

## **Casuística sobre Separaciones y divorcios de mutuo acuerdo**

Página inicial: <http://www.nuevodivorcio.com>

### **CONVENIO REGULADOR**

**Tema:** Derecho de visitas al Perro de la expareja. Las partes acordaron en el convenio Regulador que el esposo, "previo acuerdo", podría visitar al perro de la ex-esposa, sin concretar más el mismo. El Tribunal decide que no se puede ejecutar tal acuerdo por la vía de la ejecución forzosa de sentencias ya que los términos del convenio no implican derecho alguno susceptible de ser ejecutado, en la medida que vendría a ser una obligación sujeta a la condición de la exclusiva voluntad de quien hubiera de cumplirla, lo que implica que la cláusula sea nula e ineficaz

Audiencia Provincial de Barcelona, sección 20ª-A, de fecha 5 de abril de 2006, nº 78/2006, recurso1055/2005. Ponent: D. José-Pascual Ortuño Muñoz.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva del Auto apelado es del tenor literal siguiente:

"Fallo: Desestimo el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Molina contra la providencia de 6 de junio de 2305".

**SEGUNDO.-** Contra el anterior Auto interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 22 de marzo de 2006.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Pascual Ortuño Muñoz.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

No se admiten los Fundamentos de Derecho del auto apelado.

**PRIMERO.-** La resolución que es objeto de recurso, auto de 25.4.2005, ha desestimado la oposición a la solicitud de ejecución despachada a instancias de D. Santiago y ha mandado seguir adelante la misma, con

condena al pago de las costas a quien se opuso a la pretensión del actor. También se ha acumulado al anterior recurso la apelación interpuesta por la demandada contra el auto de 8.7.05, dictado en ejecución de la anterior resolución, de la que trae causa.

La obligación que se pretende ejecutar es un eventual derecho de visitas que el Sr. Santiago invoca, respecto a un perro propiedad de la ex mujer. Tal derecho que el actor pretende que le sea reconocido y garantizado por los tribunales a visitar al can Yako, dimana de un pacto entre ambos esposos recogido en el convenio regulador de su separación matrimonial.

Efectivamente, en el pacto quinto del convenio regulador, se recoge textualmente que “D<sup>a</sup> Flor, se adjudica el perro raza Golden Retriever, que es de su propiedad, con el chip núm. 000, pudiéndolo visitar el Sr. Santiago siempre que queiera, previo acuerdo con D<sup>a</sup> Flor”.

Cuando la demandada ha negado al ex marido las visitas al perro, éste ha demandado la ejecución forzosa del pacto, que ha sido despachada por el juzgado de primera instancia.

Frente a la oposición formulada por la propietaria del animal, la resolución impugnada mantiene la vigencia del pacto y la obligación de que se cumpla en los términos establecidos, con base en el principio de ejecutabilidad de las sentencias firmes, y para el caso de su incumplimiento voluntario, la procedencia de fijar un régimen de visitas sustitutivo.

**SEGUNDO.-** La cuestión no deja de ser anecdótica en la fase de ejecución, pese a la cada vez más frecuente inserción en los convenios reguladores de pactos de esta naturaleza, referidos a animales de compañía de todo genero.

Ningún pronunciamiento de la jurisprudencia menor de los recogidos en las colecciones bibliográficas especializadas españolas, hace referencia hasta hoy a casos de litigiosidad real en la ejecución de tales acuerdos.

La conflictividad se produce, en todo caso, en el terreno especulativo, y los precedentes en el derecho comparado, pertenecen más al mundo de la literatura periodística, o a las excentricidades que se atribuyen a determinados personajes, que a la realidad mucho más penosa de los graves conflictos personales o económicos que las crisis familiares.

Por esta razón, la inicial respuesta a pretensiones como la de autos, conduce a la inmediata equiparación de los afectos hacia estos seres con los que los padres y madres mantienen hacia hijos, y se evoca, incluso terminológicamente, la similitud de algunos de estos pactos con los que regulan el ejercicio de las responsabilidades parentales respecto de los hijos menores de edad.

La primera duda que surge es si cabe un efectivo derecho de visitas a un animal, y si las controversias relativas al mismo son susceptibles de ser enjuiciadas en el proceso de familia y en el ámbito obligacional de las medidas regaladoras de la crisis familiar.

