

## **EL ANIMAL DE COMPAÑÍA COMO OBJETO JURÍDICO ESPECIAL**

### **Su estudio específico en la comunidad de bienes**

**Joaquina García Hernández**

Segundo Premio del Ilustre Colegio Notarial de Castilla La Mancha

Universidad de Murcia

**Resumen:** Los animales de compañía carecen de un tratamiento acorde a los rasgos diferenciales que como cosa presentan, produciéndose disfunciones cuando se convierten en objeto de la estricta aplicación de normas patrimoniales. Es así necesaria una reinterpretación adaptativa del sistema que, al margen de la estéril cuestión de la personificación, permita alcanzar soluciones técnicas y coherentes a los conflictos que el valor extrapatrimonial de estos bienes genera. Especialmente nítida es la ineptitud de las normas que regulan la división de la comunidad de bienes, cuya rígida aplicación conduciría a la división económica de la mascota –que, en la mayor parte de casos, carece de valor patrimonial en sentido absoluto- y al reparto de su precio.

**Palabras clave:** animales de compañía, valor extrapatrimonial, comunidad de bienes, división.

**Title:** The pet as special legal object – specifically study in community of property-

**Abstract:** *Pets lack of legal treatment in line with their peculiar characteristics. This fact causes conflicts when rules on transfer of property are applied. It is necessary to adapt the legal system to find a technical and coherent resolution to difficult situations created by their non economic or financial value. The rules on property distribution are particularly problematic because they lead to the sale of the animal and the distribution or sharing out of the price.*

**Keyword:** *pets, property distribution, division, extra-patrimonial value.*

**SUMARIO.** 1. PARTE GENERAL: EL ANIMAL-COSA. 1.1. La evolución de la posición jurídica de os animales y los márgenes o límites del derecho civil patrimonial. 1.1.1

*La evolución jurídica de la protección animal en el ámbito comunitario. 1.1.2. Derecho civil comparado. 1.1.3. La protección jurídica del animal en el ámbito comunitario. 1.1.3.1 La protección jurídico-penal del animal. A) La progresiva ampliación de su tutela. B) La reconfiguración del bien jurídico protegido. 1.1.3.2. El estatuto jurídico-civil vigente. 1.2. El valor extrapatrimonial del animal de compañía. 1.3. Los animales como objetos de derecho ¿necesidad de una nueva categorización? 2. PARTE ESPECIAL: EL ANIMAL DE COMPAÑÍA COMO COSA COMÚN. 2.1 La adquisición de su propiedad en comunidad. 2.1.1. Formas adquisitivas generales. 2.1.2. Formas adquisitivas específicas. A) La accesión. B) Comunidad convivencial y más en concreto en relaciones more uxorio. C) La usucapión de cuota. 2.2 El problema de la división. 2.2.1 Premisa. 2.2.2 Ejecución de la división. 2.3. La indivisibilidad de la comunidad sobre animal de compañía. 3. CONCLUSIONES. 4. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA. 5. BIBLIOGRAFIA.*

## **1. PARTE GENERAL: EL ANIMAL – COSA**

### **1.1 La evolución de la posición jurídica de los animales y los márgenes o límites del derecho civil patrimonial**

La categorización jurídica de la realidad a lo largo de la historia ha evolucionado conforme lo ha hecho la sociedad. De la misma forma que hoy se considera bien lo que antes no lo era –los inmateriales, por ejemplo- en el pasado hubo cosas que dejaron de serlo como tal. Desde la antigüedad se equiparaban determinadas personas a poco más que objetos, incluso en sistemas con un derecho tan complejo como el Romano, los esclavos eran considerados *res mancipa*. Sin embargo, ello no supuso que fueran equiparados al resto de bienes de forma absoluta, arbitrándose paliativos para su *status* dominical incluso en la época arcaica. Los esclavos eran, por tanto, objetos de derecho que recibían una tutela adicional, tutela que fue creciendo hasta derivar en su personificación. Así, dentro de la categoría de cosas, algunas, dados los distintos rasgos que frente al resto presentan, pueden ser objeto de una consideración específica de la que resulten dotadas de una protección diferencial.

Actualmente, puede hablarse de una evolución jurídica en materia de protección animal y de avances tanto comunitarios como internos. Los primeros han tenido lugar a través tanto de normas de derecho originario como de derecho derivado, siendo los últimos producto del derecho penal y el administrativo sancionador, ramas que han acabado afrontando la actualización del animal como objeto de tutela.

#### **1.1.1. La evolución jurídica de la protección animal en el ámbito comunitario**

La tendencia genérica de los marcos jurídicos nacionales que integran la Unión Europea es de la de un paulatino aumento de la intensidad de la protección jurídica otorgada a los animales. Esta tendencia ha desembocado en un correlativo progreso dentro del ámbito comunitario, que se ha producido a través del reconocimiento por el Derecho originario del bienestar animal como valor o interés jurídico, por un lado, y de la

promulgación de un importante número de directivas<sup>1</sup> y reglamentos<sup>2</sup> – Derecho derivado-, por otro.

Uno de los primeros precedentes de los que parte esta evolución es el reconocimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1986 de la necesidad de ponderar "*la protección de la salud y la vida de los animales*" en la formulación y aplicación de ciertas políticas comunitarias, considerándola una cuestión relacionada con el interés público<sup>3</sup>.

Sobre la base de dicho reconocimiento, en 1992 se incorporó al Tratado de la Unión Europea (TUE), también llamado Tratado de Maastricht, una Declaración aneja que invita a "*tener plenamente en cuenta (...) las exigencias en materia de bienestar de los animales*" en la creación y

---

<sup>1</sup> Directiva 2008/119/CE, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a las normas mínimas para la protección de terneros. Directiva 91/630/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1991, relativa a las normas mínimas para la protección de cerdos. Directiva 2001/88/CE, de 23 de octubre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/630/CEE, relativa a las normas mínimas para la protección de cerdos. Directiva 98/58/CE, del Consejo, de 20 de julio, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas. Directiva 1999/74/CE, del Consejo, de 19 de julio de 1999, por la que se establecen las normas mínimas de protección de las gallinas ponedoras. Directiva 2007/43/CE, del Consejo, de 28 de junio de 2007, por la que se establecen las disposiciones mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne. Directiva 93/119/CE, del Consejo, de 22 de diciembre, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza. Directiva 2009/158/CE del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a las condiciones de policía sanitaria que regulan los intercambios intracomunitarios y las importaciones de aves de corral y de huevos para incubar procedentes de terceros países (Texto pertinente a efectos del EEE). Directiva 92/65/CEE del Consejo, de 13 de julio de 1992, por la que se establecen las condiciones de policía sanitaria aplicables a los intercambios y las importaciones en la Comunidad de animales, esperma, óvulos y embriones no sometidos, con respecto a estas condiciones, a las normativas comunitarias específicas a que se refiere la sección I del Anexo A de la Directiva 90/425/CEE. Directiva del consejo de 24 de noviembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos. Directiva 2003/65/ce del parlamento europeo y del consejo de 22 de julio de 2003, por la que se modifica la Directiva 86/609/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) nº 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar animal. Reglamento (CE) nº 1/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y operaciones conexas, por el que se modifican las Directivas 64/432/CEE y 93/119/CE y el Reglamento (CE) nº 1255/1997, que deroga la Directiva 91/628/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1991. Reglamento (CE) nº 1255/97 del Consejo de 25 de junio de 1997 sobre los criterios comunitarios que deben cumplir los puntos de parada, modificado por el R (CE) nº 1040/2003 del Consejo de 11 de junio y el R (CE) nº 1/2005, de 22 de diciembre. Reglamento (UE) nº 817/2010 de la comisión, de 16 de septiembre de 2010, por el que se establecen disposiciones específicas de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1234/2007 del Consejo, por lo que respecta a los requisitos para la concesión de restituciones por exportación en relación con el bienestar de los animales vivos de la especie bovina durante su transporte. Reglamento (CEE) nº 2092/91 del Consejo, de 24 de junio de 1991, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios.

<sup>3</sup> Sentencia Reino Unido contra Consejo, Asunto 131/86 (1988) ECR 905: examina un supuesto en el que es de aplicación la Directiva sobre gallinas ponedoras, refiriéndose en concreto a la política agrícola.

aplicación de legislación comunitaria sobre determinadas materias<sup>4</sup>. Como tal Declaración, al no formar realmente parte del Tratado y no estar sometida a la ratificación de los Estados Miembros, carecía de valor jurídico, así como de efectos vinculantes.

A partir de 1997, con la firma del Tratado de Ámsterdam, el bienestar animal se convierte en una política transversal de la Unión Europea, incluyéndose en él un Protocolo Adicional en el que ya no se aconseja sino que se ordena la realización de la ya mencionada ponderación de las exigencias del bienestar de los animales en los mismos supuestos previstos por el Tratado de Maastricht<sup>5</sup>.

El artículo 239 del Tratado de Ámsterdam -que pasa a ser el 311 en el posterior texto consolidado- parece que otorgaba a los Protocolos anexos al Tratado el mismo valor jurídico que a los preceptos que conformaban su texto articulado al establecer de forma expresa que "*serán parte integrante del mismo*"<sup>6</sup>. Sin embargo, esta equivalencia fue negada por el TJUE en la sentencia resolutoria del asunto *Jippes*<sup>7</sup> en 2001, que considera en su fundamento de derecho 73<sup>8</sup> que el citado protocolo no establece un principio general del Derecho Comunitario y en su fundamento de derecho

---

<sup>4</sup> Declaración (nº 24) relativa a la protección de los animales: La Conferencia invita al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, así como a los Estados miembros, a tener plenamente en cuenta, al elaborar y aplicar la legislación comunitaria en los ámbitos de la política agrícola común, de los transportes, del mercado interior y de la investigación, las exigencias en materia de bienestar de los animales.

<sup>5</sup> Protocolo 33: LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES, DESEANDO garantizar una mayor protección y un mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles, HAN CONVENIDO en la disposición siguiente, que se incorporará como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: Al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura, transporte, mercado interior e investigación, la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.

<sup>6</sup> Artículo 239 (posterior 311 en el texto consolidado) del Tratado de Ámsterdam: Los protocolos que, de común acuerdo entre los Estados miembros, serán incorporados como anexos al presente Tratado serán parte integrante del mismo.

<sup>7</sup> STJUE de 12 de julio de 2001 en el asunto C-189/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beroep voor het bedrijfsleven). Esta petición fue planteada por un tribunal holandés encargado de resolver un litigio entre la Sra Jippes y dos secciones de una asociación holandesa de protección animal, que cuestionaban la obligatoriedad de sacrificar a seis cerdos de la primera, impuesta por la legislación europea-holandesa promulgada a efectos de hacer frente a un brote de fiebre aftosa, por un lado, y el Ministro de Agricultura, Gestión de los Recursos Naturales y Pesca, por otro, que defendía la validez de la legislación en la que se basaba la orden de sacrificio en cuestión: el artículo 13 de la Directiva 85/511/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1985, por la que se establecen medidas comunitarias de lucha contra la fiebre aftosa (DO L 315, p. 11; EE 03/39, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 90/423/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990 (DO L 224, p. 13), así como la Decisión 2001/246/CE de la Comisión, de 27 de marzo de 2001, por la que se establecen las condiciones para el control y la erradicación de la fiebre aftosa en los Países Bajos en aplicación del artículo 13 de la Directiva 85/511 (DO L 88, p. 21) en su versión modificada por la Decisión 2001/279/CE de la Comisión, de 5 de abril de 2001 (DO L 96, p. 19).

<sup>8</sup> 73. Por lo que se refiere al Protocolo, de su propio tenor literal se desprende que no establece un principio general del Derecho Comunitario con un contenido claramente determinado que se imponga a las instituciones de la Comunidad (...).

74<sup>9</sup> que tampoco puede deducirse del Tratado un principio de aplicación general. Es mucha la doctrina que comenta de forma crítica la citada sentencia<sup>10</sup> y que alude a la evidencia de la errónea interpretación que del proceso constitutivo de 1997 hace<sup>11</sup>.

Esta inseguridad acerca del valor que había de darse al protocolo 33 finaliza con la inclusión del bienestar animal en el artículo 13 del Tratado de Lisboa en el año 2007<sup>12</sup>, de la que se puede predicar su carácter constitucional<sup>13</sup>. Si bien su texto no parece haber sufrido grandes cambios en relación con el del previo protocolo, el Tratado de Lisboa introduce en su parte dispositiva<sup>14</sup> el carácter de "*seres sensibles*", suprimiendo así de forma imperativa la categoría de animal-cosa, y amplía las políticas afectadas, añadiendo la de pesca, la espacial y la de desarrollo tecnológico<sup>15</sup>.

El citado precepto, hoy en vigor, condiciona la validez del derecho comunitario derivado y la del nacional relacionados con las materias mencionadas por el mismo –a excepción de las precisiones que el propio

---

<sup>9</sup> 74. Un principio de aplicación general tampoco puede deducirse del Tratado, que (...) no contiene una obligación clara, precisa e incondicional, ni de la Declaración n. 24, superada por el Protocolo y redactada de manera aún menos vinculante que éste.

<sup>10</sup> Vid. LUDWIG, R. & O'GORMAN, R., *A Cock and Bull Story? Problems with the Protection of Animal Welfare in EU Law and Some Proposed Solutions*, Journal of Environmental Law Vol. 20 N.º 3 p. 366-370 (2008).

<sup>11</sup> «el Tribunal (...) cree que el Protocolo se limitó a "codificar" el *statu quo* previo del derecho comunitario que se limitaba a sentencias sobre la salud y la vida de los animales dictadas al amparo del artículo 36 (antiguo artículo 30) del Tratado (...). Sin embargo, en el Protocolo, el bienestar animal tiene un tratamiento muy distinto ya que en esta jurisprudencia no se examina, ni mucho menos, si tiene rango constitucional, sino simplemente si una sociedad democrática puede legislar sobre la materia (...). Para ello, además, en contra de lo que expresamente dice el Tratado, el Tribunal de Justicia dio menos valor a lo que está en un Protocolo que a lo que está en el articulado del Tratado, aunque el texto del Tratado diga rotundamente lo contrario». ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *Bienestar Animal: Legislación Ejecución y Control. Capítulo 7 La Constitucionalización de la dignidad y el bienestar de los animales. Su valor como principio general del derecho de rango constitucional*, Apartado tercero: Los Tratados Constitutivos. El Tratado de Lisboa. Los animales como seres "sensibles". p. 33.

<sup>12</sup> El Tratado de Lisboa de 2007 entra en vigor el 1 de diciembre de 2009 y modifica los dos tratados vigentes hasta el momento: El Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (nombrado posteriormente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). El tratado de Lisboa introduce en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea un nuevo artículo 13 que reza lo siguiente: Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.

<sup>13</sup> Al margen de la denominación dada a los Tratados Constitutivos, jerárquicamente éstos ocupan la cúspide del Ordenamiento jurídico europeo, cumpliendo una función similar a la de las constituciones en cada Estado miembro, de ahí que el TJUE los llame "carta constitucional básica" (STJUE 294/83 Los Verdes contra el Parlamento Europeo, de 23 de abril de 1986).

<sup>14</sup> Pues dicha consideración venía contemplada anteriormente en el Preámbulo del Tratado de Ámsterdam, siendo su naturaleza la de un mero razonamiento interpretativo no vinculante.

<sup>15</sup> Es en extremo llamativo que no se aprovechara la ampliación de las políticas afectadas para incorporar la comercial a la citada enumeración, pues los conflictos producidos por normas comerciales comunitarias como el Reglamento No. 3254/91 por el que se prohíbe la importación de pieles de animales cazados con ceos o la Directiva 83/129/CEE por la que se prohíbe la importación de pieles de bebés foca son ya de sobra conocidos.

artículo realiza-. Así pues, cualquier norma comunitaria o nacional que en absoluto ponderara las exigencias del bienestar animal, infringiéndolo, podría ser declarada nula por el TJUE. No obstante, siendo su eficacia la propia de "*disposiciones de aplicación general*"<sup>16</sup>, es más difícil sostener que pueda servir, por sí sola, como base para la promulgación de normas comunitarias en materia de protección animal, es decir, la inclusión del bienestar animal como disposición de aplicación general lo convierte en política transversal pero no en política autónoma<sup>17</sup>. La Unión únicamente puede dictar normas de bienestar animal en el seno de otras más amplias sobre alguna de las políticas enumeradas en el citado artículo.

