

Notas sobre el trabajo doméstico

(A propósito de los artículos 1.319, 1 y 1.438 del Código Civil)

Por Francisco de A. GARCIA SERRANO. Notario

SUMARIO: 1. Introducción: derecho histórico y comparado.—II. Atribución. 1. En general.—2. El reparto de atribuciones dentro del matrimonio.—3. Formulación doctrinal del principio: las fuentes reguladoras del reparto: A. El convenio de los esposos. B. Los usos sociales y familiares. C. Las circunstancias de la familia. D. La posición familiar.—4. Esferas externa e interna: A. Relación externa (el principio de atribución promiscua). B. Relación interna (el principio de reparto de atribuciones).—III. El trabajo dentro y fuera del hogar: colisión.—IV. La compensación económica del trabajo familiar: sus fuentes: 1. El convenio de los esposos. 2. La compensación del artículo 1.438 Cc. 3. La pensión del artículo 97 Cc. 4. Otros supuestos de compensación.—V. Subordinación y colaboración en el desempeño de las tareas domésticas.—VI. Trabajos domésticos por asimilación.—VII. Otras cuestiones.

I. INTRODUCCION: DERECHO HISTORICO Y COMPARADO

El trabajo desempeñado por la mujer en el seno del hogar fue desde antiguo tomado en consideración por la doctrina si bien de forma indirecta y a propósito de otras instituciones. Así, en el derecho intermedio, aceptándose por todos que incumbe al marido la obligación de satisfacer las necesidades de la familia y allegar los medios necesarios para su subsistencia, se justifica la inactividad de la mujer en el hecho de haber aportado dote al matrimonio y —no mediando ésta— en el trabajo que desempeña con su actividad doméstica —*in obsequium viri*— tejiendo, hilando, cocinando, etc. (*Opera obsequiales et officiales*) (1).

En el Derecho moderno los códigos suelen referirse expresamente al trabajo doméstico considerándolo normalmente obliga-

(1) De ahí el carácter oneroso que tradicionalmente se dio al acto de constitución de dote, pues se estimó contrapartida de la obligación del marido de atender las cargas del matrimonio. Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, «El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña», págs. 323 ss.

ción de la esposa; no obstante se generaliza en otros supuestos haciéndolo incumbencia de aquel de los cónyuges que no realiza actividad remunerada fuera del hogar (2) y en otros finalmente se obliga a ambos —y no sólo a la mujer— a contribuir a las necesidades de la familia y al mantenimiento, educación e instrucción de los hijos «en relación al propio caudal y a la propia capacidad de trabajo profesional o doméstico» (3). Parece por otro lado claro que en los sistemas en que su atribución se encomienda a la esposa, el desempeño de las tareas domésticas constituye un auténtico deber y no una simple obligación moral (4) y su cometido suele excluir la realización por aquélla de una actividad remunerada sobre todo si con ello se ponen en peligro sus deberes dimanantes del matrimonio y para con la familia (5) facultándose al marido a que se oponga, en tales casos, a su desempeño. A veces la posibilidad de que la mujer lleve a efecto dichas tareas se condiciona a su compatibilidad con las propias de ama de casa, y en ciertos supuestos incluso se agrava el papel de la esposa al obligarla a desempeñar —además de sus labores— un trabajo remunerado si el del varón y las rentas de ambos no alcanzan para sostener a la familia y no resulte adecuado a las circunstancias que los esposos gasten la sustancia de su patrimonio (6). Finalmente se dignifica el papel de la esposa al considerarse al trabajo doméstico equivalente al que el marido pueda desempeñar fuera del hogar, determinándose que con su realización aquélla contribuye al sostenimiento de las cargas del matrimonio (7).

II. ATRIBUCION

1. *En general.*

Cabe señalar que las cuestiones suscitadas por la economía doméstica (tanto en su perspectiva interna como en lo concerniente a la relación con terceros) sólo han sido contempladas por los diversos Ordenamientos en fases muy evolucionadas de la vida del Derecho. Como principio cabe desde luego sentar que su atribución a la mujer ha sido tradicionalmente una constante y lo más probable es que, dado el carácter cerrado de las economías primitivas en que el círculo familiar era al mismo tiempo el productor de los medios necesarios para su abastecimiento, la relación con terceros fuera mínima.

(2) Art. 95 de la Ley Austriaca de 1 de julio de 1975.

(3) Arts. 143, 147 y 148 CC Italiano.

(4) Código de Perú: art. 161.—Código de Guatemala: art. 110.—Código Brasileño: art. 240.

(5) Código de Guatemala: art. 113.

(6) Parágrafo 1.360 B. G. B.

(7) Arts. 1.438 del Código Civil español y 1677 del Código Portugués. También artículo 94 de la Ley Austriaca de 1 de julio de 1975.

