreta: determinar si la tasca de control que el jutge exerceix sobre el conveni regulador, i que conduirà a la seva aprovació o a la denegació de la mateixa, únicament es limita a aquells acords que puguin comprometre negativament l'interès dels fills menors o bé s'estén a qualsevol pacte que s'estimi contrari a l'ordenament.

El dubte sorgeix de la dicció literal de l'art. 78.1 CF –“El conveni regulador esmentat per l'art. 77 ha d'ésser aprovat judicialment, llevat en allò que sigui perjudicial per als fills”-, literalitat que en aquest punt no ha variat essencialment en l'art. 233-3.1 CCCat –“Els pactes adoptats en conveni regulador han d'ésser aprovats per l'autoritat judicial, llevat dels punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors”. El mandat del legislador s'expressa en uns termes que semblen restringir negativament i subjectivament la tasca de control judicial sobre el conveni regulador; negativament perquè els únics acords que el jutge podrà no aprovar són els que no siguin conciliables amb l'interès dels fills menors i, subjectivament, perquè únicament es protegeix l'interès d'aquests subjectes, els fills menors.

La conseqüència és, doncs, que l'òrgan judicial no pot modificar ni instar la modificació *ex art. 777 LEC*, d'aquells aspectes patrimonials acordats pels cònjuges en conveni regulador, atès que resten fora de l'àmbit d'intervenció judicial permès per la llei (antic art. 78.1 CF i actual art. 233-3.1 CCCat, citats). La qüestió rau, aleshores, en determinar si malgrat no poder modificar aquests acords d'ofici, pot denegar la seva aprovació si els pactes no s'ajusten a la legalitat. Aquest és el plantejament de l'Audiència provincial que resol el recurs contra la decisió d'instància: revoca parcialment la resolució pel fet de considerar que s'ha extralimitat acordant d'ofici aspectes de

dret patrimonial que no afecten als fills i, alhora, manté la manca d'aprovació del conveni pel fet de considerar que aquests acords no s'ajusten a la legalitat. La potestat judicial per a no aprovar els citats acords es basa, per al Tribunal, en l'aplicació de l'art. 11.2 LOPJ⁴, que imposa a jutges i tribunals el rebuig de les pretensions que comportin abús de dret o frau de llei o processal. Considerem que fóra més encertat basar el control de legalitat que ha d'exercir el jutge sobre tots els pactes incorporats al conveni en la naturalesa transaccional del mateix pel que fa als acords patrimonials sobre matèries plenament disponibles i, per tant, a l'empara del ja citat art. 19 LEC, que situa el límit del conveni en la llei imperativa, l'interès general o el perjudici de tercer. En definitiva, aquest control no incideix en la lesió als interessos dels cònjuges i en aquest sentit sí que és netament diferent del que s'exerceix sobre els pactes relatius a fills menors o que els afectin, però això no vol dir que els altres pactes no siguin objecte de control.

La sentència objecte de comentari considera que la doctrina que incorpora no contradiu la que resulta de pronunciaments anteriors (concretament, la que es desprèn de les SSTSJ de 4.10.2001, de 19.7.2004 i de 10.7.2006, però això no és ben bé del tot cert. Aquestes sentències parteixen d'un àmbit objectiu de control restringit als acords que afectin als fills, tot considerant que la resta de pactes no són objecte de l'activitat de control atès que no hi ha obligació de sotmetre'ls a homologació. Per tant, la sentència que comentem, si bé no contradiu obertament la doctrina anterior, sí la matisa decididament, establint que la tasca del jutge no comporta la necessària aprovació dels pactes continguts en conveni regulador si aquests no són lesius per als fills; la desaprovació també procedeix en el cas d'acords no ajustats a la legalitat i que, per tant, infringeixen els límits de l'autonomia de la voluntat: "És a dir, no es pot aprovar qualsevol clàusula que contingui el conveni, encara que no danyi ni perjudiqui de cap manera als fills, atès que en el conveni regulador de la separació o divorci en absolut hi caben pactes contraris al dret, és a dir, els que vagin en contra de la llei, de la moral o de l'ordre públic, o que afectin algun dels principis generals del nostre ordenament jurídic" (FD Segon, apartat 3). Plenament coincident amb els precedents jurisprudencials, això sí, és la doctrina que reafirma, com no podria ser d'altra manera, que el jutge ha d'aprovar el conveni tot i descobrir pactes greument perjudicials per a un dels cònjuges.