En suma, el artículo 13 contempla un principio general del derecho de rango, que reconoce como valor el bienestar animal y cuya eficacia -interpretativa y reguladora- sólo alcanza a las políticas comunitarias en él mencionadas. No pesa hoy sobre el legislador comunitario ni sobre los Estados miembros la obligación de garantizar el bienestar animal, pero sí de la de realizar un análisis o estudio acerca del impacto que sobre el mismo tiene todo proyecto normativo que esté vinculado con la agricultura, la pesca, el transporte, el mercado interior, la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, cuyos resultados han de ser posteriormente ponderados en relación con los beneficios que en su caso reporte.

No existe más allá del ámbito comunitario ningún documento internacional vinculador que obligue a los estados a otorgar a los animales una determinada protección jurídica. La Declaración Universal de los Derechos del Animal<sup>18</sup> carece de valor jurídico y la Declaración Universal sobre el Bienestar animal<sup>19</sup>, como proyecto de convenio intergubernamental que sí produciría efectos jurídicos, no se ha llegado a consolidar.

---

<sup>16</sup> Las "*disposiciones de aplicación general*" o "*provisions having general application*" forman parte del Tratado desde el de Lisboa, introducen normas y principios de aplicación transversal y se encuentran en los artículos del 7 al 17 contenidos en el Título II de la Parte I.

<sup>17</sup> Tal y como pone de manifiesto ALONSO GARCÍA, ENRIQUE en *op. cit.*, **p.X** «Las "*disposiciones de aplicación general*" (...) no atribuyen competencia a la Unión para legislar per se en esa materia, salvo que, a su vez, esa "*disposición*" sea en sí misma una política de la Unión. Por ejemplo, la protección de medio ambiente es a la vez una "*disposición de aplicación general*" (artículo 11) y un área de competencia y por tanto, de posible creación de una política específica de la Unión (artículos 4.2.e –enunciación general- y 191-193) El bienestar animal es sólo lo primero.» p.21.

<sup>18</sup> Fue adoptada el 23 de septiembre de 1977 en Londres por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales y personas físicas afiliadas, tras la celebración de la tercera reunión sobre los derechos del animal y aprobada por la UNESCO y la ONU.

<sup>19</sup> Este proyecto fue concebido por World Society for the Protection of Animals (WSPA) y fue apoyado por cuatro socios principales: Compassion in World Farming, the American Society for the Prevention of Cruelty to Animals (ASPCA), the Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animal (RSPCA) y the Humane Society of the United States (HSUS), así como varias organizaciones internacionales y Estados (reunión de Manila 2003). A través de este proyecto se pretende conseguir el reconocimiento del carácter de seres sensibles-sentientes de los animales, la prevención de la crueldad y el sufrimiento animal y la promoción de normas en materia de bienestar animal.

### 1.1.2 Derecho civil comparado

En la mayoría de los Códigos civiles europeos, los animales reciben la calificación jurídica de cosas, pero ciertos ordenamientos -en concreto el austriaco, el alemán y el suizo- han modificado dicha calificación.

La reforma del Código civil operada por Austria en 1988 y seguida por Alemania en 1990 consiste en negar que los animales sean cosas para después indicar que les son de aplicación las normas referidas a las mismas -de no existir ley especial en la materia concreta-<sup>20</sup>. La citada reforma parece anunciar la creación de una tercera categoría en la que situar a los animales, pues niega que sean cosas sin afirmar que se conviertan en personas y señala que quedan protegidos por "leyes especiales". Sin embargo, el régimen jurídico propio de las cosas, que se presenta como aplicable subsidiariamente, en realidad es el de aplicación general, ya que tan sólo se han creado dos preceptos específicos en el ordenamiento jurídico austríaco<sup>21</sup> y cuatro en el alemán<sup>22</sup>.

Estos artículos dan a los animales un tratamiento diferencial en los supuestos que regulan, pero ello, desde luego, no es suficiente a efectos de extraerlos de la categoría que venían ocupando. Los animales no han adquirido un régimen jurídico general distinto al de las cosas, sino sólo una protección más reforzada en los escasos supuestos mencionados.

---

<sup>20</sup> En Austria, se introdujo en el ABGB -por ley de 1 de julio de 1988- el artículo §285a que reza lo siguiente: *Tiere sind Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen.* (Los animales no son cosas; están protegidos por las leyes especiales. Las disposiciones referidas a las cosas se aplican a los animales, en caso de no existir una previsión diferente). En Alemania se introduce en el BGB el artículo §90 a cuyo contenido es idéntico al del artículo austriaco: *Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.* (Los animales no son cosas. Están protegidos mediante leyes especiales. Se les aplicarán las disposiciones vigentes para las cosas siempre que no haya otra previsión).

<sup>21</sup> El §1332 a, que en sede de indemnización debida por los daños producidos al animal ordena el pago del coste su curación incluso cuando el mismo supere el propio del animal, si bien se justifica con el hecho de que "si en vez del condenado, se hubiera tratado del propietario juicioso de dicho animal, aquél sí hubiese asumido tales gastos". y el §250 que declara la inembargabilidad de los animales que no se destinen a la venta.

<sup>22</sup> El §903 que en relación con los derechos y deberes de los propietarios establece que (...) *Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.* (El propietario de un animal ha de observar en el ejercicio de sus poderes, las previsiones especiales para la protección de los animales), el §251 que al igual que el §1332 austriaco establece (...) *Die aus der Heilbehandlung eines Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.* Es decir, que no se considerarán desproporcionados los gastos derivados de la curación de un animal incluso cuando excedan considerablemente el valor del mismo. El §765 a que introduce una cierta mitigación en el procedimiento de ejecución forzosa al establecer que el Tribunal habrá de tener en cuenta en su valoración la responsabilidad de la persona en relación con el animal: *ZPO. Betrifft die Maßnahme ein Tier, so hat das Vollstreckungsgericht bei der von ihm vorzunehmenden Abwägung die Verantwortung des Menschen für das Tier zu berücksichtigen.* Por último, también en sede de ejecución forzosa, se introduce el §811 c que establecen su apartado primero lo siguiente: *Tiere, die im häuslichen Bereich und nicht zu Erwerbzwecken gehalten werden, sind der Pfändung nicht unterworfen.* (Los animales domésticos que no se tengan por fines lucrativos no estarán sujetos a prenda).

Siguen siendo cosas, pues siguen recibiendo el tratamiento propio de las mismas, habiéndose producido un mero cambio denominativo.

Por su parte, el ordenamiento jurídico suizo viene incluyendo aspectos relacionados con la protección animal -tales como la prohibición del sacrificio sin anestesia (1893)- desde hace más de un siglo. Si bien, el reconocimiento constitucional directo de la dignidad de los animales no se produjo hasta 1992, año en el que se declara la de todos los seres vivos en el actual artículo 120 de la Constitución Federal (antiguo apartado tercero del artículo 24 novies).

### **1.1.3 La protección jurídica del animal en el ámbito interno**

#### 1.1.3.1 La protección jurídico - penal del animal

La tutela ofrecida por el derecho penal, *ultima ratio* del sistema que protege los intereses más relevantes para la sociedad, juega un papel decisivo a la hora de interpretar la configuración que de los animales ha de recoger el Ordenamiento en su conjunto. De ahí que la **progresiva ampliación de su tutela** haya contribuido al nacimiento de los postulados subjetivistas, que exigen se les reconozca como sujetos de derecho, creciendo la intensidad de este tipo de reivindicaciones correlativamente a la protección penal de los animales.

El CP de 1995 dedicó, por primera vez en la historia del derecho penal español, un capítulo a la fauna silvestre, y tipifica el maltrato cruel a los animales domésticos como falta, lo que por su parte, sí encuentra algún antecedente<sup>23</sup>. Fue la LO 15/2003<sup>24</sup> de 25 de noviembre la que elevó a la categoría de delito algunas modalidades de maltrato<sup>25</sup>, manteniendo la antigua falta como subsidiaria para supuestos leves y tipificando el

---

<sup>23</sup> Así, el artículo 632 del Código establece que «los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días». El antecedente más próximo de la tipificación del maltrato animal a nivel estatal es el artículo 810.4 del Código Penal de Primo de Rivera de 1928, que también establecía como falta el forzar a «una fatiga excesiva» a los animales domésticos y su maltrato en general, castigándose tales actos con multa de 50 a 500 pesetas. En cambio, los Códigos penales posteriores (1932 -II República- y 1944) no previeron el maltrato animal como conducta punible, incorporando únicamente el último algunos preceptos relativos al hecho de arrojar cadáveres de animales (Art 577.6) y al de dejar sueltos a animales feroces o dañinos (Art 580.2).

<sup>24</sup> Fue especialmente criticada doctrinalmente por su pésima redacción técnica y ubicación sistemática. Y es que el delito se situó dentro de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, a su vez se sitúan entre los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. En este sentido, apuntaba MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C que «no es posible seguir hablando ya de un bien jurídico común a todas las infracciones del capítulo IV, tal y como venía haciendo usualmente la doctrina especializada» en *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 834.

<sup>25</sup> El artículo 337, que antes regulaba las penas de inhabilitación especial para los delitos contra la fauna silvestre, pasó a imponer una pena de prisión de 3 meses a un año e inhabilitación de 1 a 3 para ejercer profesión, oficio o comercio relacionado con los animales a «los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico».



abandono de animal doméstico como nueva<sup>26</sup>. Por su parte, la LO 5/2010, de 22 de junio, supuso un importante avance al suprimir el requisito de ensañamiento<sup>27</sup> del delito de maltrato e incluir en él a los animales amansados<sup>28</sup>. La reciente modificación operada por la LO 1/2015 afecta - en esta materia principalmente al delito de maltrato y a la, hasta entonces, falta de abandono.

Por lo que respecta al delito de maltrato, se ha realizado una especificación de los animales que constituyen su objeto material<sup>29</sup> y se ha incluido como conducta típica el sometimiento a explotación sexual, que se configura como delito de mera actividad. La modificación de la pena, apenas merece mención, pues se añade un día tanto a la mínima de prisión como a la de inhabilitación especial. Sí hubiera sido más relevante, en cambio, la sustracción de los animales maltratados del seno de su maltratador, pues la pena de inhabilitación especial sólo impide relaciones futuras con animales durante el tiempo que la pena alcanza, pero no opera sobre las presentes<sup>30</sup>. Además, se crea un tipo agravado al que se anuda la pena del básico en su mitad superior, y en el que las circunstancias agravantes presentan una gran similitud con las del delito de lesiones humanas -lo cual es bastante representativo de la tendencia de la norma-. Junto al tipo agravado se configura uno cualificado, que operará cuando se acabe con la vida del animal, lo que destruye los argumentos que niegan que la vida e integridad física del animal sea el bien jurídico protegido de estos delitos, pues la pena ya no es la misma si se causa o no la muerte del animal.

---

<sup>26</sup> Ubicada en el apartado segundo del artículo 631 sancionaba con pena de multa a «quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad».

<sup>27</sup> Ya que éste reducía enormemente la aplicación del delito, siendo un subterfugio por el que tanto el maltrato por omisión (desatender las necesidades alimenticias del animal o abandonarlo completamente en lugar cerrado) como conductas que claramente quedaban dentro del tipo delictivo producían sufrimiento al animal o incluso la muerte, quedaban impunes por considerarse que el sujeto activo no aumentó el sufrimiento del animal de forma deliberada. Así, matar a un galgo de un disparo o incluso su ahorcamiento, conductas que pueden denominarse típicas en zonas rurales de nuestro país, no entraban en el tipo.

<sup>28</sup> Antes de esta reforma existía un debate acerca de qué animales constituían el objeto material del delito de maltrato, pues al referirse el 337 CP sólo a los domésticos, los amansados quedaban totalmente desprotegidos. Así, en supuestos de abandono de granjas, por ejemplo, en los que habría comisión por omisión del delito de maltrato, los responsables podían ser absueltos por considerarse que no entraban en la categoría protegida.

<sup>29</sup> Antes de la reforma de 2015 la pena de 3 meses a 1 año de prisión sólo alcanzaba a aquéllos que maltrataban a un animal doméstico o amansado, quedando ahora además protegidos de este maltrato aquellos que «habitualmente están domesticados, que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o en general, cualquiera que no viva en estado salvaje». De esta forma se despejan las dudas acerca del objeto material del delito que incluso tras la reforma de 2010 persistían y que desembocaban en sentencias absolutorias por incumplimiento de requisito de ser animal doméstico o amansado. En este sentido, la SAP de Granada de 31 de Marzo de 2015, sección 1 (nº 223/2015) absolvía al responsable de abandonar en una explotación ganadera cerrada a varios cerdos, sin que existiera forma por la que pudieran conseguir agua o alimento, encontrándose finalmente sus cadáveres con «signos evidentes de haber existido canibalismo» por entender que los cerdos no son animales ni domésticos ni amansados.

<sup>30</sup> Así lo apunta también RÍOS CORBACHO, JM. en "Comentario en relación al maltrato de animales en la nueva reforma del Código Penal español (LO 1/2015)" : «(...) debería haberse previsto la retirada de la custodia de los animales que en el momento del enjuiciamiento tenga a su cargo el presunto maltratador, bien sea propietario o responsable de los mismos y no solamente incluir la inhabilitación especial para la tenencia, puesto que esta opera pro futuro (...)», Abril 2014, p. 7, ([www.derechoanimal.info/images/pdf/Corbacho-Reforma.pdf](http://www.derechoanimal.info/images/pdf/Corbacho-Reforma.pdf)), fecha de acceso: 24 de julio de 2016.

La antigua falta de abandono ha sido convertida en delito mediante la creación del artículo 337 BIS<sup>31</sup>, siendo dos los elementos necesarios para la incursión en el tipo delictivo: el abandono de un animal doméstico o amansado y la puesta en peligro de la vida o integridad física del mismo.

El **bien jurídico protegido** de los tipos cuyo objeto es el animal doméstico ha sufrido una clara **reconfiguración** como consecuencia de las citadas modificaciones, que dejan de observar al animal en cuanto objeto que integra el patrimonio del sujeto para crear una protección que parece referida a un bien jurídico distinto y autónomo, que bien puede quedar referido al animal como sujeto específico -como afirman algunas corrientes- o a la tutela intereses supra - individuales.

Parte de la doctrina, aprovechando que el legislador de 2003 situó el delito de maltrato animal en el capítulo de «delitos relativos a la protección de la flora y la fauna», encontró el bien jurídico protegido del nuevo tipo penal en el medio ambiente<sup>32</sup>. Sin embargo, parece que poco tiene que ver la prohibición de provocar sufrimiento a determinados animales con el mantenimiento de los parámetros de la biosfera<sup>33</sup>.

Tampoco puede sostenerse que estos tipos penales vayan dirigidos a proteger al animal como parte del patrimonio del sujeto, como se hace en derecho italiano<sup>34</sup>, pues la gravedad del hecho se mide a través del sufrimiento provocado al animal y no a través del daño producido en el patrimonio de su dueño -si es que lo tuviera, porque por otra parte, ni siquiera es necesario que exista un valor patrimonial-. Y a ello hay que añadir que el abandono del animal en las condiciones de desamparo del 337 BIS, como decisión del dueño que puede estar fundada en razones

---

<sup>31</sup> «El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales».

<sup>32</sup> De nuevo, HAVA GARCÍA, ESTHER en "La protección del bienestar animal a través del derecho penal" *Estudios Penales y Criminólogos* vol XXXI (2011, p. 277) cita a MESTRE DELGADO, E, en "La ecología como bien jurídico protegido en la Ley Penal" que sostiene que «de manera progresiva, nuevos tipos penales con los que dar protección adecuada a ese conjunto de bienes y valores que, de forma condensada, podemos denominar ecológicos, y cuya más reciente plasmación ha sido (en la LO 15/2003, de 25 de noviembre) la tipificación de determinadas infracciones contra los animales domésticos» *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 42, 2007, p. 2.

<sup>33</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G en "La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal", aclara que «los sufrimientos infligidos a un cordero poco antes de su sacrificio, a un toro bravo durante su lidia o a un ratón en el curso de un experimento científico no perjudican en absoluto la conservación y mejora de las circunstancias que hacen posible la supervivencia y la calidad de vida de los hombres. Es más, los intereses medioambientales caminan a veces en sentido contrario al bienestar y la vida de ciertos animales. El restablecimiento del equilibrio en un ecosistema, por ejemplo, puede aconsejar el sacrificio masivo de algunos de ellos» en *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, Febrero de 2005, p.13.