Las referencias legislativas a los semovientes son abundantes en nuestra tradición jurídica, y su aprecio afectivo o económico ha merecido ser objeto de minuciosa legislación, incluso en el Código Civil, que se ocupa de los mismos, entre otras instituciones, al regular determinados derechos, como la posesión, en el artículo 465, con la distinción entre los animales que saben volver a la casa del poseedor, de los fieros, domesticados o amansados, o al regular el usufructo de animales en el artículo 499, o las servidumbres, la ocupación, la compraventa, en el artículo 1.491, el arrendamiento en el artículo 1.579, art.1491, art.1579, los contratos especiales sobre ganadería, o la aparcería de ganados, así como el régimen de responsabilidad civil frente a terceros del poseedor de un animal, en el artículo 1905.

Tampoco se trata de una materia que pertenezca al derecho histórico o al capricho de quien carece de preocupaciones más importantes. La búsqueda en Internet de la voz "Golden Retriever", a cuya raza pertenece el can propiedad de la ejecutada, arroja un resultado de más de siete millones de citas. Las características típicas de esta raza de perros certificadas por la Federación Cinológica Internacional, ponen de relieve su enorme valor económico, y el inestimable aprecio que generan a sus poseedores, por sus cualidades de lazarillo, de acompañante de personas que viven solas, de auxiliador en catástrofes, de colaborador en la caza o en las tareas agrícolas y ganaderas.

También está fuera de duda la importancia de la sensibilización de las personas, niños y adultos, hacia el cuidado y amor hacia los animales que, en definitiva, es muestra inequívoca del aprecio por la naturaleza.

Por todo ello, no es insólito que en algunos litigios relativos a la liquidación de patrimonios comunes, por causa hereditaria o por crisis matrimonial se haya de decidir sobre derechos de propiedad, goce o usufructo sobre semovientes, o que en testamentos, convenios reguladores de la separación, el divorcio y sus efectos, se establezcan disposiciones en favor de perros, gatos u otros semovientes dignos de especial afecto por quienes los han cuidado y han disfrutado de su compañía.

La industria veterinaria, en la vertiente urbana que tiene por pacientes a mascotas domésticas, está en auge, (más de 200.000 familias en la ciudad de Barcelona mantienen animales de compañía en sus casas), como también lo están otros negocios que hace algunos años hubieran causado asombro, como los hoteles para perros y gatos, las secciones

de gourmet alimentario en supermercados para esta clientela, o cementerios para ilustres finados de este género animal.

De la práctica forense en los juzgados y tribunales de familia puede colegirse que, incluso, ha dejado de ser anecdótico que en convenios reguladores se establezcan acuerdos minuciosos sobre animales de compañía y, sobre todo cuando pertenecen a los hijos, se mantenga en proindivisión la propiedad de los mismos, con especificación de periodos de tenencia de uno y otro dueño, o que se establezcan eventuales derechos de utilización alterna respecto de perros, gatos y hasta de tortugas o lagartos, teniendo en consideración que son bienes esencialmente indivisibles, a los que es de aplicación la regla del primer párrafo del artículo 401 del Código Civil.

Más, no obstante lo anterior, la estadística judicial respecto a esta clase de ejecuciones pone de relieve que no suele ser frecuente la litigiosidad, puesto que el sentido común, y la medida de lo que resulta razonable, aconsejan a las personas que no deben establecer litigios respecto a tales hipotéticos derechos que, aun estando recogidos contractualmente, trascienden de lo jurídico o, con más precisión, de lo jurídicamente exigible.

**TERCERO.-** Es una cuestión debatida por la doctrina si determinados pactos extra jurídicos pueden ser incluidos en los Convenios Reguladores de la separación y el divorcio, o si éstos únicamente deben contener los acuerdos sobre los extremos a los que se refiere el artículo 90 del Código Civil (o del artículo 76 del Código de Familia de Cataluña).

La razonabilidad, en este punto, se ha de concretar en la admisión, como objeto de aprobación, con trascendencia jurídica y, por tanto, con la cualidad de ejecutable, de todo aquello respecto de lo que, en ausencia de acuerdo, fuera susceptible de ser sometido a controversia contenciosa y, por consiguiente, de decisión judicial dirimente.