Finalment, allò que escapa de ple al control judicial no són els aspectes jurídics dels acords patrimonials entre els cònjuges, sinó la valoració econòmica dels mateixos quan aquesta no afecta als fills. Així, el perjudici econòmic és irrellevant quan afecta a un dels cònjuges, ja que aquest perjudici és el resultat de l'exercici de la seva llibertat civil com a contractant plenament capaç.

4.3. El control sobre les mesures relatives als fills o que els afectin: el perjudici indirecte

Un breu apunt només sobre l'eventualitat d'un perjudici per als fills menors derivat d'un acord patrimonial entre els cònjuges. La STSJ objecte de comentari assumeix que l'adjudicació de la totalitat de l'immoble al marit/pare, tot i que la custòdia s'atribueixi en exclusiva a la mare, no implica perjudici per als fills. Crida l'atenció, no obstant, que cap de les instàncies que examinen,

⁴ Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial (BOE n. 157, de 2.7.1985) (en endavant, LOPJ).

i en el seu cas deneguen o concedeixen l'homologació del conveni regulador presentat, pariment en el fet que el conveni, en cap dels seus apartats, prevegi el domicili on residiran habitualment els fills menors, de curta edat a més.

Certament, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar no forma part del contingut mínim necessari del conveni regulador, atès que la necessitat d'habitatge pot ser coberta d'altres maneres, com per exemple, mitjançant el pagament d'una pensió alimentària que satisfaci en diners aquella necessitat. El CCCat resulta molt clar en aquest extrem (arts. 233-20.4 i 233-21.1 CCCat) i el mateix es despenia de l'art. 83 CF. És cert, a més, que la ruptura no limita les facultats dispositives dels cònjuges sobre els béns de la seva titularitat, que ja abans de la crisi podien haver-los alienat de comú acord sense intervenció judicial. De tota manera, la connexió entre l'ús de l'habitatge familiar i el perjudici potencial als fills menors és clara i així es reflecteix en les esmentades normes. El legislador de 2010, en incorporar la figura del pla de parentalitat, ha establert l'obligatorietat dels progenitors d'indicar el lloc o llocs on viuran els fills habitualment, i aquesta menció s'entén que també havia de concórrer en relació a la legislació anterior, tot i que no es contenia la previsió expressa, tal com així s'entén respecte de l'ordenament estatal (PÉREZ MARTÍN, 2009, p. 224). Aquesta dada es troba a faltar en el conveni regulador sotmès a aprovació en el cas que estudiem, i hauria permès una via de desaprovació precisament connectada amb l'extinció de la cotitularitat sobre l'habitatge familiar i la facultat reconeguda al cònjuge adjudicatari no custodi d'instar el llançament de la seva ex-esposa i fills de l'immoble en execució de la sentència de divorci en el termini dels tres mesos posteriors a la presentació de la demanda de divorci. La doctrina s'ha ocupat d'evidenciar els imprecisos perfils de la noció de l'interès del menor (RIVERO, 2007, pp. 61 i ss.), però és evident que l'omissió assenyalada exigia, almenys, l'atenció del jutgador als efectes de corroborar que estava coberta la necessitat d'habitatge d'uns menors que en el moment de la ruptura tenien tres i un any respectivament, i tenint en compte que la prestació alimentària mensual a càrrec del progenitor no custodi es va acordar i també aprovar judicialment en la suma total de 400 €.

A més, el propi TSJC, en una sentència de 19.7.2004, en aplicació de l'art. 78 CF (art. 233-3 CCCat), s'ha referit al perjudici indirecte als fills derivat d'estipulacions patrimonials que afecten a drets dels cònjuges: "daño que -eso sí- puede ser directo o indirecto, deviniendo éste de un grave desequilibrio económico sobre el cónyuge que lo tiene a su cuidado". Entenem que aquest podria ser el cas plantejat i sotmès, d'ofici, a consideració judicial.