<sup>34</sup> El artículo 638 del CP italiano que queda situado en el Título XIII, relativo a los «delitos contra el patrimonio», castiga, previa querrela, al sujeto que, sin necesidad, mata, deja inservible o daña un animal ajeno, con pena de prisión de hasta un año o pena de multa de hasta 309 euros.

económicas, no podría estar castigado si el bien jurídico protegido fuera el patrimonio.

Más razonable parece argumentar, sobre la base de que la violencia sólo puede generar más violencia<sup>35</sup>, que castigar el maltrato animal tiene por objetivo prevenir el humano y garantizar una pacífica convivencia. Así, la protección animal sólo sería un medio por el que se protegería a la propia sociedad<sup>36</sup>, y desde dos perspectivas, pues más allá del riesgo que el reenfoque de esa violencia supone, lo que además se impide es el envejecimiento de la comunidad misma. Esta parece, en principio, una sólida base de la que partir, pero no es la única.

Existe una teoría igualmente válida que sostiene que los animales son objeto de protección por los sentimientos humanos que hacia ellos existen, es decir, por «las implicaciones sentimentales que el daño causado a los animales puede tener para las personas»<sup>37</sup>. Ello no supone afirmar que el bien jurídico protegido son los sentimientos humanos, sino que lo serían los propios animales, y no por sujetos de derecho, sino por bienes cuya tutela es de interés colectivo. Como bien señala GARCÍA HAVA<sup>38</sup>, en los delitos contra el patrimonio histórico el bien jurídico protegido es el propio patrimonio histórico –al que no se considera por ello sujeto de derecho- y no los sentimientos humanos que despierta. La sociedad protege aquello

---

<sup>35</sup> KANT en *La metafísica de las costumbres* sostiene que cuando no se trata de forma bondadosa a los animales «se embota en el hombre la compasión por su sufrimiento, debilitándose así y destruyéndose paulatinamente una predisposición natural muy útil a la moralidad en la relación con los demás hombres» VON IHERING, RUDOLF en *El fin en el Derecho* (trad. D. Abad de Santillán), Comares, Granada, 2000, p. 483. afirma en un mismo sentido que «en el torturador juvenil de los animales tenemos y condenamos al futuro torturador de hombres».

<sup>36</sup> Así, refiriéndose al delito de negacionismo, TERUEL LOZANO, G., apunta a la consolidación de los intereses supra individuales como bien jurídico protegido en el ámbito penal. «A la luz de la legislación y de las decisiones judiciales parece que se imponen como bienes jurídicos del delito (...) la *paz pública* o la *dignidad humana*, en sentido supra-individual. En este sentido resulta paradigmática la legislación alemana que exige para el castigo de las conductas negacionistas la idoneidad para alterar la paz pública, por lo que la mayoría de la doctrina reconoce en ésta el bien jurídico, aunque un sector doctrinal sigue manteniendo que, como ocurre con los delitos de incitación a la población, también la dignidad humana ha de admitirse como bien jurídico a la base del delito de negacionismo. En España doctrina y jurisprudencia se ha visto cómo debatían entre el intento de dar lectura al delito en torno a la dignidad humana, pero reconociendo su dimensión colectiva o supraindividual, y aquellos que abiertamente afirman que la configuración del antiguo 607.2 CP llevaría a situar el difuso bien jurídico en una suerte de orden público o paz pública o en un más genérico «clima de hostilidad»; algo que se proyecta también en el nuevo delito de negacionismo del art. 510 CP. (...)» en *La Lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015.

<sup>37</sup> HAVA GARCÍA, ESTHER en «La protección del bienestar animal a través del derecho penal» *Estudios Penales y Criminólogos* (2011) vol. XXXI (2011, p. 287)

<sup>38</sup> HAVA GARCÍA, ESTHER en «La protección del bienestar animal a través del derecho penal» *Estudios Penales y Criminólogos* (2011) vol. XXXI: «parece claro que la protección penal que se le otorga en nuestro país al paisaje o al patrimonio histórico-artístico está inspirada por los sentimientos humanos que provoca la contemplación de la belleza en sus diversas formas, pero ello no obliga a afirmar que los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales que se encargan de su tutela sean tales sentimientos, (...) La función social que se le atribuye de forma unánime a tales elementos, y el correspondiente interés humano en protegerlos, basta para considerar que tanto la belleza paisajística como el patrimonio histórico (con independencia de quién sea su propietario) satisfacen necesidades humanas y que por tanto constituyen auténticos bienes jurídicos de carácter colectivo» (2011, p. 289).

que considera digno de protección, y a partir de ahí cada uno de estos elementos que la sociedad ha decidido proteger se convierte en sí mismo en bien jurídico protegido.

Y es que, al margen de las discusiones relativas al bien jurídico protegido, no puede ser obviado por el resto de ramas del ordenamiento (como lo ha sido por la civil) que el derecho penal, expresión máxima de la tutela judicial, está reconociendo al animal como un objeto jurídico diferencial.

#### 1.1.3.2 Estatuto jurídico-civil vigente

El CC da a los animales el estatuto jurídico de cosas, imbricándolos en la dinámica propia del derecho civil patrimonial, y equiparándolos tanto entre sí como al resto de bienes, careciendo su tratamiento de rasgos diferenciales acordes a los que el animal presenta como cosa frente al resto.

Así, el derecho civil mantiene a los animales en la misma posición jurídica que le fue otorgada por el legislador del siglo XIX. Éste los trató como lo que principalmente eran: un objeto de operaciones económicas, y más en concreto, un elemento de la economía agraria. Sin embargo, la naturaleza de la relación mantenida por el hombre con algunos animales ha mutado con el paso del tiempo, adquiriendo cada vez más rasgos emocionales o familiares y perdiendo la esencialidad económica que presentaba. Así, los animales objeto de este tipo de relación han acabado convirtiéndose en bienes con un valor que difiere del que presenta el resto, y con unas características que cada vez se alejan más de las propias de los bienes meramente patrimoniales.

Ha sido el Derecho administrativo el que, a nivel autonómico, ha intentado suplir la falta de adaptación del civil en esta materia. Las leyes administrativas autonómicas han creado, dentro de una clasificación que va más allá de la del Código, la categoría de los animales de compañía, a los que dotan de una especial protección. Empero, la mayoría de estas leyes<sup>39</sup> extienden su ámbito de aplicación a todos los animales que se encuentran bajo la posesión humana -ya sean domésticos, salvajes domesticados o cautivos-, y es que de lo que se está ocupando al final el Derecho administrativo es de regular incidentalmente la tenencia de los animales, espacio sin lugar a duda propio del derecho patrimonial común.

---

<sup>39</sup> Ley 11/2003 de 24 de Noviembre andaluza, Ley 13/2002 de 23 de Diciembre asturiana, Ley 3/1992 de 18 de Marzo cántabra, Ley 11/2003 de 19 de Marzo aragonesa, Ley 6/1993 de 29 de Octubre vasca, Ley 5/2002 de 23 de Mayo extremeña, Ley 1/1993 de 13 de Abril gallega y la Ley 1/1992 de 8 de Abril balear. Siendo incluso más amplio el espectro de las leyes riojana 2/2000 de 31 de Mayo y catalana 22/2003 de 4 de Julio, pues su ámbito de aplicación también alcanza a la fauna salvaje. Por el contrario, otras han focalizado más su ámbito de aplicación: las leyes 8/1991 de 30 de Abril canaria, 1/1990 de 1 de Febrero madrileña, 7/1994 de 31 de Mayo Foral Navarra y la 7/1990 de 28 de Diciembre manchega se refieren sólo a los animales domésticos, y las leyes 5/1997 de 24 de Abril castellana, 4/1994 de 8 de Julio valenciana y 10/1990 de 27 de Agosto murciana, se refieren sólo a los de compañía.

La asunción de una función civil por la norma administrativa supone necesariamente costes, pues los presupuestos, las categorías y los fundamentos de los que uno y otro parten son distintos. La regulación por el derecho civil dotaría a ésta su materia de unas categorías y una sistemática sólidas y estables que permitirían unificar, al menos, los presupuestos conceptuales de los que partirían las normas administrativas. La gradación de la culpabilidad o la sanción podrían variar, pero la base sería común.

Y es que, en el ámbito administrativo, sólo operan a nivel estatal ciertas leyes y reales decretos sectoriales derivados de directivas europeas<sup>40</sup>. No hay una única ley de protección animal, sino tantas como comunidades autónomas<sup>41</sup>. Así, un hecho puede ser sancionable en una comunidad autónoma y no serlo en otra<sup>42</sup>, y de serlo en ambas, la intensidad de la sanción también podría variar<sup>43</sup>. Esta desigualdad e inseguridad jurídica aumentan si se tiene en cuenta que los ayuntamientos pueden, dentro del marco de la norma autonómica, desarrollar ordenanzas municipales en esta materia, pues que el sujeto en cuestión fuera o no sancionado y cómo ya no dependería de la comunidad autónoma en la que se encontrara, sino del municipio.

## 1.2 El valor extrapatrimonial del animal de compañía

El Derecho real parte de la premisa de que las cosas son un instrumento para alcanzar la satisfacción de intereses individuales o sociales, y desde esta perspectiva utilitaria de los bienes, el valor que se les anuda es económico. Este sistema permite reducir las cosas al mismo parámetro valorativo y convertirlas en fungibles e intercambiables en el seno de la economía de mercado a la que se aspiraba en el siglo XIX.

---

<sup>40</sup> Ley 32/2007 de 7 de Noviembre para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio y el RD 37/2014 de 24 de enero que la desarrolla, Ley 42/2007 de 13 de Diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, Ley 50/1999 de 23 de Diciembre sobre Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos junto con el RD 287/2002 de 22 de Marzo que la desarrolla, Ley 8/2003 de 24 de Abril de Sanidad Animal, Ley 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos, de transposición de la Directiva 1999/22/CE del Consejo, de 29 de marzo de 1999, relativa al mantenimiento de animales salvajes en parques zoológicos, RD 348/2000 de 10 de Marzo por el que se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas y RD 58/2013 de 1 de Febrero por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia.

<sup>41</sup> Por lo que respecta a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, en la primera rige el Reglamento 2/2015 de 23 de Marzo sobre tenencia protección y bienestar de los animales domésticos, y en la segunda únicamente existe una Ordenanza reguladora de la Sanidad animal.

<sup>42</sup> Mientras que las peleas de gallos se encuentran expresamente prohibidas en comunidades como Aragón, País Vasco o Islas Baleares, es una práctica permitida en las Islas Canarias. De la misma forma, actualmente sólo en Cataluña está prohibido el sacrificio de animales abandonados albergados en refugio, aunque el pasado 14 de julio se aprobó en Madrid la Ley de protección de animales de Compañía o "sacrificio 0" que también lo prohíbe. En cambio, en Murcia no sólo está permitido, sino que lo está transcurrido el breve plazo de 2 días, frente a los 20 de Galicia o los 15 de Islas Baleares.

<sup>43</sup> En Castilla-La Mancha, la sanción económica mínima por la comisión de una infracción leve es de 6 euros, en Cataluña, en cambio, es de 100.

El concepto puramente patrimonial de las cosas que este sistema implica fue funcional en su momento, pero hoy se presenta insuficiente, habiéndose creado propiedades con un contenido que no es sólo patrimonial y que se proyectan sobre cosas –antes impensable- intangibles, y que aun así, quedan bajo el dominio del hombre. La propiedad intelectual recae sobre bienes inmateriales que son creación original del sujeto, atribuyéndole derechos tanto de naturaleza patrimonial como personal o moral.

El espectro de lo que se considera reflejo de la personalidad ha ido ampliándose de forma progresiva, considerándose hoy por la LPI obras originales las fotográficas, creadas por «la impresión de la luz que reflejan los objetos»<sup>44</sup> (Art 10.1 h) LPI) e incluso las meras colecciones y bases de datos cuya originalidad, se dice, «procede de la selección o de la ordenación»<sup>45</sup> (Art 11.3 LPI). Es la singularidad de lo creado, lo que el sujeto deja de sí mismo en su obra, lo que la convierte en una emanación de su personalidad. Pueden pintarse cientos de cuadros de una misma cosa y todos ellos la representarán de forma distinta, pues la individualidad de cada sujeto se proyecta sobre el lienzo. Por el contrario, la creación, por ejemplo, de una proteína mediante la infección vírica de una bacteria es un resultado que se manifiesta de forma equivalente al margen de la persona que realice el procedimiento, no existiendo tal proyección.

La personalidad se protege incluso cuando se extiende más allá de uno mismo, por ello el sujeto que vuelca la suya sobre un soporte material se convierte en titular de derechos, además de patrimoniales o de explotación, personales o morales sobre el bien inmaterial que la emanación de su propia personalidad constituye. Así pues, se han desarrollado legislativamente los derechos morales de autor como facultades de naturaleza personalísima que protegen la obra como expresión de la personalidad del autor. La conexión de estos últimos con los derechos de la personalidad es innegable, sería imposible explicar desde un prisma patrimonial que se hayan configurado como irrenunciables e inalienables (Art 14 LPI)<sup>46</sup>, lo que ha llevado a la doctrina<sup>47</sup> incluso a discutir sobre si son derechos de la personalidad en sí mismos. En este sentido, parece razonable entender que constituyen, cuando menos,

---

<sup>44</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ –CANO en «Manual de la Propiedad Intelectual» (2015, pg 65).

<sup>45</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en «Manual de la Propiedad Intelectual» (2015, pg 73).

<sup>46</sup> Como bien afirma CÁMARA ÁGUILA, M en «El derecho moral de autor» BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord) en *Manual de la Propiedad Intelectual*: «El derecho moral del autor aparece regulado en el art. 14 LPI. Se trata de un derecho personalísimo, que tiene como características el ser irrenunciable e inalienable, y, como fin, el proteger a la persona del autor a través de su obra» Tirant lo Blach, Valencia 2015, p. 125.

<sup>47</sup> Al respecto señala ROSELLÓ MANZANO, R en *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Reus, Madrid, 2011, p. 39 que «(...) la distinción no es sencilla, no puede serlo entre dos instituciones, que son una origen de la otra, que tienen tanto en común, y que en definitiva, las unen más características de las que las separan». Haciendo en esta misma obra referencia a la opinión que vierte PLAZA PENADÉS, J en el comentario del artículo 14 de *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* de RODRÍGUEZ TAPIA, J (dir), Thompson-Civitas, Navarra, 2009 p. 128: «Los autores que, como PLAZA PENADÉS participan de la idea de que la naturaleza jurídica de los derechos morales de autor es la de auténticos derechos de la personalidad, tratan de sortear la dificultad de la esencialidad o la inherencia, introduciendo la idea de que los derechos morales (...) son consustanciales a la persona como derivaciones de su capacidad creativa, con lo cual entienden incluido el derecho de autor, o al menos sus facultades morales, dentro de la protección que usualmente le dispensan los textos constitucionales a dicha capacidad creativa» p. 41.

«especificaciones (...) de clásicos derechos de la personalidad (...) –el inédito, por ejemplo, sería concreción de la intimidad, como la paternidad lo sería de la fama y el arrepentimiento del honor–»<sup>48</sup> .

Por su parte, el libre desarrollo de la personalidad (Art 10 CE) es protegido por el TC tanto garantizando la libertad del sujeto para que se construya como persona<sup>49</sup>, como protegiendo los objetos en los que su personalidad se externaliza, y ello, cualquiera que sea la cosa sobre la que la misma se imprima. En su sentencia de 1 de Febrero de 2016, consideró que afectaba a los derechos de la personalidad del sujeto el privarlo de los restos fetales del que iba ser su futuro hijo<sup>50</sup>. Desde un punto de vista jurídico, estos restos, resultado de la pérdida de vitalidad de un feto que nunca alcanzó la personalidad, son, sin lugar a duda, cosa. También lo serían, por ejemplo, las

---

<sup>48</sup> ROSELLÓ MANZANO, R en *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Reus, Madrid, 2011, cita a ROGEL VIDE en "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad" apartado de los *Estudios de Derecho Civil, Persona y Familia*, Reus, Madrid 2008, p. 30.