Desde este punto de vista, todas las declaraciones de voluntad que se expresan en algunos convenios, los propósitos de armonía, colaboración y actuación en interés de los hijos comunes, las promesas de ayuda y apoyo moral, los reconocimientos solemnes de gratitud, las expresiones disculpatorias y las profesiones de fe, pertenecen al ámbito de la moral o incluso de las “buenas costumbres”, que no tienen por qué excluirse de los pactos concertados por las partes, pero que carecen de trascendencia jurídica, precisamente por la imposibilidad de su ejecución.

La aprobación del convenio por el juez, no afecta a tales manifestaciones, aun cuando la resolución judicial no los excluya expresamente.

Por lo que se refiere en particular a un derecho de visitas a un animal, la formulación es, como señala la resolución de primera instancia, insólita, puesto que los pactos sobre la tenencia y cuidado de animales, atendiendo a su naturaleza, deben ser, en todo caso, muy precisos, claros y delimitadores de la voluntad real de las partes de repartir la tenencia o la responsabilidad de sus cuidados, puesto que su formulación con carácter impreciso equivale en la práctica a las declaraciones de intenciones sin exigibilidad recíproca.

Sin duda alguna, la ejecutabilidad de un pacto que contenga el compromiso de la ex esposa de que dejará al ex esposo pasear al perro que ambos cuidaron cuando convivían, es ya una entelequia en sí mismo.

Acordar un “derecho a visitar”, es todavía más impreciso, puesto que significa propiamente acudir a la residencia donde habita alguien, para permanecer un período de tiempo en su compañía, obviamente no de la ex mujer no del ex marido, sino del perro.

La realización de la visita, por supuesto, no excluye la vigilancia del dueño, por una parte, ni incluye el contacto con el animal, ni tampoco la posibilidad de sacarle a la calle, pues ello conllevaría una relación de confianza entre el visitador y el propietario que no es usual entre ex esposos.

Las estancias libres del perro con el tercero no dueño o poseedor habitual, como las que prevé la juez de primera instancia en el auto que acuerda la ejecución, implican determinados riesgos para el animal, como los derivados de los contactos con otros perros, y para terceros a quienes puede dañar, que habrían de ser asumidos, en definitiva, por si dueño, tal como establece el artículo 1905 del código civil.

Con base en las anteriores consideraciones, el pacto por el que se establece que el esposo podrá visitar (inespecíficamente, cuando desee, y sin decir en qué lugar), al perro propiedad de la ex esposa, previo acuerdo de ésta con él, no implica derecho alguno susceptible de ser ejecutado.

Entre otras cosas, vendría a ser una obligación sujeta a la condición de la exclusiva voluntad de quien hubiera de cumplirla y, por consiguiente, nula, e ineficaz, de conformidad con lo que establece, los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil.

En consecuencia con lo razonado, la aparente obligación es inexistente, y no puede dar lugar a ninguna clase de ejecución forzosa. La oposición a la ejecución que formuló la demandada debió ser estimada. Incluso ya, ad limine litis, debió el tribunal de primera instancia inadmitir la pretensión ejecutoria, por ser notoriamente improcedente, puesto que el acto de ejecución no es conforme con la naturaleza del título invocado,

y se trata de un caso paradigmático en el que procede la inadmisión a trámite, tal como establece el artículo 551.1 de la LEC .

CUARTO.- Por lo que se refiere a las costas de la primera instancia, la estimación de la oposición a la ejecución despachada, determina la imposición de las costas a quien la solicitó, de conformidad con lo que establece el artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- La estimación del recurso determina que no procede pronunciamiento especial sobre las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Que debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Flor, contra los autos de 25 de abril de 2005, y el de 8 de julio de 2005, que trae causa del anterior, y debemos revocar y revocamos las referidas resoluciones, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. uno de Granollers, en autos núm. 76/2005, de ejecución de títulos judiciales en todos sus pronunciamientos y, en su lugar, debemos estimar y estimamos la oposición a la ejecución despachada a instancias de D. Santiago, y declaramos la inejecutabilidad de la obligación, con la imposición de las costas de la primera instancia al ejecutante.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra resolución, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.- Pascual Ortuño Muñoz.- Paulino Rico Rajo.

Publicación.- Barcelona, en la misma fecha. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. Doy Fe.

<http://www.nuevodivorcio.com>