4.4. El control sobre els acords patrimonials que afectin a interessos dels cònjuges

a. Control sobre els pactes contraris al dret imperatiu

Fent recapitulació de tot el que s'ha dit, cal concloure que el control sobre els acords patrimonials que afectin únicament interessos dels cònjuges es restringeix a la verificació de què no s'han transgredit els límits de l'autonomia de la voluntat i de què s'han respectat les normes de dret imperatiu i els drets de tercers. No procedirà cap altra valoració que tingui contingut econòmic i que pugui basar-se en l'eventual perjudici, greu o no, que l'acord pugui causar en un dels atorgants. Aquest és el sentit de l'expressió que fa servir el legislador quan estableix que "[e]ls

pactes adoptats en conveni regulador han d'ésser aprovats per l'autoritat judicial, llevat dels punts que no siguin conformes a l'interès dels fills" (art. 233-3 CCCat). L'interès dels fills menors és prioritàriament atenedible pel jutge; en canvi, l'interès dels cònjuges no és objecte de consideració judicial al temps d'aprovar o desaprovar un conveni regulador. Aquesta és la solució, a més, que trobem en les formulacions de principis generals en l'àmbit del dret de família, ja sigui en els principis 1:6 i 1:7 dels *Principles regarding divorce and Maintenance between former spouses* (2004) ja esmentats o en el 2.06 dels *Principles of the law of family dissolution* (2000) de l'*American Law Institute* (els coneguts principis ALI).

Això no exclou que el dret imperatiu continuï sent-ho i que, per tant, ni les parts, al presentar els acords, ni especialment el jutge, en homologar-los, puguin obviar-ne l'aplicació.

b. Control sobre les inexactituds terminològiques

En el cas sotmès a la decisió del TSCJC, el principal obstacle a l'aprovació judicial residia, sobretot, en una qüestió terminològica. Les parts acordaven que el marit s'adjudicà la totalitat de l'habitatge conjugal, fins aleshores en cotitularitat proindivís amb l'esposa, compromentent-se aquell a assumir el pagament total del préstec garantit amb hipoteca. L'acord inicial al·ludia a la "subrogació hipotecària" que s'esdevenia en virtut de l'acord. El Jutjat de Primera Instància i l'Audiència van entendre que no es podia apreciar que existís veritable subrogació si no concorria el consentiment del creditor i, per aquest motiu, i considerant que es perjudicaven drets de tercers, no homologaven l'acord presentat. En el tràmit corresponent de modificació del conveni, els cònjuges van presentar una nova redacció de l'acord que aclaria que "la subrogación hipotecaria sólo tiene efectos entre los otorgantes, sin trascender al acreedor hipotecario". Això no va ser suficient per als jutjadors d'instància però sí per al TSJC encara que, de fet, persistia una inexacta utilització del llenguatge perquè l'expressió "subrogació hipotecària" es refereix, precisament, a l'operació novatòria del deute garantit amb hipoteca.

De tota manera, com aclarirem a continuació, l'acord en qualsevol de les seves dues versions -la inicial i l'esmenada-, per deficient que fos la redacció emprada, no podia perjudicar els drets del creditor si aquest no havia prestat el preceptiu consentiment a l'operació de subrogació en el deute; tanmateix, el control de legalitat que s'ha d'exercir sobre tots els acords presentats a aprovació exigeix que la seva formulació sigui adequada a les intencions dels contractants, evitant els ja esmentats eventuals problemes d'inscripció del títol i tenint en compte que els acords tenen força executiva i difícilment podran ser objecte de revisió en un nou plet entre les parts.

És doncs pertinent que la tasca de control judicial incorpori, no en clau d'assessorament ni de proposta, unes activitats que no formen part de la tasca judicial, sinó d'estricta desaprovació motivada i concessió del tràmit de modificació del conveni *ex art. 777.7 LEC*, qüestions terminològiques que facilitin al màxim la plena eficàcia de l'acord i assegurin, en la mesura del possible, que el consentiment negocial s'ha format adequadament -és evident que no té la mateixa transcendència patrimonial acordar una veritable subrogació hipotecària que una mera assumptió del pagament del deute garantit amb hipoteca, especialment per aquell cònjuge que

ha fet pràctica renúncia a la seva quota en la propietat de l'immoble-. En definitiva, si el legislador ha permès als cònjuges, per raons d'economia evidents, depurar en el procediment de ruptura qüestions que transcendeixen estrictament els efectes immediats de la crisi –com ho és l'acumulació de l'acció de divisió de la cosa comuna *ex arts. 232-12 i D.A. 5a CCCat-*, cal entendre que el conveni regulador compleix amb les mateixes garanties que s'aplicarien si l'acció s'hagués exercitat al marge del procediment matrimonial.