<sup>49</sup> Así, en la STC 93/2013, FJ 13 de 23 de Abril de 2013 Pleno del TC que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5297-2000 declara la inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, entre otros motivos, por la vulneración del principio del libre desarrollo de la personalidad, pone de manifiesto haciendo referencia a otras sentencias que: «Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción –matrimonio o pareja de hecho– se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio*, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos, «de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, «sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio» (STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 2)».

<sup>50</sup> Sin embargo, la identificación del concreto derecho de la personalidad que resultaba vulnerado fue una cuestión problemática. El Tribunal optó finalmente por señalar el artículo 18 CE, pero enunciando la violación de un derecho distinto del que éste contempla, pues sostenía lo siguiente: «las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE) sin esgrimir una norma verdaderamente habilitante y, por tanto, sin la suficiente cobertura legal», cuando el derecho que el citado artículo contempla es el de la intimidad personal y familiar. Parece que como bien puso de manifiesto ENCARNACIÓN ROCA TRIAS en su voto particular, la vida personal y familiar como derecho «parece encontrar mejor acomodo en el art. 10 CE: libre desarrollo de la personalidad. Efectivamente, ya en la STC [236/2007](#), FJ 11, el Pleno de este Tribunal afirmó que "nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH ... lo que en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese 'derecho a la vida familiar' derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional ", (...) Por lo tanto, consideramos que la libertad de procreación constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (STC [215/1994](#), de 14 de julio, FJ 4). Y que "la imposición de la pena de alejamiento afecta al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege 'es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres' (STC [89/1987](#), de 3 de junio, FJ 2)" (STC [60/2010](#), de 7 de octubre, FJ 8)». STC de 1 de Febrero de 2016, Sala Primera 11/2016, Recurso de amparo 533/2014.

cenizas fruto de la cremación de un difunto y, sin embargo, parece difícil equipararlos a las cenizas de la chimenea, aunque materialmente pudieran compartir forma y composición, ¿Podrían ser ejecutadas en apremio? ¿Y ejercitarse el derecho de retención sobre ellas por los acreedores del sujeto? Parece que no. Hay, por tanto, cosas que a pesar de serlo no han de recibir un tratamiento similar al resto.

Todo objeto que constituya una extensión de la personalidad del individuo alberga un bien inmaterial del que él mismo es propietario, y ello con independencia de que exista desarrollo legislativo al respecto -como ocurre con la propiedad intelectual- o no.

El animal de compañía es un bien que experimenta cambios internos acordes a la personalidad del sujeto con el que interacciona de forma continua, tratándose de una evolución singular, pues la transformación varía dependiendo tanto de la concreta plasticidad interna del animal<sup>51</sup> como de la persona con la que interactúa. Así, el sujeto acaba plasmando su individualidad en él por una suerte de sedimentación.

Existiría así una propiedad inmaterial distinta de la intelectual pero compuesta, al igual que ella, por derechos de naturaleza extrapatrimonial personalísimos que protegen, como los morales de autor, el vínculo entre el sujeto y el animal que constituye emanación de su personalidad.

### **1.3 Los animales como objetos de derecho ¿necesidad de una nueva categorización?**

El derecho clasifica la realidad en categorías que no la representan de forma absoluta, ya que éstas, como conjunto de parámetros ideales, cumplen una función principalmente delimitadora. El derecho actual parte de que el animal es una cosa mueble, si bien existe discrepancia en cuanto a esa consideración. Así, se apunta a que deberían ser ubicados en una categoría distinta de la de objeto de derecho<sup>52</sup>, defendiendo unos la creación de una subcategoría<sup>53</sup> o categoría intermedia<sup>54</sup> y otros la consideración de los animales como sujetos

---

<sup>51</sup> Los animales con mayores capacidades naturales presentarían una mayor plasticidad interna. La posibilidad de interacción de un perro o un gato con su dueño, su margen de domesticación, y por tanto su margen de transformación es más amplio que el de un canario y el de éste más amplio que el de un pez.

<sup>52</sup> Así, BÉCARES MENCIOLA, CRISTINA Y GONZÁLEZ LACABEX, MARÍA en el capítulo de "Avances y retos del derecho animal en España" de *El Derecho de los animales*, Marcial Pons, Madrid, 2015, afirman que «El derecho animal español todavía debe integrar lo que la ciencia ha constatado de forma irrefutable (...): que los animales como seres sentientes no pueden ser tratados como meros bienes. Pero no como mera declaración de principios, sino a través de un auténtico desarrollo normativo que concrete ese estatuto jurídico del animal como no cosa» p. 257.

<sup>53</sup> Hay autores que consideran suficiente que los animales sean distinguidos dentro de la categoría de bienes como unos especialmente protegidos, así ANTOINE, SUZANNE autora de la propuesta del 10 de mayo de 2005 para la modificación de los artículos relativos a la propiedad (515 y ss.) del código civil francés, propone una clasificación tripartita de bienes: muebles, inmuebles y animales.

<sup>54</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A en "La categoría jurídica sujeto/objeto y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios" del *Anuario de la Facultad de Derecho*



de derecho<sup>55</sup>.

La maleabilidad de los conceptos jurídicos permite que la categoría teórica admita realidades que presenten de forma menos intensa sus patrones ideales, y en este sentido, se ha sostenido que el concepto jurídico de persona es susceptible de ser flexibilizado a efectos de que alcance a los animales<sup>56</sup>. Cualquier concepto puede ser retorcido hasta que en él quepa cuanto se desee, y nada impide que se creen variantes atenuadas de personalidad, pero la cuestión es si es necesario y, en su defecto, útil.

Por otro lado, partiendo de la base de que el derecho subjetivo es el reflejo de la obligación de otro, hay quien sostiene<sup>57</sup> que estando el hombre obligado a comportarse de una determinada forma con los animales, éstos encajan, sin duda, en la categoría de sujeto de derecho. Pese a que es cierto que se imponen límites y pautas de conducta a todo hombre que se relacione con un animal, no se habla aquí de derechos<sup>58</sup> ni de obligaciones<sup>59</sup>, sino de deberes jurídicos. La Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español impone al propietario o tenedor de todo bien que lo integre el deber de conservarlo, mantenerlo y custodiarlo<sup>60</sup>, y siendo éste un deber similar a los impuestos frente al animal, debería considerarse que los monumentos objeto de la mencionada ley son también personas. De nuevo, una categoría puede forzarse cuanto se decida, pero se corre el riesgo de que quede vacía de contenido y deje de cumplir su principal función: delimitar.

En la actualidad, en el Ordenamiento jurídico español, sujetos de derecho son

---

*de la Universidad de Mendoza y Cuyo* vol. XXVII, 2009, 311-327 cree que «sin caer en el extremo de decir que los animales son sujetos de derecho» p. 317. «el animal no puede permanecer como un mero objeto, porque la demanda social exige una ética en materia de bienestar del animal. Los códigos civiles decimonónicos estaban de acuerdo con la moral de su época, pero aquella clasificación ya no se adecua a los principios de la ética moderna que tiende a asegurar el respeto por la vida animal» p. 319.

<sup>55</sup> BEATRIZ A. FRANCISKOVIC INGUNZA en "Los animales desde una perspectiva del derecho ¿Son realmente objetos de derecho o requieren de una nueva categorización?" *SelectedWorks* Diciembre de 2012, afirma que «No debemos seguir considerando a los animales como objeto de derecho, al servicio de los seres humanos (...) La limitación de los animales al carecer de capacidades para poder disponer no es óbice ni impedimento que no nos permita reconocer que los animales al ser parte de toda la naturaleza viva (del ambiente) no puedan ser titulares de goce de determinados derechos», p.33.

<sup>56</sup> «También el concepto de persona podría manejarse con esta misma flexibilidad. Su aplicación en la práctica ha demostrado que es una noción versátil en el sentido indicado. Por eso no resulta muy escandaloso que la noción de persona pudiera aplicarse también a los animales». MUÑOZ MACHADO, S en *Los animales y el derecho*, Civitas, Madrid, 1999, p. 46.

<sup>57</sup> «La tesis de que los animales, las plantas y los objetos inanimados no son sujetos de derechos reflejos por no ser personas es equivocada, puesto que persona significa sujeto de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al individuo en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del hombre obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, a cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido sujetos de un derecho relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto de un derecho consistente en la obligación que su deudor tiene en su respecto (...)» KELSEN, H en *Teoría pura del derecho*, UNAM, Ciudad de México, 1982, p. 141 y 142.

<sup>58</sup> Pues no puede existir derecho sin sujeto del mismo, y en la actualidad los animales no lo son.

<sup>59</sup> Ya que la obligación implica la existencia de un acreedor y deudor individualizado, además de una prestación de naturaleza patrimonial: dar, hacer o no hacer.

<sup>60</sup> Artículo 36.1. Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes.

sólo las personas, sean físicas o jurídicas, aunque alguno, confundido, afirme lo contrario<sup>61</sup>. El otorgar personalidad a los animales o elevarlos a la categoría de sujetos de derecho no es la única forma de ofrecerles un determinado grado de protección ni, desde luego, la mejor en un sentido práctico<sup>62</sup>. Los deberes jurídicos como técnica mediante la que ordenar la protección de los animales no requiere de las cualidades naturales a la persona que sí exigiría su personificación, y que además lleva, indefectiblemente, a la reforma normativa. Habría de configurarse un sistema de representación por el que pudieran hacerse efectivos los derechos que, en su caso, se reconocieran a la especie a la que perteneciera el animal, ya que aunque como sujetos de derecho ostentaran capacidad jurídica, carecerían de capacidad de obrar. Se tiende a afirmar, no siempre con la suficiente justificación, que esto no implicaría una gran complejidad<sup>63</sup>, pero más allá de la problemática que presente la cuestión, supone de nuevo una importante modificación legislativa

---

<sup>61</sup> GARCÍA SOLÉ, MARC en "El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección" afirma que «(...) existe numerosa legislación tanto internacional como nacional, autonómica y local que considera a los animales como seres titulares de derechos.», 2015, p. 46. Cita este autor como soporte de tan tajante y errónea afirmación el artículo 511.1 del CCCat -que anuncia que los animales no serán considerados cosas pero no los reconoce como personas-, los reales decretos 1041/1997 de 27 de junio por el que se establecen las normas relativas a la protección de los animales durante su transporte y 54/1995 de 20 de Enero Protección de animales en el momento de su sacrificio o matanza -ambos derogados a día de hoy y el primero de ellos (28 de marzo de 2009) ya en el momento en el que se publicó el artículo (2010)- y la Ley 50/1999 de 23 de Diciembre sobre Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos junto con el RD 287/2002 de 22 de Marzo que la desarrolla, todos ellos, textos legales que otorgan a los animales protección mediante el establecimiento de deberes y la sanción de conductas, pero que, desde luego, no dotan a los animales de personalidad, pues hablamos aquí de deberes, que como ya se ha dicho también existen frente otras cosas -como el Patrimonio Histórico- y no de derechos y obligaciones.

<sup>62</sup> Como bien afirma MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO en *Los animales y el derecho*: «(...) construir una teoría de la personalidad de los animales para justificar la existencia de derechos, desvirtúa la noción de personalidad jurídica planteando más problemas prácticos que soluciones efectivas», (1999, p. 111).

<sup>63</sup> «También es insuficiente el argumento de que los animales las plantas y los objetos inanimados no pueden esgrimir pretensiones correspondientes a la obligación. Dado que no es esencial para la presencia de un derecho reflejo que se formule una exigencia con respecto de la conducta obligatoria. La circunstancia de que, por cualquier razón, no se formule pretensión o no pueda formularse no modifica la situación jurídica». KELSEN, H en *Teoría pura del derecho*, UNAM, Ciudad de México, 1982, p. 141 y 142. Así, pone de manifiesto que la falta de capacidad de los animales para esgrimir pretensiones no afecta a la situación jurídica de la titularidad por ellos de una serie de derechos que se materializan en obligaciones para nosotros. Ciertamente, la capacidad de obrar es distinta de la capacidad jurídica, para ser titular de derechos y obligaciones, y la ausencia de la primera sólo derivaría en la representación como formar de suplirla. En este sentido, MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO en *Los animales y el derecho* (1999, p. 106) entiende que «La cuestión de los órganos a través de los cuales se gestionan los intereses de los animales no es más compleja. Por un lado, correspondería al dueño, que puede defender al animal incluso haciendo aplicar la ley penal a los que contravengan las normas de protección; y por otro a las asociaciones para la protección de los animales a las que quedaría reconocida legitimación bastante no sólo para el ejercicio de acciones penales sino también para constituirse como parte civil en los procedimientos abiertos en defensa del interés de los animales. ». Toda representación supone la designación legal o voluntaria de representante, y siendo la última imposible e implicando la primera crear todo un nuevo sistema de representación, la complejidad que esta cuestión reviste es, desde luego, mayor de la que se afirma. El arbitrio de un sistema como este implica costes tanto jurídicos como económicos, así como de una serie de precisiones cuya coherencia interna es difícil de alcanzar. La representación del animal por parte del dueño pierde su sentido cuando es de éste último del que se le defiende y que las asociaciones de animales asuman esta tarea supone cargar a las mismas con los costes económicos que conlleva.

que devendría innecesaria mediante la fórmula de los deberes<sup>64</sup>.

Para conseguir la defensa de los animales no es necesaria la creación de una nueva categoría ni su inmersión en la de sujetos de derecho, pues puede alcanzarse el mismo nivel de protección desde su consideración como *res*<sup>65</sup>. Que el vehículo para alcanzar esa tutela sean derechos o deberes es irrelevante, lo que determina el grado de protección conferido a los animales no es la técnica utilizada para atribuirlos, sino el contenido de la propia norma. Siendo así, embarcarnos en un complicado cambio normativo que lo único que aporta es la sustitución del término jurídico con el que nos referimos a los animales, parece que supera las ya amplias cotas de inutilidad que, de ordinario, presentan muchas de las reformas legislativas.

La utilidad de los resultados alcanzados en una investigación jurídica se ve comprometida cuando se proponen soluciones *de lege ferenda*, pues de no producirse el cambio normativo propuesto, el conflicto seguiría irresoluto. Señalar la existencia de un problema –como premisa necesaria para su resolución– tiene valor en sí mismo, pero, desde luego, mayor es el de aportar soluciones basadas en derecho aplicable. Por ello, más acertado y útil es tender a la integración del sistema, reinterpretrándolo a efectos de adaptarlo a las situaciones que, aparentemente, no tienen cabida en los márgenes de la norma, o que de tenerla resultaría forzada.

## 2. PARTE ESPECIAL: EL ANIMAL DE COMPAÑÍA COMO COSA COMÚN

De entre los problemas que pueden surgir de la equiparación absoluta de los animales de compañía al resto de bienes, algunos muestran de forma especialmente nítida las disfunciones a las que se llega cuando éste se convierte en objeto de la estricta aplicación de las normas patrimoniales. La posibilidad de que se embargue la mascota como consecuencia del impago de un crédito, de que se ejerza el derecho de retención sobre ella o de que se entregue a modo de prenda son sólo algunos ejemplos. El concreto conflicto que se ha optado por analizar en la parte especial es el que supone tanto la adquisición de su propiedad en comunidad como el de la división de la misma, pues además de servir de arquetipo del problema general subyacente, muestra cómo es posible, ante la ineptitud de las normas aplicables, encontrar en ellas o en sus márgenes zonas grises que permitan una útil integración.

---

<sup>64</sup> Pues el ejercicio de acciones por la Administración o por asociaciones para la protección de animales, en lugar de ser en representación de los mismos y producirse por la vulneración de un derecho, se producen por el incumplimiento de un deber. Mismo resultado con distintos medios.

<sup>65</sup> «Creo que a lo que se denominan «derechos de los animales», «intereses» de los animales, o cosas parecidas, no son derechos en sentido técnico, que puedan ser ejercidos directa o indirectamente por sus titulares, sino un complejo de principios y disposiciones que protegen a los animales (con la misma intensidad que si sus posiciones jurídicas se consideraran derechos) (...)» MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO «Los animales y el derecho» (1999, p. 110) De la misma forma, DUGUIT LEÓN citado por FRANCISKOVIC INGUNZA, B en «Los animales desde una perspectiva del Derecho ¿Son realmente objetos de derecho o requieren de una nueva categorización?» *Selected Works*, Diciembre de 2012 p. 3 y 4. sostiene que «(...) aparecen frecuentemente en la vida de las sociedades modernas situaciones que deben ser jurídicamente protegidas y que sin embargo no envuelven una relación entre dos sujetos ¿es acaso necesario para explicar que esas situaciones se hallan jurídicamente protegidas suponer la existencia de esos sujetos y decir: si esta es una situación protegida, hay sujetos de derecho? ¿Por qué?».