Sin embargo, la mayor especialización de la economía forzaría en algún momento de la evolución la necesidad de que la mujer contratase con extraños al grupo familiar la adquisición de los medios necesarios para el cotidiano desenvolvimiento, por lo que la doctrina antigua admitirá pronto la validez de los actos útiles (así Antonio Gómez frente al parecer de Llamas Molina), y considera tácitamente aprobados por el marido aquéllos realizados por la mujer para alimentar a los propios hijos. No obstante se trata probablemente de reconocimientos excepcionales que por ello se rodean de cortapisas. Así por ejemplo las Partidas (ley 22, tít. 23, partida I) autorizan a la mujer para donar «pan e vino e las otras cosas que han los omes para su despensa, de aquellas que ha la muger en su guarda segund la costumbre de la tierra bien puede la muger facer dellas merced *mesuradamente* a los pobres segun oviere la riqueza, non menguando en lo que han de cumplir». Y el Fuero de Navarra limitaba la responsabilidad del marido por actos de la mujer hasta el valor de una fanega de trigo o harina para comer en casa; y fuera de este caso hasta el valor de media fanega de salvado (8).

Con carácter general el derecho consuetudinario holandés reconocerá a favor de la mujer una «potestad de las llaves» que la legitimaba para realizar aquellos negocios de la vida cotidiana que se revelaban indispensables para la buena marcha del hogar. Como dice Lacruz en uso de dicha potestad la mujer podía contraer deudas de pequeña cuantía y obligar al marido mediante los contratos de adquisición de los objetos necesarios para su uso personal y el desenvolvimiento de la familia (9) convirtiéndose así de hecho —al menos en las familias de más modesta condición— en auténtica gestora del consorcio.

Sentado lo anterior, los Códigos centrarán sin embargo el enfoque del problema —cuando lo hacen— en la vertiente externa del trabajo doméstico (la llamada usualmente «potestad de las llaves») marginando casi por completo el tema de las tareas puramente domésticas. Sólo muy modernamente esta cuestión viene siendo objeto de tratamiento expreso por los Ordenamientos que, no obstante, suelen limitarse a reconocer a quien lo presta una compensación y a considerarla como auténtica contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio. En lo demás el tema que específicamente nos ocupa ha de regularse en base a los principios generales de igualdad de los esposos (que normalmente se consagra de modo expreso, aun a nivel constitucional), los usos y en buena medida por otros deducidos de la propia regulación de la contratación doméstica y del régimen económico del matrimonio.

Partiendo de cuanto antecede la primera cuestión que se suscita es la de determinar en qué medida deba ser la mujer la llamada primeramente a su desempeño.

(8) Vid. GARCÍA GOYENA «Concordancias...». Comentario al artículo 63.

(9) «La potestad doméstica de la Mujer casada». Ed. Nauta pág. 11.

2. *El reparto de atribuciones dentro del matrimonio.*

A) Desde un punto de vista sociológico los autores se agrupan en dos concepciones teóricas principalmente a la hora de determinar los roles que los cónyuges desempeñan en la familia. Para Parsons los papeles del marido y la mujer son totalmente distintos aunque complementarios: los del marido tendrían carácter «instrumental» y se orientan al mantenimiento económico de la familia en tanto que los encomendados a la mujer serían de tipo «expresivo» y se centrarían en las cuestiones internas del grupo familiar, y dado que ambos papeles se estima son incompatibles entre sí, han de adscribirse por separado a cada sexo. En cambio Young analiza la evolución de las familias en las sociedades industriales y señala que su orientación tiende a la equiparación e igualdad entre los esposos. Partiendo de lo dicho crea el concepto de «familia simétrica» en la cual es menor la separación de los cometidos de marido y mujer: de un lado porque la esposa ha ido incorporándose al mundo del trabajo y aporta unos ingresos al hogar; de otro porque el marido pasa más tiempo en aquél y colabora más con la mujer en el desempeño de sus tareas (10).

En congruencia con la evolución apuntada cabe señalar que frente a las Codificaciones de primeros de siglo, en las que se destacaba el principio de jefatura del varón relegando a la esposa a los cometidos exclusivamente domésticos, la tónica general de las modernas reformas —conforme a lo preconizado por Young— es sentar el principio igualitario en tales términos que desembocan en una casi total uniformidad en los respectivos cometidos. Así dice Delgado Echevarría que, en Italia por ejemplo, frente a las propuestas de que el Legislador repartiera las funciones familiares atribuyendo algunas en concreto a la esposa, se opuso autorizadamente que un reparto de tal naturaleza no realizaría el principio de igualdad sino precisamente el contrario (11), pues atribuir a la mujer poderes concretos de ámbito familiar (aunque de hecho y conforme a los usos sean los que viene desempeñando), equivaldría en la práctica a afirmar (por interpretación a contrario) que las restantes funciones vendrían a encomendarse al marido, lo que supondría consagrar la superioridad de éste dentro del matrimonio, extremo éste que —por el contrario— trata cuidadosamente de evitarse. Por eso, el artículo 143 p. 3 obliga a cada uno de los esposos a contribuir a las cargas de la familia en relación a su propio caudal y a la propia capacidad de trabajo, profesional o doméstico; y en Portugal el artículo 1.676 reformado luego de señalar que el deber de contribuir a las cargas de la vida familiar incumbe a ambos esposos afirma que dicho deber puede ser cum-

(10) Vid. Salustiano DEL CAMPO, «Análisis sociológico de la familia española». M. de Cultura, pág. 105.