5. Eficàcia dels acords adoptats en conveni regulador homologat

5.1. Eficàcia *inter partes*

Amb independència de què el conveni sigui homologat o no, l'eficàcia dels acords patrimonials assolits sempre serà *inter partes*, sense repercussió en terceres persones que no hagin prestat el seu consentiment a l'acord celebrat (CORDERO, 2004, p. 118), en aplicació del principi *res inter alios acta ex art. 1257 CC*.

Sovint els autors s'ocupen de l'eficàcia dels acords no homologats judicialment (PINTÓ, 2010, pp. 45 i ss), si bé en realitat, a nivell de qualificació negocial, la incorporació al conveni regulador i l'homologació judicial no afegeixen res als acords celebrats. Ara bé, l'homologació judicial de l'acord, tal com es va considerar en la STS de 18.10.1994, revesteix al pacte de forma pública i per tant, dóna fe, enfront tercers, de la data del mateix *ex art. 1227 CC*. Evidentment, això no suposa que puguin veure's afectades posicions jurídiques nascudes abans de l'acord ni tampoc que l'acord sigui oposable a tercers si no és per la via de la ulterior publicitat registral. En aquest sentit, l'assumpció del pagament de qualsevol deute del qual en siguin obligats tots dos cònjuges, en virtut d'un acord incorporat a un conveni regulador, ja sigui un préstec garantit amb hipoteca, un préstec personal o les quotes d'escolarització dels fills, entre d'altres molts supòsits plantejables, no limita els drets de tercers.

5.2. La qüestió concreta de la divisió de la cosa comuna i l'assumpció de pagament del deute hipotecari

Pel que fa al supòsit concret que dóna lloc a l'acord no homologat en primera i segona instància, i finalment aprovat per decisió del TSJC, val a dir que resulta absolutament freqüent a la pràctica que un dels ex cònjuges es faci càrrec del pagament íntegre del préstec garantit amb hipoteca, sense que l'acord pel qual aquest pagament total sigui efectuat només per un dels codeutors transcendeixi al creditor o, més exactament, aquest manifesti un consentiment novatori alliberador d'un dels deutors. La raó econòmica del pacte sol tenir relació amb l'atribució al pagador del dret d'ús sobre l'habitatge però, evidentment, poden ser d'altres les raons que ho justifiquin, com s'esdevé en el cas que motiva la sentència comentada; si un dels cònjuges es fa amb la titularitat exclusiva d'un immoble gravat per una hipoteca, és ben raonable que sigui aquest cònjuge qui assumeixi el pagament del préstec que amb aquella càrrega real es garanteix. La sentència distingeix així les nocions de deute i càrrega real, aclarint que la subrogació en aquesta no implica la correlativa en aquell, tret que concorri el consentiment del creditor *ex arts.*

118 LH i 1205 CC.

El cònjuge, propietari exclusiu arran de la divisió acumulada al procediment de ruptura a l'empara de l'art. 43 CF (actual art. 232-38 CCCat), esdevé subjecte passiu de la hipoteca [sobre el concepte de subjecte passiu de la hipoteca, vegeu DEL POZO, 2010, p. 546]; contra ell es dirigirà l'acció real *ex art.* 104 LH, però ambdós progenitors continuen obligats personalment en virtut del deute en el seu dia contret i en aplicació de l'art. 105 LH, que manté inalterada la responsabilitat patrimonial universal dels obligats per deute garantit amb hipoteca. El resultat és, doncs, que el patrimoni de l'ex-esposa pot ser objecte d'embargament en cas d'impagament del deute garantit, malgrat que l'actual propietari hagi assumit enfront d'ella el pagament total del mateix, mitjançant una assumpció no de deute, sinó de compliment, i sens perjudici de l'acció de repetició i de reclamació d'eventuals danys i perjudicis que assistirà a l'ex-esposa. L'assumpció en el compliment s'ha considerat en ocasions com una fase de l'assumpció de deute (RESCIGNO, 1958, pp. 32 i ss.), però pot perfectament ésser considerada com un negoci jurídic complet (ADAME, 1996, pp. 244 i ss.), com sembla que s'esdevé respecte de l'acord sotmès a aprovació en el cas que analitzem. Respecte d'aquest acord, es va imposar, però, la ja esmentada correcció terminològica, consistent en aclarir, si bé amb terminologia impròpia, que l'acord comportava justament una assumpció de pagament i no una novació subjectiva del deute.