## 2.1. La adquisición de su propiedad en comunidad

### 2.1.1. Formas adquisitivas generales

El CC, en el artículo 392<sup>66</sup>, regula como *comunidad* la situación de titularidad compartida de un derecho sobre una misma cosa, que se regirá por lo acordado por los cotitulares y por las normas que de forma específica regulen la cotitularidad de dichos derechos<sup>67</sup>. Los preceptos que lo siguen conforman el régimen general aplicable a las comunidades que carecen de regulación específica, inspirándose en el modelo de comunidad ordinaria *pro indiviso*<sup>68</sup>, en el que existen tantos derechos plenos como comuneros, concurrencia que comporta la limitación de la intensidad de los mismos y de la que deriva el concepto de cuota<sup>69</sup>.

No existen formas específicas de constitución de la comunidad de bienes, ya que al deberse su existencia a la adquisición de un derecho por varios sujetos, son los modos de adquirir ese derecho los que dan lugar a su nacimiento.

La comunidad ordinaria de animal de compañía puede devenir de un acto jurídico *mortis causa*<sup>70</sup> o *inter vivos* con finalidad traslativa de naturaleza onerosa o gratuita, así como de una ocupación conjunta del animal *nullius* o *derelicto*. En estas situaciones es en las que el régimen general de comunidad de bienes sería de aplicación.

De otro lado, determinadas situaciones jurídicas acarrearán el nacimiento de una comunidad especial regida por normas específicas. Existe *comunidad hereditaria* sobre animal cuando éste forma parte de la masa

---

<sup>66</sup> Artículo 392 CC. Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.

<sup>67</sup> La cotitularidad de derechos de crédito, por ejemplo, queda sometida a los artículos 1.137 y ss. del CC, que son los preceptos específicos que la regulan.

<sup>68</sup> Frente a las modalidades de Comunidad en mano común, Propiedad dividida o *pro diviso* y Comunidad solidaria, el modelo regulado por el CC responde al de comunidad Ordinaria (no forzosa) por tener los comuneros la facultad de exigir la división de la cosa común y *Pro indiviso* (no en mano común) por ostentar cada comunero una cuota que representa su derecho pleno y exclusivo sobre el bien. Este modelo de comunidad tiene su origen en los principios individualistas del Derecho Romano, siendo fruto, a su vez, de una evolución dentro del mismo. La *communi pro indiviso* surge como nueva forma de cotitularidad al comienzo de la República, siendo sus predecesores el *consortium ercto non cito*, comunidad que nacía entre los hijos a la muerte del padre y que englobaba también las adquisiciones posteriores, siendo los hijos plenos propietarios de todo cuanto quedaba dentro de ella, y la *societas*, que nacía a través de un acto jurídico formal, comunidad voluntaria en la que una serie de sujetos ponía bienes en común quedando vinculados todos entre sí.

<sup>69</sup> «Que no es ni una parte del derecho ni tampoco una parte de la cosa, sino la representación ideal del derecho de cada uno de los comuneros (...) De manera que es el módulo de organización del contenido de la comunidad. » M<sup>a</sup> DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA en *División de la Comunidad de Bienes*, Atelier, Barcelona, 2012, p.31.

<sup>70</sup> Habrá comunidad ordinaria *ex mortis causa* tanto si se atribuye un mismo bien a varios legatarios como si de la partición de la comunidad hereditaria varios sujetos resultan cotitulares del mismo derecho sobre el animal.

hereditaria no atribuida específicamente a ningún co-heredero o co-legatario, y a falta de testamento, podría pasar el animal a pertenecer a varios sucesores *ab intestato*, que también la conformarían.

De la misma forma, el matrimonio desemboca en una comunidad especial si su régimen económico es el de gananciales, y la división del animal quedaría sometida a las normas que regulan la liquidación del mismo si formase parte de la masa patrimonial común, que es lo más probable<sup>71</sup> (y siempre y cuando no se hubiera pactado sobre ella en el convenio regulador). Asimismo, es posible que, quedando sujeto el matrimonio al régimen de separación de bienes o de participación, exista una comunidad ordinaria sobre el animal, en cuyo caso sí se instaría la división ex artículo 400 CC, quedando al margen de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Durante la vida del matrimonio, y cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que lo rija, se daría al animal de compañía el tratamiento propio de los muebles de uso ordinario que protege el 1320 CC<sup>72</sup>. El Código exige, con independencia de la titularidad, el consentimiento conjunto de los cónyuges para la realización de cualquier acto de disposición sobre ellos y la vivienda habitual con el objetivo de garantizar el pacífico goce de los bienes en los que y con los que se desarrolla la vida familiar. Dado que, tradicionalmente y junto con la vivienda, éstos han sido los propios del ajuar doméstico<sup>73</sup>, se ha tendido a la equiparación de ambas categorías. Empero, el animal de compañía, como bien mueble que actualmente se incorpora a esa vida familiar con bastante más incidencia que cualquier bien que conforme el mobiliario, merece, cuando menos, la protección conferida al mismo -pues la perturbación que resultaría de su disposición sería, en términos generales, mayor-.

### **2.1.2. Formas adquisitivas específicas**

La función que los animales de compañía cumplen, así como la naturaleza de la relación que con ellos se mantiene, hace que las formas de adquisición de los mismos no encajen en las categorías fijadas para los bienes de valor meramente patrimonial, pues es el patrón del intercambio oneroso el que resuelve en estos casos la cuestión de la titularidad, y no parece deba serlo en el seno de una relación convivencial en la que no sólo se discute la adquisición del animal en su dimensión patrimonial, sino la del bien inmaterial que el mismo alberga para el que lo posee de forma

---

<sup>71</sup> Ya que lo más habitual es que se adquiera una vez celebrado el matrimonio (1347.3, 1353 CC) y, además, rige la presunción de ganancialidad (Art 1361 CC). Únicamente sería privativo si pertenecía a uno de los cónyuges con anterioridad a dicha celebración (Art 1346.1 CC) o uno lo hubiera adquirido con posterioridad a título gratuito (Art 1346.2 CC).

<sup>72</sup> Artículo 1320 CC. Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

<sup>73</sup> «Ropas, mobiliario y enseres» (Art 1321 CC) al servicio de la vivienda.

plena.

Por la vía de la **accesión** sería posible hacer valer una determinada relación con el animal, a efectos bien de arrebatar su propiedad al dueño bien de adquirir una cuota del mismo y devenir copropietario. Y es que, el propietario de un bien inmaterial<sup>74</sup>, al igual que el de uno tangible, puede adquirir por accesión los que se unan o incorporen inseparablemente al suyo.

La esencia de la accesión es la transformación sufrida por la cosa, y el que ésta se produzca o no depende de la naturaleza del bien, ya que la transformación no viene dada por cualquier cambio, sino por el de lo que conforma la esencia de la cosa. El animal es un bien dinámico, que no ha de considerarse transformado por alteraciones superficiales o de apariencia –como prácticamente el resto de bienes, que son estáticos-. La plasticidad interna de este bien material –variable también según los casos<sup>75</sup>- permite que pueda ser modelado internamente, pero no todo cambio interno va a constituir tampoco transformación<sup>76</sup>. Sólo cuando el animal cumpla una función de compañía para el sujeto, la interacción continua con él podrá operar una modificación interna que sobrepase la frontera de lo fungible y adquiera la individualidad que la transformación del animal requiere.

Esta individualidad referida no sería sino la propia del sujeto con el que el animal interactúa<sup>77</sup>, y que se plasma sobre él convirtiéndolo en portador de un bien inmaterial. Existe, por tanto, una relación causal entre las dimensiones subjetiva (materialización de la personalidad del individuo en

---

<sup>74</sup> Que los bienes inmateriales pueden ser objeto de propiedad es una realidad. Sin embargo, se trata de una propiedad especial, necesariamente distinta de la que recae sobre bienes corpóreos. La propiedad inmaterial ha sido la forma en la que se ha encauzado la necesaria protección de ciertos derechos constitucionales de la personalidad a efectos de conseguir su encaje en ciertas categorías. Con el paso del tiempo, el legislador ha ido regulando específicamente la propiedad sobre algunos bienes inmateriales (RD 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el TR de la Ley de Propiedad Intelectual, y sobre la propiedad industrial: Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, Ley 20/2003, de 7 de Julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, Ley 3/2000, de 7 de Enero, de Régimen Jurídico de la Protección de las obtenciones vegetales, Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores...), pero no es de esta regulación específica de la que deriva la existencia de las propiedades inmateriales, sino de los derechos de la personalidad. Así, y a pesar de que sería preferible, no es necesario que el legislador ordinario arbitre una concreta tutela de todos los bienes inmateriales para que se pueda hablar de su propiedad, otorgándoles una protección mínima.

<sup>75</sup> Los animales con mayores capacidades naturales presentarán una mayor plasticidad interna. La posibilidad de interacción de un perro o un gato con su dueño, su margen de domesticación, y por tanto su margen de transformación es más amplio que el de un canario y el de éste más amplio que el de un pez.

<sup>76</sup> Aquellos cambios en la conducta del animal que puedan ser recreados de forma homogénea en cualquier otro no va suponer la transformación de los mismos que supliría la vertiente objetiva que la accesión sobre ellos exige. El adiestramiento de un perro para la guarda o para ser ovejero consiste más en moldear que en modelar, pues la conducta de cualquier otro perro podría haber sido alterada de idéntica forma. Que un bloque de arcilla sea convertido en una esfera de arcilla, o en un triángulo, no da lugar a una obra nueva, ni por lo tanto, a una discusión sobre la titularidad de la misma.

<sup>77</sup> Pues el cambio en el animal sería distinto si la interacción la hubiera mantenido con otro sujeto, es decir, su evolución interna varía dependiendo de la personalidad del que con él interactúa.

la cosa) y objetiva (transformación individualizada de la cosa) de la accesión sobre animal de compañía, pues la primera genera la segunda.

En aquéllos supuestos en los que la transformación sea operada –sólo o también- por persona distinta del dueño, nacería el conflicto de intereses que la accesión va dirigida a resolver.

Es posible que el propietario del animal no mantenga con él una relación de carácter emocional, siendo su interés sólo económico, y que por el contrario, un sujeto distinto, que sí entable este tipo de vínculo, acabe imprimiendo en él parte de su personalidad<sup>78</sup>. El bien material pertenecería al dueño, pero el bien inmaterial que el primero alberga sería titularidad del que lo transformó. Estos casos constituyen supuestos de especificación (Art 383 CC), pues la aparición de un bien distinto no viene dada por la unión o mezcla de distintas cosas muebles, sino por haberse dado nueva forma interna a un bien ajeno<sup>79</sup>. Como cuando se esculpe un bloque de mármol, dándole forma, nada material se añade al animal, pero sí se convierte éste en expresión de algo inmaterial que por el propio CC se consideraría, en principio, más valioso<sup>80</sup>.

Este hecho no produce *ipso iure* un cambio de propiedad, sino que la accesión –mediata – va precedida por una comunidad germánica natural y transitoria sobre las distintas cualidades que conforman la cosa. A tal efecto el artículo 383 CC arbitra distintas soluciones para poner fin a la comunidad en función de si hubo buena o mala fe del que del que transformó la materia ajena, es decir, de si tenía o creía que tenía derecho a transformarla o no. No se ha de pensar en este punto que es el derecho a interaccionar con el animal o a desarrollar sentimientos por él lo que se discute, pues éstos no son la consecuencia de una decisión, sino que

---

<sup>78</sup> Puede que el galgo no sea para el cazador más que una herramienta para su tribal entretenimiento, y que, en cambio, su hijo mantenga una relación de naturaleza afectiva con él, así conforme el perro fuera envejeciendo menos valor tendría para el primero –no siendo extraño en estos casos su ahorcamiento- y más valor tendría para el segundo.

<sup>79</sup> «Consiste la especificación en realizar una obra de nueva especie empleando (en todo o en parte) materia ajena como si se hace vino de la uva de otro, o pan de su harina, o una mesa de su madera.» ALBALADEJO, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010, p. 299.

<sup>80</sup> Artículo 377.2 CC. En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino. Como bien señala LACRUZ BERDEJO, J, en *Elementos de Derecho civil III Derechos Reales*, vol I *Posesión y Propiedad*, Dykinson, Madrid, 2003 «El precepto da aquí preferencia a la creación intelectual y artística sobre la materia que sirve simplemente de soporte a su expresión material. No se privilegia la tinta o los productos colorantes que van a formar un todo con el papel o la tela, sino a un contenido inmaterial valioso. El caso es, como digo, de especificación, lo cual es más innegable en el supuesto de la escultura, porque nada se añade entonces a la materia prima, (...) sino que, en todo caso, se le resta (...)» p. 145. Empero, este precepto ha de ser entendido como una presunción, pues tal y como ha puesto de manifiesto ALBALADEJO: «de una interpretación literal, resultaría que en los casos de aquél nunca es más preciosa la materia. Por mi parte, creo que tal sentido no es admisible en términos absolutos. Sin duda que el legislador ha querido reconocer la idea de que, en principio, sea en tales casos menos importante la materia. Pero parece que tal criterio no debe prosperar cuando el valor de la obra sea evidentemente inferior, o, por lo menos, cuando la materia tenga un valor, no sólo en cuanto tal, sino por otras razones (por ejemplo, por su antigüedad, rareza, haber pertenecido a un personaje célebre, etc)» en *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010, p. 299.

surgen al margen de la voluntad del sujeto. Lo que se discute es si el sujeto tiene derecho a hacer valer su relación con el animal a efectos de adquirir su propiedad por la vía de la accesión. En este sentido, la posesión -que no la mera tenencia<sup>81</sup>- como derecho de relación con la cosa -siendo el afecto un tipo- podría servir como parámetro del mínimo exigido para que la relación con el animal se convierta en relevante.

En caso de que la relación fuera entablada con el animal sobre una base posesoria plena, es decir, de buena fe, habría de entrarse a valorar si el animal como bien material es más valioso que el bien inmaterial que alberga. De ello dependería que fuera atribuido al especificante -que debería indemnizar al propietario del antiguo bien- o que se otorgara al dueño un derecho de opción<sup>82</sup>. No ha de entenderse que el valor extrapatrimonial o afectivo, simplemente por serlo, es más importante que el económico; pero tampoco que éste último, al alcanzar ciertos niveles o a partir de un determinado precio, predomina sobre el primero. No siendo posible determinar cuál de los bienes que se reúnen en el animal es más valioso, sólo puede aspirarse al reequilibrio, a materializar los derechos de uno y otro sujeto de la forma menos lesiva posible.

Mientras que lo patrimonial tiene un equivalente fungible exacto en la mayor parte de los casos<sup>83</sup>, lo emocional implica una estimación que es

---

<sup>81</sup> Así, no podrían hacer valer la relación que tuvieran con el animal los meros depositarios o tenedores temporales (el veterinario, paseador canino, adiestrador, mozo de cuadra...). Éstos quedarían excluidos por la vía de la buena fe, aunque en realidad no estarían de principio en situación de operar sobre el animal una modificación individualizada que hiciera que habláramos de un nuevo bien y su titularidad. Quizá profesiones como la de mozo de cuadra, que implican una relación diaria con el animal, muy cercana sino similar a la que con éste tiene el dueño, sí podrían sobrepasar la primera criba de la transformación y ser excluidas por la de la buena fe. La presente exclusión podría operar tanto por la vía del artículo 7 del CC como por la del 1258 CC. Es cierto, como bien apunta CARRASCO PERERA, ÁNGEL, en *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 522 que estos artículos «(...) cumplen una función sistemática distinta» pues el 1258 «(...) protege la confianza del acreedor de que el deber de cumplimiento se extienda a las obligaciones implícitas no expresadas en el contrato» mientras que el 7 « (...) protege la confianza del deudor de que los derechos (contractuales) del acreedor no sean ejercitados de una forma que el deudor no podía esperar a tenor del contenido del contrato y de su desarrollo», empero, existen supuestos -como los presentes- en los que caben ambas lecturas: tanto la de que se trata, en esencia, de una limitación del ejercicio de derechos impuesta por el artículo 7 CC (ya que los mencionados tenedores acceden a la tenencia del animal en virtud de un contrato celebrado con su dueño, responsabilidad contractual -la de la tenencia- que no podía esperarse fuera a emplearse como base de una posterior reclamación de la propiedad del animal) como la de que se trata de un incumplimiento ex 1258 CC por parte del tenedor o depositario temporal (entendiendo que éste incumple la obligación implícita de no utilizar la tenencia a la que se accede a través del contrato a efectos de una posterior reclamación de propiedad, es decir, considerando que la "no apropiación" formaba parte del contenido contractual). Quizá, dado que la buena fe es naturalmente subsidiaria y que el 1258 no deja de ser una proyección de la misma sobre ámbito contractual, fuera, en este caso, más acertada la aplicación de éste último.

<sup>82</sup> Dándosele la oportunidad de elegir entre conservar al animal indemnizando o ser indemnizado por el valor de la cosa y perder su propiedad, que adquiriría el especificante. Esto último se dará sobre todo en aquéllos casos en los que el animal devenga no rentable o lucrativo como consecuencia de la transformación operada por el especificante. Por ejemplo, el perro de guarda cuyo adiestramiento queda contaminado por una determinada relación con otro sujeto, cesando su agresividad hacia las personas.

<sup>83</sup> Sin embargo, existen bienes que a pesar de tener un valor puramente patrimonial carecen de equivalente fungible exacto al no haberse puesto nunca a la venta. Por ejemplo, el precio de caballos concretos sólo puede saberse cuando se venden, Fusaichi Pegasus, ganador en el 2000 del Derby de



además de compleja, imperfecta. Sobre esta base, y por criterios de idoneidad, la solución del conflicto ha de ser que el especificante adquiera la propiedad del animal indemnizando el valor patrimonial del mismo. Además, el rechazo de la indemnización por el sujeto para el que el animal sólo tiene un valor económico constituiría un ejercicio abusivo de su derecho, pues carece del interés legítimo que le permitiría exigir la solución alternativa lesiva para la otra parte del conflicto.

Si la transformación fuera operada en el animal sin base posesoria plena, es decir, con mala fe, el dueño del animal podría optar entre conservarlo sin necesidad de indemnizar o exigir que se le indemnizara por el valor del originario y los perjuicios sufridos.

Es también posible que la transformación sea operada tanto por el dueño del animal como por persona distinta del mismo<sup>84</sup>, pintándose sobre lo pintado en el lienzo ajeno. En este caso, la propiedad del bien material sería sólo del primero, pero existiría comunidad sobre la inmaterial. De nuevo, siguiendo el mismo razonamiento, por criterios de idoneidad el animal sería atribuido a los copropietarios del bien inmaterial -o especificantes-, que habrían de indemnizar al propietario de la material.

También es posible que en el ámbito de una **relación convivencial *more uxorio*** se adquiera un animal de compañía, y que exista o no comunidad sobre él dependerá de las circunstancias concretas del caso. La jurisprudencia ha rechazado la aplicación analógica de las normas matrimoniales y, en concreto, de las relativas a la liquidación del régimen económico matrimonial<sup>85</sup>. Sin embargo, sí se ha aceptado jurisprudencialmente el nacimiento de una suerte de sociedad universal *sui generis* basada en la comunidad de bienes y proyectada sobre algunos

---

Kentucky, se supo que valía 70 millones de dólares al ser vendido. Siendo así, se desconocería cuánto habría de pagarse al dueño por desconocerse cuánto se estaría dispuesto a pagar por el bien en el mercado, y sería necesaria una estimación que, al igual que la que se realiza en el terreno de lo emocional, implica márgenes de imperfección.

<sup>84</sup> Es más, será lo más frecuente, porque el principal caso de plenitud posesoria que legitima para adquirir por accesión al animal viene dado por la convivencia tanto con éste último como con el propietario.

<sup>85</sup> La STS 21 de octubre de 1992: «Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al 'libre desarrollo de la personalidad'; art.10 C.E.) (...) no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio ( S. del T. Const. 19/90, de 19-11 y Auto 156/87 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma. » Y en este mismo sentido STS 4 de marzo y 4 de abril de 1997, la STS de 16 de diciembre de 2015: «la doctrina jurisprudencial que lo interpreta establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2005 (Recurso 980/2002 ) y en la Sentencia de fecha 30 de octubre de 2008 (Recurso 1058/2006 ), que establecen la prohibición de aplicar por "analogía legis" las normas que regulan la ruptura matrimonial en general y las referentes a las reguladoras de la compensación económica a uno de los cónyuges en particular, a las situaciones de convivencia "more uxorio" ».

de los adquiridos durante la convivencia<sup>86</sup> tanto cuando existe pacto expreso –que es muy poco frecuente– como cuando se puede deducir de las circunstancias la voluntad tácita de los convivientes de crear un patrimonio común<sup>87</sup>. Así, de existir *facta concludentia*, el animal de compañía formaría parte del patrimonio común siempre que se hubiera adquirido constante la convivencia, salvo que lo hubiera sido por uno de los convivientes y a título gratuito o en sustitución de alguno de sus bienes, o constituyera instrumento para el ejercicio de su profesión<sup>88</sup> (Art 1346 CC).

No ha de pensarse, empero, que la inexistencia de hechos concluyentes lleva indefectiblemente a que el animal pertenezca al conviviente que figura como titular, pues la ausencia de un acervo común general de

---

<sup>86</sup> A pesar de que hay sentencias (STS de 22 de Enero de 2001, STS de 8 de Mayo de 2008 (299/2008) entre otras) que aluden a una comunidad sobre «todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia», el que sean «todos» los que la conformen supone que en la mayor parte de los casos se presume que existe un patrimonio común más amplio que el de gananciales. Si ya en relación con la presunción de cuotas iguales a la que lleva la aplicación del régimen de la comunidad de bienes VAZQUEZ BARROS, S., llegó a una conclusión similar: «No es necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales, conforme el art 393.2 CC, pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (...)» en *La Comunidad de Bienes en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 2005, p, 673. Aplíquese esto a una comunidad compuesta por todos los bienes adquiridos durante la convivencia con independencia de la forma en la que la adquisición haya tenido lugar. No parece razonable que una mera unión de hecho implique más consecuencias económicas que el régimen económico matrimonial que en nuestro ordenamiento supone un mayor compromiso económico. Por todo lo anterior ha de entenderse que cuando la jurisprudencia habla de “todos los bienes adquiridos durante la convivencia” se ha de estar refiriendo en realidad a todos los bienes adquiridos durante la convivencia de forma análoga a los gananciales ex 1347 CC.

<sup>87</sup> La STS nº 299/2008 de 8 de Mayo de 2008 entre otras, establece que «(...) se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las sentencias de 21 octubre 1992, 27 mayo 1998 y 22 enero 2001 admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia*, que consistiré en la “[a]portación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común». De la misma forma, la STS nº 1048/2006 de 19 de Octubre de 2006, haciendo referencia a la imposibilidad de aplicar análogicamente las normas sobre liquidación del régimen económico matrimonial dice que ello «(...) no empece a que puedan (...) las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la “analogía iuris” -como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado-, cuando por “*facta concludentia*” se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común -sentencia de 22 de febrero de 2006 -. » . En este sentido, el TS aclara que se reputa insuficiente la mera convivencia, de forma que no se presume la existencia de esa voluntad tácita en toda unión de hecho, en su sentencia nº 455/2004 de 27 de Mayo de 2004 «no siempre toda comunidad de vida -convivencia *more uxorio* o incluso el matrimonio- lleva consigo necesariamente una comunidad universal o sociedad universal de ganancias; en el presente caso, se ha acreditado que no hubo comunidad de ganancias, por más que hubiera actos comunes de disposición, pero consta que no hubo voluntad expresa o tácita de hacer comunes todos los bienes adquiridos, como el piso litigioso». STS de 22 de Enero de 2001 “no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, (...) evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho»,

<sup>88</sup> En cuyo caso, suponiendo para él un medio para la obtención de lucro o renta entraría dentro de la categoría intermedia de animal de compañía rentable.

bienes adquiridos durante la convivencia no implica la de la comunidad ordinaria sobre la mascota.

En toda relación convivencial se llevan a cabo adquisiciones que, con independencia de quién las realiza, proceden de una decisión conjunta, actuando quien las efectúa en nombre propio pero en interés propio y ajeno. Así, detrás de la práctica totalidad de adquisiciones cotidianas dirigidas a satisfacer las necesidades ordinarias del núcleo doméstico<sup>89</sup> hay un consentimiento tácito de los que lo conforman. Ésta es la razón de que en el ámbito matrimonial se presuma su existencia, estableciéndose que en ejercicio de la potestad doméstica (Art 1319 CC<sup>90</sup>) cualquiera de los cónyuges puede realizar este tipo de actos sin mediar consentimiento del otro.

La adquisición de un animal de compañía no es un acto cotidiano, pero tanto por las implicaciones convivenciales que supone como por el compromiso –económico y de cuidado- normalmente comunitario que conlleva<sup>91</sup>, constituye una decisión naturalmente conjunta. De esta forma, en la mayor parte de los casos, el acto en sí por el que se adquiere no será más que la manifestación del concierto de voluntades anterior *ad intra* entre los convivientes, pues salvo que se hable de cohabitar y no de convivir<sup>92</sup>, ninguno se sustraería de una decisión como esta; y de forma natural la ausencia de consentimiento desembocaría bien en el cese de la convivencia, bien en la devolución del animal –supuestos en los que ya nada habría que dilucidar-. Puede hablarse así de representación tácita indirecta del conviviente que adquiere *ad extra* respecto del otro en cuyo interés también actúa y, al margen de las limitaciones que frente al transmitente comportaría<sup>93</sup>, la titularidad del animal sería conjunta.

---

<sup>89</sup> Se trata de aquellos productos cuya compra será continuada por ser consumibles y atender las necesidades básicas del núcleo doméstico: alimenticias, de limpieza, de higiene personal, farmacéuticas...

<sup>90</sup> Artículo 1319 CC. Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. (...).

<sup>91</sup> Téngase en cuenta que el animal es un bien que requiere una serie de cuidados (cariño, paseo, limpieza...) que reclamará de forma indistinta y que genera una serie de gastos continuos (alimenticios, de higiene, veterinarios...) que tienden a amortizarse como parte de las necesidades ordinarias del núcleo doméstico.

<sup>92</sup> La verdadera convivencia implica que varias personas decidan desarrollar conjuntamente su vida íntima o privada, concibiendo por ello el espacio en el que vayan a hacerlo –y en el que desarrollará también su vida el animal- como común y libre de barreras. En cambio, no hay convivencia sino cohabitación cuando dos o más personas deciden desarrollar su vida íntima en un mismo domicilio pero de forma individual, con la correspondiente adjudicación de espacios que ello implica. Lo que se trata de reflejar es que es prácticamente imposible –salvo que hablemos de un animal que fuera a ocupar un espacio mínimo, como una tortuga o un pez- que una persona que verdaderamente conviva con otra pueda no quedar afectada por la presencia de un animal.

<sup>93</sup> BUSTOS PUECHE, J., en “La llamada representación indirecta” *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* nº 90 2014, haciendo referencia al artículo 1717 CC dice que «La cosa está clara: cada cual vincula su propio patrimonio. Si el mandatario actúa en su nombre, él es el que adquiere derechos y obligaciones frente al tercero. La letra de la ley no creo que permita otra interpretación.».

Puede discutirse acerca del contenido del consentimiento, que es lo que en última instancia determina el contenido del mandato. Consentir la tenencia de algo es dissociable de consentir su adquisición cuando ésta última implica un sacrificio económico significativo. Sin embargo, cuando el objeto sobre el que éstas recaen es un animal cuyo precio, de existir, carece de entidad suficiente, se convierten en contenidos intelectivos – que no en conceptos jurídicos- equivalentes<sup>94</sup>. El que consiente convivir con un animal de compañía carente de valor patrimonial significativo, consiente la adquisición del mismo, pues consiente una tenencia que para el lego resulta indisociable de la del propietario.

Es posible que en determinados supuestos extraordinarios se adquiera al animal por uno de los convivientes sin el previo consentimiento de los demás, o con el asentimiento posterior -en cuyo caso tampoco habría habido representación tácita indirecta ni, por lo tanto, comunidad-. Empero, su excepcionalidad convierte en poco razonable que sea la titularidad individual la presumida. En cambio, la máxima de la experiencia de que la adquisición de un animal de compañía, constante la convivencia, procede naturalmente de una decisión conjunta, unida a las circunstancias que puedan deducirse en el caso concreto, podrían constituir hecho indicio del que presumir que el que realizó el acto de adquisición actuaba como mandatario y, por lo tanto, que la titularidad del animal es conjunta. Así, correspondería al que se presume mandatario enervar el hecho presunto demostrando que la adquisición, en ese caso concreto, fue la manifestación de una decisión unilateral por su parte y que, por lo tanto, él es el único titular del mismo.

En sede de representación indirecta la inexistencia de documento en el que quede plasmada la relación de mandato puede salvarse mediante la prueba –aunque difícil posible- de la vinculación del supuesto mandante y la desvinculación del supuesto mandatario. Sin embargo, en la representación indirecta entre convivientes, el representante también conforma la parte adquirente junto con el representado, resultando aún más complejo el demostrar la vinculación del no personado, ya que lo que habría que probar sería que también se realizó el acto adquisitivo en su interés.

En los casos de inexistencia de comunidad tácita por la vía de la representación indirecta, cabe pensar que la actitud del conviviente no titular frente a la mascota será difícilmente diferenciable de la del propietario, lo que puede dirigir a la discusión de si es o no usucapible una cuota del mismo. Hay parte de la doctrina que defiende que la **usucapión**,

---

<sup>94</sup> El consentimiento se proyecta sobre una realidad concreta, no sobre una categoría jurídica, y es esa realidad la que ha de calificarse jurídicamente. Cuando alguien consiente adquirir algo, su consentimiento se vuelca tanto sobre la eventual contraprestación como sobre las consecuencias que implica su tenencia. De ahí que, siendo la primera significativa, pueda consentirse sólo la segunda –en cuyo caso no habría representación tácita indirecta-: alguien puede consentir tener un caballo pero no estar dispuesto a pagar por él 500.000 €. En cambio, cuando el sacrificio patrimonial es irrelevante en relación con la entidad de la decisión de tener al animal, consentir adquirirlo es consentir su tenencia y viceversa, pues la posesión y sus implicaciones se presentan como la principal consecuencia de la decisión de adquirirlo.

además de poder dar lugar a la extinción de la comunidad, constituye una forma de creación o constitución de la misma, es decir, que es posible usucapir una cuota de un bien poseyéndolo en concepto de copropietario, pacífica, pública e ininterrumpidamente durante el tiempo que el código establece<sup>95</sup>. Dado que *el concepto en el que se posea determina el derecho que (...) se adquirirá por usucapición*<sup>96</sup> ¿podría sostenerse que quien posee al animal en concepto de cotitular del derecho de propiedad deviene copropietario?

En la práctica resulta imposible distinguir la posesión en concepto de copropietario de la mera posesión natural cuando el sujeto junto al que se presenta como cotitular el usucapiente es el verdadero dueño del bien. Se posee en concepto de copropietario cuando se llevan a cabo actos que sólo el dueño puede realizar, pero reconociéndose la existencia de otro cotitular. Ese reconocimiento que el poseedor hace de la titularidad del dueño es lo que en la práctica sirve para calificar de tolerados los actos que el primero realiza<sup>97</sup> de ahí que se haya acabado afirmando que *cualquiera que posea reconociendo la propiedad de otro, posee para éste*<sup>98</sup>. Y es que aunque sea distinto el supuesto del que usa el bien por mera licencia del dueño y del que actúa como copropietario junto al mismo, usando y disponiendo del bien en plano de igualdad<sup>98</sup>, la oscuridad en la práctica es insalvable<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> «Pese a lo que pudiera parecer a primera vista, no existe impedimento alguno a que la usucapición, modo originario de adquirir la propiedad y otros derechos reales, pueda actuar para la obtención del resultado de la comunidad. (...) La particularidad, en este caso, radica en que quien usucape lo ha de hacer en concepto de titular no único del derecho, es decir admite y reconoce que existen otros cotitulares y posee una cuota. », GETE-ALONSO Y CALERA, M., C en *División de la Comunidad de bienes*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 36.