Certament en aquests casos no hi ha perjudici per a tercers atès que la posició d'aquests roman inalterada. La ruptura o el conveni regulador no poden causar modificació en els drets de tercers no intervinents en el procediment. Un cas ben evident en aquest sentit és el que es planteja en supòsits de precari sobre l'habitatge familiar. La jurisprudència del Tribunal Suprem, des de la famosa STS de 26.12.2005 fins a la més recent de 18.1.2010, s'ha ocupat d'establir que el conveni homologat judicialment no és susceptible d'alterar la situació de titularitat real preexistent a la ruptura i el legislador català finalment ha convertit en norma jurídica aquesta doctrina jurisprudencial (art. 233-21.2 CCCat). El paral·lelisme és clar respecte de la situació que planteja la sentència comentada: el conveni regulador no causa novació en cap relació jurídica, sigui obligatòria o real, preexistent respecte de terceres persones alienes als acords.

Pel que fa a la divisió de l'habitatge en comunitat, certament un dels comuners, l'esposa, no rep cap quantitat per la quota cedida al marit, si bé es podria mantenir el caràcter oneros de la transmissió extintiva de la comunitat justament atesa la subrogació en el pagament del deute que grava l'immoble. Així ho va considerar la RDGN de 29.7.1999. En el cas que examinem, el valor net de les quotes dels dos comuners es xifrava en 0 € atesa la importància del gravamen, que absorbia el valor del bé; des del punt de vista econòmic, l'acord fàcilment podria ser qualificat com a greument perjudicial per a l'esposa que, privada d'una titularitat real (la quota del 50% sobre el que fou l'habitatge familiar), no se li atribuïa l'ús de l'immoble, no era compensada econòmicament i, a més, continuava obligada enfront l'entitat creditora. No obstant, aquesta apreciació resultava del tot irrellevant als efectes de l'homologació judicial del conveni. L'esposa feia un "mal negoci" en exercici de la seva llibertat comercial i essent plenament capaç. El propi TSJC en la sentència de 19.7.2004 valorava críticament la norma continguda en l'art. 78 CF, atenent a la "especial tensión en que son concluidos la mayoría de estos pactos. Quizás hubiera

sido preferible –hablamos de lege ferenda- seguir la línea trazada por la legislación común, pero ha sido ésto lo querido por el legislador catalán, que clara y tajantemente ha dicho que el convenio deber ser aprobado con la excepción del daño a los hijos (...). Recordem, però, que el dret estatal (“dret comú” segons l’expressió habitual en les sentències que comentem), d’acord amb la interpretació jurisprudencial i doctrinal que hem referit, tampoc permet la desaprovació de pactes greument lesius per a un cònjuge si d’aquests no en resulten perjudicis per als fills menors. Com hem dit, les regulacions, malgrat l’aparent diferència en les formulacions respectives, són normativament assimilables.

Per tant, així les coses, la sanció era clara als efectes de l’aprovació judicial del conveni regulador sotmès a homologació pel que fa a la legalitat de l’assumpció de pagament acordada pels cònjuges –si bé, insistim, hauria calgut suprimir l’expressió “subrogació hipotecària”- i és que necessàriament havia de ser concedida, en no contravenir cap norma imperativa ni presentar possibilitat efectiva, encara que pogués ser pretesa, de causar perjudici en terceres persones no intervinents en l’acord.

6. Taula de jurisprudència citada

Sentències del Tribunal Suprem

<i>Resolució i data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
1ª, 18.10.1994	RJ 7722	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 22.4.1997	RJ 3251	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 21.12.1998	RJ 9649	Pedro González Poveda
1ª, 23.12.1998	RJ 9758	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 15.2.2002	RJ 1619	Jesús Corbal Fernández
1ª, 30.6.2003	RJ 5751	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 26.12.2005	RJ 2006\180	Encarnación Roca Trías
1ª, 18.1.2010	RJ 1274	Encarnación Roca Trías

Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

<i>Resolució i data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
Sala de lo Civil i Penal, 4.10.2001	RJ 2002\6949	Lluís Puig Ferriol
Sala de lo Civil i Penal, 19.7.2004	RJ 5534	Guillermo Vidal Andreu
Sala de lo Civil i Penal, 10.7.2006	La Ley 181594	Carlos Ramos Rubio
Sala de lo Civil i Penal, 18.9.2008	RJ 2009\1726	Carlos Ramos Rubio

Sala de lo Civil i Penal, 28.1.2010	RJ 1486	Maria Eugènia Alegret Burgues
-------------------------------------	---------	----------------------------------

Sentències d'Audiències Provincials

<i>Resolució i data</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
SAP Barcelona, Civil, Sec. 11 ^a , 28.4.2009	JUR 393259	Pascual Martín Villa
SAP Barcelona, Civil, Sec. 18 ^a , 22.12.2009	JUR 2010\1805	Anna Ma García Esquiús
SAP Barcelona, Civil, Sec. 12 ^a , 11.2.2010	JUR 147147	Pascual Martín Villa

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN)

<i>Data</i>	<i>Ref.</i>
25.2.1988	RJ 1321
9.3.1988	RJ 2528
10.3.1988	RJ 2529
31.3.1995	RJ 8086
11.11.1995	La Ley 24232
1.9.1998	RJ 6593
29.7.1999	RJ 6085
5.2.2003	RJ 2268
31.1.2005	La Ley 24232
6.9.2005	RJ 9799
27.9.2010	RJ 5142

7. Bibliografia

Miguel Ángel ADAME MARTÍNEZ (1996), *Asunción de deuda en Derecho civil*, Comares, Granada.

Inmaculada BARRAL VIÑALS (2004), "Estructura tradicional per a continguts moderns: els capítols avui", a VV. AA., *Nous reptes del Dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitària, Girona, pp. 523-538.

Joaquín BAYO DELGADO (2000), "Comentari a l'art. 78 CF", en Joan EGEA i Josep FERRER (Dirs.); Albert LAMARCA i MARQUÈS, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Grupo Anaya, Madrid, pp. 385 i 386.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2003), "Retroactividad del régimen económico del

matrimonio", *Aranzadi Civil*, núm. 1, pp. 1837-1838.

Iciar CORDERO CUTILLAS (2004), *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (Estudio jurisprudencial)*, Aranzadi, Navarra.

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (2004), "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?", *Aranzadi Civil*, núm. 18, pp. 2375-2394.

Luís DíEZ PICAZO (1984), *Familia y derecho*, Civitas, Madrid.

Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA (2010), *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 3ª ed., Marcial Pons Librero, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

Giovanni DORIA (1996), *Autonomia privata e "causa familiare". Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano.

Joan EGEA FERNÁNDEZ (2003), "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", a VV. AA., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Civitas, Madrid, pp. 4551-4574.

Antonio GÁLVEZ CRIADO (2007), *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

María Paz GARCÍA RUBIO (2003), "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 56, núm. 4, pp. 1653-1674.

Charlotte K. GOLDBERG (2000), "If it ain't broke, don't fix it: premarital agreements and spousal support waivers in California", *Loyola Law Review of Los Angeles*, Vol. 33, pp. 1245-1274.

Albert LAMARCA MARQUÈS, Esther FARNÓS AMORÓS, Albert AZAGRA MALO i Mireia ARTIGOT GOLOBARDES (2003), "Separació de béns i autonomia privada familiar a Catalunya: Un model pacífic sotmès a canvi?", *InDret 4/2003* (www.indret.com).

Juan Manuel LLOPIS GINER (Coord.) (2006), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid.

Juan José LÓPEZ BURNIOL (1984), "Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales", a Pedro Juan VILADRICH BATALLER (Dir.), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 45-66.

Antonio Javier PÉREZ MARTÍN (2009), *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales*.

Convenio regulador. Procedimiento consensual, Lex Nova, Valladolid.

Cristóbal PINTO ANDRADE (2010), *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona.

Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (2008), "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial", a Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO (Coord), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. 1. Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 735-755.

Encarna ROCA TRÍAS (2006), "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis", a Juan Manuel ABRIL CAMPOY i María Eulalia AMAT LLARI (Coords.), *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, València, pp. 2107 -2140.

Silvia TAMAYO HAYA (2003), *El contrato de transacción*, Civitas, Madrid.

Isabel VIOLA DEMESTRE (2003), *El contrato de transacción en el Código civil*, Dykinson, Madrid.