<sup>96</sup> DE PABLO CONTRERAS, P en "La usucapición" del *Curso de derecho civil III. Derechos Reales*, Colex, Madrid, 2011, p. 400 y 401.

<sup>97</sup> SAP de Cantabria nº 157/2002, de 18 de Marzo de 2002 «(...) respecto de la adquisición del dominio – o del usufructo- del piso por usucapición, ha de partirse de un hecho más que evidente, y es que la posesión del piso por los demandados nunca ha sido en concepto de dueño (artículo 1941 CC), pues siempre han sido conscientes de la titularidad que sobre la vivienda ostentaba el actor y comprador (...). De esta forma, los actos que son propios del propietario de un bien pero en los que se reconoce la existencia de un titular distinto de aquél que los realiza (que es la definición misma de la posesión en concepto de copropietario) serían considerados propios de precarista.

<sup>98</sup> Esta misma confusión se da en la usucapición del derecho de usufructo: «(...) aunque nada se oponga a la aplicación de la usucapición de usufructo con un régimen paralelo al de propiedad, cuestiones de base fáctica dificultan notablemente su habitualidad. (...) el concepto posesorio del usufructuario es equívoco, por su propia naturaleza, en cuanto a que el uso directo puede resultar indistinguible de otros tipos de posesión, como pudiera ser la derivada de un arrendamiento o, sobre todo, de un precario. » MACANÁS, G., en "Adquisición originaria del usufructo" LECIÑENA IBARRA, A (Coord) *Tratado de Usufructo*, La Ley, Madrid, 2016, p. 304.

<sup>99</sup> En teoría puede reconocerse la propiedad ajena sin negar la propia, pero es difícil esquivar la interrupción de la posesión *ad usucapionem* a la que lleva el artículo 1948 CC. Podría sostenerse que lo que señala el precepto como causa de interrupción es que el poseedor reconozca, expresa o tácitamente, que el derecho que posee no es de su titularidad, y así, si el que posee en concepto de usufructuario no incurre en la misma si reconoce que otro es titular del derecho de nuda propiedad, tampoco incurriría en ella el que posee en concepto de copropietario si reconoce que el verdadero dueño es también titular del derecho de propiedad. Sin embargo, se vaciaría de contenido el precepto, pues el reconocimiento al que se refiere no consiste en una declaración detallada de la posición jurídica que se admite ocupa el verdadero titular, de

Por el contrario, no existe conflicto si el sujeto se presenta como copropietario junto a otros que tampoco lo son, pues no hay riesgo de que esa posesión se confunda con la natural. Así, se ha aceptado que un sujeto pueda usucapir para sí y para otros la propiedad de un bien actuando como copropietario<sup>100</sup>.

## 2.2. El problema de la división

### 2.2.1. Premisa

El CC, sirviéndose del modelo de comunidad ordinaria *pro indiviso*, concibe como incidental la situación de comunidad, razón por la cual en su régimen general se abren distintas vías<sup>101</sup> que facilitan o persiguen su extinción y se consagra el derecho de disponer libremente de la cuota por cada comunero<sup>102</sup>, cesando para él la situación de comunidad, aunque ésta no llegue a extinguirse.

Así, el ejercicio de la acción de división (Art 400 CC)<sup>103</sup> constituye una de las vías de salida de esta situación temporal<sup>104</sup>, poniéndose a disposición

---

forma que pudiendo ser todo derecho titularidad de varias personas, siempre podría pensarse que el reconocimiento no iba dirigido a sostener que el poseedor no es titular del derecho y lo es aquél al que se reconoce como tal, sino que el poseedor no es titular único y aquél al que se reconoce como tal lo es también.

<sup>100</sup> «El que posea la cosa totalmente, pero no en concepto de ser él el titular exclusivo del derecho que posee (así, el que la posee como siendo copropiedad de él y de otros), la usucape para sí y para aquellos de los que se reputa cotitular». ALBALADEJO, M., en *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. (2010, p. 172).

<sup>101</sup> Una de ellas es la acción de división (art. 400. I CC), pero también lo es la limitación de las posibilidades de pactar la indivisión (art 400.II CC), así como el retracto de comuneros (art. 1.522 CC), que facilita la consolidación.

<sup>102</sup> Artículo 399 CC. Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

<sup>103</sup> Artículo 400 CC. Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.

<sup>104</sup> Las normas que regulan la comunidad lo hacen no sólo concibiéndola como temporal sino imponiendo que ésta lo sea, al menos de principio, a través de la prohibición de los pactos de indivisión de más de diez años (Art 400 CC). Pretenden así evitar las manos muertas, es decir, la muerte de los bienes en manos de aquéllos que los adquieren. CRESPO ALLUÉ en *División de la Comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993, p. 29, cita a BELTRAN HEREIDA que sostiene que «la comunidad ni surge, ni se mantiene por razones de conveniencia económica, antes al contrario, representa un estado antieconómico de los bienes; y ello para la Ley, no puede suponer una institución permanente, sino puramente temporal y transitoria, impuesta por el formalismo jurídico (...)» *La comunidad de bienes en el Derecho Español* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 330. A su vez, VAZQUEZ BARROS, S., en *Comunidad de bienes en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 29, hace referencia al carácter incidental de la comunidad de bienes, íntimamente relacionado con su temporalidad pues que se regule como una institución temporal tiene que ver tanto con la inconveniencia que tradicionalmente se le ha adjudicado como de la ausencia de voluntad de los partícipes de la misma «Se trata de un efecto que se produce al margen de la voluntad de los copartícipes en una doble vertiente: a) no cabe que dos personas sean co-

de los comuneros no sólo una forma de abandonar la comunidad, lo cual sería posible a través de la enajenación de su cuota, sino una facultad que permite exigir la división de la cosa común mediante la destrucción de la comunidad, consecuencia que ha de soportar el resto. A través de la *actio communi dividundo* el comunero concreta el objeto que con arreglo a su cuota le correspondería, pudiendo recibir una porción física del bien, que es hacia lo que el precepto se orienta. Sin embargo, determinados bienes no soportan la división material sin que su naturaleza se vea alterada o su función destruida, casos éstos en los que se ha de recurrir a la división civil, que conduce a la recepción del valor económico del derecho por su titular.

Para ello, el artículo 404 CC ordena que se proceda a la venta de la cosa, que sería el animal, y al reparto de su precio, empero, no especifica el cómo habría de procederse a la misma, sentido en el que ha de ser completado. A pesar de que por mandato del artículo 406 las normas sobre división de comunidad ordinaria sean complementadas de forma general por las de división de la herencia, tratándose en este caso concreto de un cómo y no de un qué, parece más apropiada la utilización de normas adjetivas que sustantivas, ya que despejan la incógnita de la forma sin suponer variaciones en lo sí regulado por el artículo. Y es que el 1062 Cc no prevé como el 404 la venta de la cosa de forma imperativa, sino que deja abierta la puerta a la adjudicación<sup>105</sup>. Por el contrario, el artículo 636<sup>106</sup> de la LEC, partiendo sobre la base de la realización del bien, regula las formas en las que se podría proceder a la misma y aclara que se recurrirá a la pública subasta salvo cuando se solicite y ordene que se enajene a través de persona o entidad especializada.

Por su parte, las normas sobre partición hereditaria conducen a que el animal pueda ser o bien adjudicado a uno de los integrantes compensando al resto, o bien vendido en subasta pública con el correspondiente reparto de su precio, debiendo el juez acudir a esta última vía siempre que uno de

---

titulares de un mismo derecho pro-indiviso y no estén en comunidad; y b) no cabe que dos personas, sin ser co-titulares del mismo derecho, estén en comunidad. ».

<sup>105</sup> Podría pensarse que dado que el 404 CC parte de la falta de acuerdo para acudir a la subasta, la fórmula del 1062 nos lleva al mismo resultado al señalar la misma como imperativa si alguno de los coherederos la solicita, pues en ambos casos la falta de acuerdo nos conduce a ella como solución. Sin embargo es posible que no exista tal acuerdo pero ninguno de los comuneros desee por ello la subasta judicial como remedio. En definitiva, el 404 y el 1062 son preceptos con matices diferenciales que introducen complejidades innecesarias.

<sup>106</sup> Artículo 636 LEC. Realización de bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores 1. Los bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores se realizarán en la forma convenida entre las partes e interesados y aprobada por el Secretario judicial encargado de la ejecución, con arreglo a lo previsto en esta ley. 2. A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes embargados se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos: 1.º Enajenación por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstos en esta Ley. 2.º Subasta judicial. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, una vez embargados los bienes por el Secretario judicial, se practicarán las actuaciones precisas para la subasta judicial de los mismos, que se producirá en el plazo señalado si antes no se solicita y se ordena, con arreglo a lo previsto en esta Ley, que la realización forzosa se lleve a cabo de manera diferente.

los integrantes lo solicite (Art. 1062 Cc)<sup>107</sup>. Esto daría a aquéllos para los que el animal no tiene ningún valor la oportunidad de aprovechar el que sí lo tenga para otros, a los que podrían presionar para aceptar un acuerdo desventajoso en relación con el resto de bienes si quisieran conservar al animal<sup>108</sup>, ya que llegada la fase judicial bastaría con que uno propusiera la pública subasta para que se procediera a ella<sup>109</sup> y, pujando, podrían los primeros hacerse con él.

El desenlace es similar en los casos de liquidación de gananciales, ya que a falta de acuerdo entre los cónyuges o ex cónyuges sobre la formación de los lotes, se habría de aplicar el artículo 1062 CC por mandato del 1410 CC<sup>110</sup>. Además, el tenor del artículo 1405 CC<sup>111</sup> permite que el cónyuge que sea acreedor personal del otro exija la adjudicación a su favor del animal si el deudor no pagase voluntariamente.

Las normas que regulan la división articulan la concreción del derecho real de algunos (adjudicación) o todos los comuneros (subasta) en uno de crédito como solución a la indivisibilidad de la cosa, partiendo de la premisa de que el valor de todo bien es económico. Sin embargo, devienen inservibles para bienes indivisibles cuyo valor no es económico, sino esencialmente extrapatrimonial, no puede existir equivalente pecuniario, pues no habría una correcta concreción del derecho si el objeto sobre el que finalmente recayera tuviera un valor de naturaleza distinta a aquél sobre el que originariamente se proyectaba<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga. »

<sup>108</sup> Por ejemplo, en una comunidad hereditaria en la que los bienes comunes fueran el perro del causante y un coche de lujo, los co-herederos que no tuvieran ningún tipo de aprecio por el animal pero sí quisieran obtener el máximo lucro posible del automóvil, podrían forzar a quienes desearan conservar al canino a no recibir su porción correspondiente del dinero en el que se materializara el coche, beneficiándose así los primeros a costa de los segundos.

<sup>109</sup> En este sentido, ABELLA RUBIO, JM en *La división de la cosa común en el Código civil*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 100, aduce que aunque parte de la doctrina como BORRELL Y SOLER sostiene que «no es procedente la venta de la cosa a un extraño cuando un copropietario esté dispuesto a quedársela por un precio aceptable, y que además dicha venta se puede deber a «motivos mezquinos» o «sentimientos rencorosos» (...) su argumentación (...) por una parte emplea términos muy relativos y poco objetivos; y por otra, nada impediría al copropietario que pretende quedarse con la cosa acudir a la subasta para adjudicarse la misma». En realidad, el verdadero problema viene dado porque esto último que alega como argumento ABELLA RUBIO ocurra, ya que si los co-herederos o co-legatarios para los que carece de valor el animal pujaran en la pública subasta hasta hacerse con él, contarían con un importante elemento de presión tras la partición y, sobre todo, en caso de que ésta desemboque en una comunidad ordinaria sobre el resto de bienes hereditarios.

<sup>110</sup> «En todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de los bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia. »

<sup>111</sup> «Si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente. »

<sup>112</sup> «Sí sería posible, por supuesto, enajenar el derecho de usufructo en sí mismo considerado y repartir entre sus titulares originarios el precio; y de hecho esta es la solución que el Código civil propone para el caso en el que haya de dividirse una cosa esencialmente indivisible (cfr. art. 404 CC). Pero esta solución que implicaría una profunda alteración del derecho de los comuneros, (...) no parece que pueda ser



### 2.2.2 Ejecución de la división

La mayor parte de los bienes tienen un valor esencialmente patrimonial, por eso las normas que regulan la comunidad de bienes parten de esa premisa, pero además, de forma general -y parece razonable que así sea-, la valoración económica se utiliza como subsidiaria para resolver casos en los que existe una imposibilidad de valorar o concretar de forma más específica. En sede de daños, por ejemplo, se ha acabado admitiendo la resarcibilidad de los morales aún a pesar de que la naturaleza de los mismos no es patrimonial.

Daño y bien, ambos de naturaleza y valor no patrimonial terminan concretándose en una cuantía económica. Pero se ha de distinguir la utilización del dinero como medio con el que se compensa a un sujeto un daño no reparable de naturaleza extrapatrimonial, por una parte, de su empleo como sustitutivo de bienes de valor no patrimonial, por otra. En el primer caso existe un daño que, por no ser patrimonial, no es posible reparar pecuniariamente. No siendo reparable, y frente a la alternativa de que la víctima no reciba nada, se opta por la indemnización como mecanismo compensatorio. En el segundo caso, por el contrario, se está creando un daño al cotitular cuando se sustituye su derecho sobre un bien de valor extrapatrimonial por su equivalente económico.

En definitiva: en el primer caso el dinero sería la herramienta para compensar un daño que ya existe y no es reparable, y en el segundo, se crearía un daño precisamente como consecuencia de su utilización como sustitutivo.

Paradójicamente, el daño que se provoca como consecuencia de la mala concreción del derecho, de la pérdida de la cosa, es un daño moral por ser el bien de valor extrapatrimonial, y procedería que se compensara como tal. Podría pensarse en este punto que si el daño queda compensado el problema queda solucionado. Pero si así fuera se estaría convirtiendo la indemnización en una especie de precio. Se llegaría a la conclusión de que se está legitimado para provocar un daño si posteriormente se compensa pecuniariamente a la víctima, y no es ésta la naturaleza ni razón de ser de la indemnización.

Además, más allá del problema que comporta la incorrecta concreción del derecho y el daño moral en el que desemboca, persistiría el conflicto respecto a la posibilidad misma de que los mecanismos que conducen al problema mencionado sean aplicados. Tanto la venta, ya sea a través de subasta o de persona o entidad especializada, como la adjudicación, concretan económicamente el valor patrimonial del bien sobre el que operan. Sobre esa base materializan pecuniariamente los derechos de los

---

impuesta simplemente porque uno de ellos lo desea» ATAZ LÓPEZ, J en "Estructura del usufructo" LECIÑENA IBARRA, A (Coord) *Tratado de Usufructo*, La Ley, Madrid, 2016, p.210.

comuneros que no se convierten en compradores o adjudicatarios. De esta forma, todos devendrían inaplicables en relación con bienes que, objetivamente, carecen de valor patrimonial.

El animal familiar carece de valor patrimonial para su dueño, pero puede o no tenerlo para terceros ajenos a esa relación, siendo posible hablar, en este sentido, de animal familiar carente de valor patrimonial en sentido absoluto y relativo<sup>113</sup>. El hecho de que el animal presente en el mercado un elevado valor patrimonial en nada afecta al vínculo y valor que tiene con y para su dueño, pero sí determinaría el tipo de conflicto que surge en relación con los mecanismos propuestos por el CC. En los casos de animal familiar carente de valor patrimonial en sentido absoluto, los mecanismos mencionados serían inaplicables por ineptos, pues no habría valor patrimonial alguno que concretar económicamente. En cambio, en los de animal familiar carente de valor patrimonial en sentido relativo, los mecanismos serían aptos pero lesivos, y ello porque aunque sí son objetivamente susceptibles de valoración económica, la incorrecta materialización del derecho real del cotitular podría provocar un daño moral.

En suma, ninguna de las formas de división propuestas por la ley resuelve el conflicto que la copropiedad de un animal de compañía supone. La inmensa mayoría de estas situaciones responden a la existencia de una comunidad de vida entre los condueños, comunidad de la que acaba formando parte la mascota, y ésta es la razón de que se llegue normalmente a la vía judicial con un conflicto positivo.

### 2.3 La indivisibilidad de la comunidad sobre animal de compañía

A pesar de que el artículo 400 reconoce a todo comunero la facultad de instar la división de la cosa, el artículo 401 CC<sup>114</sup> reconoce la existencia de comunidades indivisibles, no ya materialmente, sino también económica o civilmente.

Sin embargo, la doctrina ha discutido sobre si verdaderamente este precepto excluye la división o si, al igual que el artículo 404, supone sólo la modificación de la misma. Algunos autores sostienen que la división civil sirve como remedio tanto para los casos de bienes esencialmente indivisibles como para los de bienes que resultan inservibles tras su división<sup>115</sup>. Parte de ellos

---

<sup>113</sup> Los sementales árabes de pura sangre pueden ser animales de compañía, y aunque para sus titulares tengan un valor emocional, en el mercado presentan un alto valor patrimonial, de ahí que se diga que carecen de valor patrimonial en sentido relativo. En cambio, un gato callejero carece de valor patrimonial en sentido absoluto, tanto para sus dueños, como para terceros.

<sup>114</sup> Párrafo primero del artículo 401 CC. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina.

<sup>115</sup> CRESPO ALLUÉ, F., en *División de la Comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993, p.126 y 127 expone la opinión que SÁNCHEZ ROMAN vierte en *Derecho Civil*, T. III, Madrid, 1900, p.185, «pues, aunque parece que el supuesto del artículo 401 es sólo el de que la cosa resulta inservible (...) y el del 404 es que

interpreta que la inutilidad a la que se refiere el artículo 401 deriva de la división material de los bienes (ampliación de la indivisibilidad material que ya se produce por la vía del 1062<sup>116</sup>, al que habría que dejar al margen<sup>117</sup>) y otra parte<sup>118</sup>, a pesar de que asume la existencia de comunidades forzosas<sup>119</sup> y entiende que es a éstas a las que el artículo 401 se refiere, considera que en éste sólo hay una modificación de la división y no una exclusión.

Mucho más razonable parece entender, por motivos de utilidad y teniendo en cuenta el precedente de la norma, que el precepto excluye todo tipo de división en aquellos casos en los que la cosa, bien carece de utilidad de forma autónoma –por ejemplo un vestíbulo, un patio, un camino o una escalera-, bien carece de utilidad de forma absoluta para todos lo que no sean los propios comuneros –por ejemplo un álbum de fotografías familiares-<sup>120</sup>. Pues son casos en los que, por motivos socioeconómicos, resulta inútil que operen las normas ya examinadas.

Así, sería comunidad forzosa la que recae sobre un bien que perdería su valor de ser adjudicado a persona distinta de los comuneros, categoría de la que forma parte el animal de compañía carente de valor patrimonial en sentido

---

la cosa fuera esencialmente indivisible, esta diversidad literal de motivos (...) no aporta una razón diferencial que haga inaplicable el remedio del artículo 404 al caso del 401, ambos de indivisión material, pero bien susceptibles los dos de dicho 404 (...)», y ALBALADEJO en *Derecho Civil*, T. III, vol. 1.º, 6.ª ed., Barcelona, 1989, p. 407: «no es que no proceda la división ni material ni económica (por lo que los dueños habrían de seguir en comunidad), sino que no procede la material, pero sí la económica, por lo que si no hay acuerdo unánime entre los interesados para quedársela uno indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio».

<sup>116</sup> Por el que se añade a los supuestos de bienes esencialmente indivisibles los de bienes que se desmerezcan mucho por su división.

<sup>117</sup> VÁZQUEZ BARROS, S., lo pone de manifiesto en *La Comunidad de Bienes en el Código Civil* p. 292 «La relación, por lo demás, con el art. 404, más que un argumento favorable, es una contradicción, porque el legislador vendría a decir lo mismo de muy diversa manera y en preceptos duplicados, dejando aparte el art. 1062. Pero si se trae a colación este precepto, como quiere Poveda, no se ve cómo puede apoyar que el art. 401.1 no excluya la acción de división ».

<sup>118</sup> Entre ellos BELTRÁN HEREIDA al que cita CRESPO ALLUÉ en *La división de la Comunidad de bienes* p. 127 y 128 «Según el prestigioso autor, el precepto del artículo 401 a primera vista parece una verdadera excepción a la facultad de pedir la división (...), pero puesto en relación con el artículo 404, resulta simplemente una modificación (...) Más adelante, el autor citado distingue los casos de simple indivisión forzosa, (...) de los supuestos de verdadera comunidad forzosa (...). Concluyendo, que el artículo 401 sólo contempla el supuesto de comunidad forzosa y no de simple indivisión, ya que en ésta, como dijo anteriormente, continuará siendo posible siempre el ejercicio de la acción de división. Y, sin embargo, a pesar de esto, entiende que sería aplicable a la comunidad forzosa el artículo 404, como cosas "esencialmente indivisibles". » en *La Comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, 1954, Editorial Revista de derecho privado, p. 343 y ss.

<sup>119</sup> Definida por el propio BELTRÁN HEREIDA –al que cita CRESPO ALLUÉ en *La división de la Comunidad de bienes*– como «en los que las cosas están unidas de tal modo que no son posibles ni la división, ni la disposición, ni la renuncia de las mismas, a no ser que se disponga o renuncie al derecho de propiedad individual al que sirven» p. 128.

<sup>120</sup> De nuevo, CRESPO ALLUÉ, F., en *División de la Comunidad de bienes*, p.134 dice que «BRANCA comentando el precepto que como se ha dicho es precedente de nuestro 401, explicaba que "cuando el bien común: a) proporciona utilidad personal sólo para los comuneros, de modo que adjudicado a otra persona no tendrá ningún valor (por ejemplo, una colección de documentos familiares); b) o cuando el bien no sea útil en si mismo, sino en relación con otras cosas (...)"» *Commentario del Codice Civil a cura di* A. SCIALOJA e G. BRANCA. Libro III. Della proprietà; arts 1100-1172, Bolonia-Roma 1951, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano p.225.

absoluto. Se descarta por alguno<sup>121</sup>, empero, como comunidad indivisible, sobre la base de que todavía podría producirse la división mediante la adjudicación de la cosa a uno de ellos, bien alcanzándose un acuerdo al respecto, bien, en última instancia, a través de subasta con ellos como únicos licitadores

En sede de valor extrapatrimonial hay que diferenciar con cuidado conceptos que parecen próximos en un plano teórico pero que se alejan cuando se materializan. Los bienes que carecen de valor patrimonial en sentido relativo, es decir, aquéllos que carecen del mismo sólo para sus dueños por el vínculo emocional existente, quedan absolutamente al margen de una posible comunidad indivisible. Por mucho que para los comuneros careciera de valor patrimonial el yate familiar, éste presenta uno alto para cualquier tercero, siendo posible recurrir a la subasta. En cambio, el álbum familiar antes mencionado es un bien que carece de valor patrimonial en sentido absoluto, pues carece de utilidad para todo el que no sea comunero. Dentro de ésta última categoría, hay que distinguir a su vez, los bienes en los que podrían penetrar derechos de la personalidad del sujeto y aquellos en los que no.

Hay bienes -como el álbum de fotos familiar- que puede discutirse si son o no soporte de derechos de la personalidad de los comuneros, y si, por lo tanto, es posible reducir su valor puramente extrapatrimonial a un plano económico a efectos de una subasta familiar que permitiera la disolución de la comunidad. En cambio, hay otros bienes que de forma más clara resultan penetrados por este tipo de derechos, suponiendo su privación una vulneración de los mismos ¿Se podría en el seno de una comunidad ordinaria *ex mortis causa*, conformada por los nietos del difunto, pujar por las cenizas del abuelo? Parece que en consonancia con la STC de 1 de Febrero de 2016 antes mencionada, al igual que ocurre con los restos fetales, privar a cualquiera de los comuneros de las cenizas de un familiar difunto provocaría una vulneración de sus derechos de la personalidad, siendo así la comunidad sobre ellas indivisible.

Por lo tanto, puede concluirse que la comunidad sobre animal de compañía carente de valor patrimonial en sentido absoluto es indivisible, pues no puede privarse a ninguno de los comuneros de la mascota sin vulnerar su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así la comunidad ordinaria habría de persistir pero con una dinámica de disfrute distinta -en lugar de simultáneo, por turnos-.

### 3. CONCLUSIONES

**Primera.-** El Derecho civil mantiene a los animales en la misma categoría jurídica que el legislador del S. XIX les otorgó, ignorando los cambios sustanciales de su estatuto jurídico derivado de la evolución de su relación

---

<sup>121</sup> CRESPO ALLUÉ, F en *La división de la Comunidad de bienes*: « -pues, si bien el ejemplo que citaba el autor italiano de los documentos familiares sea correcto en cuanto dicho objeto carece de interés y valor económico, para quien sea extraño al grupo de familiares copropietarios, no creemos excluya la posibilidad de disolver la comunidad mediante la íntegra adjudicación a uno de ellos, bien de mutuo acuerdo, bien mediante su venta en pública subasta, siendo únicos licitadores los copropietarios-», p. 135.

con las personas, de una naturaleza que puede ahora ser completamente distinta a la meramente patrimonial. Como el Derecho rara vez puede sustraerse por completo a la fuerza de la realidad, asumida por la sociedad, otros ámbitos de lo jurídico, más impropios para regular estas categorías pero más flexibles en su creación normativa, han asumido la regulación.

**Segunda.-** Plantear la inmersión de los animales en la categoría de sujetos de derecho, o la proposición de una regulación *ex nihilo* en la que ubicarlos, carece de utilidad. Las propuestas de *lege ferenda* no resuelven problemas actuales más allá de una hipótesis imposible con el derecho en vigor. Además, no es tampoco necesario, ni idóneo, para conseguir una mayor tutela del animal doméstico, siendo el mero cambio del término una meta inane, sin más contenido que la mera apariencia.

**Tercera.-** El animal de compañía puede considerarse como un bien de naturaleza y valor fundamentalmente extrapatrimonial, constituyendo un soporte para los derechos de la personalidad del sujeto. Su privación supondría la vulneración de aquellos derechos, cuando no la destrucción de los mismos, dañando de forma irremediable a su titular.

**Cuarta.-** El patrón del intercambio oneroso no es válido para resolver el conflicto de la titularidad del animal de compañía cuando éste cumple una función principal extrapatrimonial, integrado en el seno de una comunidad de familiar o de vida. A tales efectos, se puede recurrir a institutos jurídicos válidos y vigentes para, siguiendo su *ratio*, aplicar sus efectos a esta situación, consiguiendo clarificar y sistematizar la categoría con los instrumentos disponibles, actualizando su interpretación –sin rebasar su contenido– en tanto no se acometa una mayor modernización. Así, la accesión del bien inmaterial que en el animal penetra, o la consideración de su adquisición comunitaria, aunque sólo uno de los comuneros lo compre representando indirectamente al otro, pueden solucionar problemas cuya sustantividad parte de la inexistencia de un valor patrimonial que el Derecho decimonónico presupone.

**Quinta.-** Las formas de división de la comunidad de bienes previstas por la ley, devendrían, bien ineptas, bien aptas pero lesivas si fueran rígidamente aplicadas a la comunidad sobre animal de compañía. Por lo tanto, es necesario replantear su ámbito de aplicación y, si se considera que en determinados supuestos el animal de compañía puede resultar esencialmente indivisible, renunciar a toda forma de división que asuma como instrumento la reducción de la cosa a un valor patrimonial –en estos casos inexistente–. No resultaría además contrario a los principios codiciales, toda vez que la comunidad sobre un ser vivo no excedería, de forma natural, los límites temporales que la norma prevé como tolerable.

#### 4. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

##### Jurisprudencia comunitaria

Número y fecha	Asunto	Magistrado Ponente/Presidente
STJUE de 23 de abril de 1986	294/83	<i>T. Koopmans</i>
STJUE de 23 de febrero de 1988	131/86	<i>G. Bosco</i>
STJUE de 12 de julio de 2001	C-189/01	<i>L. Sevón</i>

##### Jurisprudencia nacional

Tribunal, Nº de resolución y Fecha	Sección ó Sala	Magistrado Ponente
STS 299/2008, de 8 de mayo	Sección Primera	<i>Encarnación Roca Trías</i>
STS 1048/2006, de 19 de octubre	Sección Primera	<i>Ignacio Sierra Gil de la Cuesta</i>
STS 455/2004, de 27 de mayo	Sección Primera	<i>Xavier O'Callaghan Muñoz</i>
STS 0193, de 21 de octubre de 1992	Sección Primera	<i>Francisco Morales Morales</i>
STS 8/2001, de 22 de enero	Sección Primera	<i>Pedro González Poveda</i>
STC 93/2013, de 23 de abril	Pleno	<i>Adela Asua Batarrita</i>
STC 11/2016, de 1 de febrero	Sala Primera	<i>Andrés Ollero Tassara</i>
SAP de Granada 223/2015, de 31 de marzo	Sección Primera	<i>Francisco Javier Zurita Millán</i>
SAP de Cantabria 157/2002, de 18 de marzo	Sección Tercera	<i>Agustín Alonso Roca</i>

#### 5. BIBLIOGRAFÍA

ABELLA RUBIO, *La división de la cosa común en el Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2003.

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil III Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010.

ALONSO GARCÍA, E., *Bienestar Animal: Legislación Ejecución y Control*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y Editorial

Iustel, 2010.

ATAZ LÓPEZ, J., "Estructura del usufructo", en LECIÑENA IBARRA, A (Coord) *Tratado de Usufructo*, La Ley, Madrid 2016.

BÉCARES MENCIAOLA, C. Y GONZÁLEZ LACABEX, M., "Avances y retos del derecho animal en España", en BALTASAR, B (Coord) *El Derecho de los animales*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

BELTRÁN HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord) *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blach, Valencia 2015.

BRANCA, G E SCIALOJA, A *Commentario del Codice Civil a cura* Libro III. Della proprietà; arts 1100-1172, Bolonia-Roma 1951, Zanichelli e Società Editoriale del Foro Italiano.

BUSTOS PUECHE, J., "La llamada representación indirecta" *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 90, 2014, pp. 2731-2762.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

CRESPO ALLUÉ, F., *La División de la Comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993.

DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord) *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales*, Colex, Madrid, 2011.

DOMÈNECH PASCUAL, G., "La posibilidad de limitar los derechos fundamentales en aras del bienestar animal" en *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, Febrero de 2005, pp. 12-27.

FRANCISKOVIC INGUNZA, B., "Los animales desde una perspectiva del Derecho ¿Son realmente objetos de derecho o requieren de una nueva categorización?", *SelectedWorks*, Diciembre de 2012.

GARCÍA SOLÉ, M., "El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección", *Revista de Bioética y Derecho*, Enero de 2010.

GETE-ALONSO Y CALERA, M., *División de la Comunidad de Bienes*, Atelier, Barcelona, 2012.

HAVA GARCÍA, E., "La protección del bienestar animal a través del derecho penal", *Estudios Penales y Criminólogos*, vol. XXXI, nº 31, 2011, pp. 259-304.

KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, Ciudad de México, 1982.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La categoría jurídica sujeto/objeto y su insuficiencia

respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza y Cuyo*, vol. XXVII, 2009, pp. 311-327.

LACRUZ BERDEJO, J., en *Elementos de Derecho civil III Derechos Reales*, vol I. *Posesión y Propiedad*, Dykinson, Madrid, 2003.

LUDWIG, R. & O’GORMAN, R., *A Cock and Bull Story? Problems with the Protection of Animal Welfare in EU Law and Some Proposed Solutions*, *Journal of Environmental Law* Vol. 20 N.º. 3 p. 366-370 (2008).

MACANÁS, G., “Adquisición originaria del usufructo”, LECIÑENA IBARRA, A. (Coord) *Tratado de Usufructo*, La Ley, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MESTRE DELGADO, E., “La ecología como bien jurídico protegido en la Ley Penal”, *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 42, 2007.

MUÑOZ MACHADO, S., *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999.

RÍOS CORBACHO, J., “Comentario en relación al maltrato de animales en la nueva reforma del Código Penal español (LO 1/2015)”, *DA de derecho animal*, abril de 2014.

RODRÍGUEZ TAPIA, J Y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

ROGEL VIDE, C., “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad”, *Estudios de Derecho Civil, Persona y Familia*, Reus, Madrid, 2008.

ROSELLÓ MANZANO, R., *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Reus, Madrid, 2011.

TERUEL LOZANO, G., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015.

VÁZQUEZ BARROS, S., *La Comunidad de bienes en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2005.