(11) Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, «El régimen de separación de bienes en Cataluña».

plido por cualquiera de ellos mediante la afectación de sus recursos a aquellas cargas y por el trabajo realizado en el hogar o para la manutención y educación de los hijos.

B) En nuestra Patria aunque el tránsito de la concepción de Parsons a la de Young no se encuentra ni mucho menos consolidado, la Constitución sentó el principio igualitario entre los esposos (art. 32) y consecuentemente la e. de m. del proyecto de reforma señala que «... las presente... ha llevado el principio de igualdad... a sus últimas y justas consecuencias... confiriendo a cada uno en el aspecto patrimonial iguales facultades, derechos y obligaciones» de suerte que «... en la sociedad de gananciales (lo mismo por cierto que en los restantes regímenes) ninguno de los dos será superior al otro *ni tendrá atribuidas por la ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer*». Es por ello que el texto reformado permite que «cualquiera de los esposos» pueda realizar aquellos actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia que estén encomendadas a su cuidado «conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma» (artículo 1.319).

En abstracto este planteamiento, que pretende ser derivación del principio de igualdad de los esposos, resulta en buena medida arbitrario pues —*prima facie*— una cosa es igualar el papel de aquéllos en el matrimonio —lógica consecuencia de los nuevos tiempos— y otra bien distinta «uniformar» los respectivos cometidos, cosa más teórica que real (12). Pues por mucho que lo pretenda el Código aún se considera «normal» que sea el marido quien proporcione los medios necesarios para la subsistencia de la familia y que incumba a la esposa ordenar la vida cotidiana de aquélla, lo que implica —supuesto el acuerdo de principio sobre las grandes líneas constitutivas del «plan de vida familiar»— que sea la mujer quien administre con amplio criterio los fondos que el marido pone a su disposición, realice los gastos necesarios (determinando al mismo tiempo la oportunidad de unos y el aplazamiento de los restantes) y, en buena medida— decida por sí y lleve a efecto cuanto sea necesario para la buena marcha del hogar, desempeñando al mismo tiempo las labores domésticas.

(12) Señala BERCOVITZ («Derecho de la Persona». Ed. Montecorvo, pág. 59) que aunque el trato concedido por la ley a marido y mujer sea el mismo, esa igualdad no resulta real, pues se basa en un contexto real de profunda desigualdad, de suerte que en la actualidad sigue aún vigente el papel prácticamente exclusivo de la mujer como reina del hogar, criada la mayoría de los casos, esposa y madre del hombre, gran protagonista de la historia de la humanidad (Vid. M.^a Angeles GARCÍA, «Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención judicial», en RDP, jun. 1978, pág. 495). A. REAL PÉREZ («La discriminación por razón del sexo en las compilaciones de Derecho civil foral», RDP, marzo 1985, pág. 216 ss.) confunde incluso «igualdad» con «uniformidad» hasta el punto de considerar que instituciones como la tenuta, el aixovar, el tantundem (y otras que menciona) son de «mecanismo discriminatorio», pues sólo pueden concederse a favor de mujeres y no de hombres. Y cuestiona incluso su constitucionalidad.

Empero, el llamamiento de «cualquiera de los esposos» para el desempeño de tales cometidos no debe entenderse sinónimo de atribución promiscua de competencias, sino corolario del principio constitucional de la igualdad esencial de marido y mujer. Significaría, como dice Lacruz, que es inadmisibles distinguir entre un papel preeminente de actividad adquisitiva —ordinariamente a cargo del varón— y otro subalterno —de trabajo en el hogar— propio de la mujer; ni mucho menos entre un papel directivo y otro ejecutivo: todas las actividades son igualmente importantes ante la Ley y ésta no favorece la realización de unas más que de otras (13). Pero es que, además, aunque el Código llame a ambos esposos en paridad al desempeño de tales cometidos lo hace diversamente en cuanto a las actividades concretas a realizar, pues la legitimación de cada uno para realizar los actos encomendados a su cuidado se verifica «según el uso del lugar y las circunstancias de la familia» lo que implica que —supuesta la igualdad esencial de los esposos y la atribución común del gobierno doméstico— los concretos cometidos en que éste se substancia se reparten ya entre ellos.

Cabe no obstante destacar que los criterios empleados son de tan escasa fijeza que en la práctica no haya más remedio que prescindir —en la relación con terceros— de la idea de reparto de atribuciones y defender la legitimación promiscua de ambos para la realización de cualquier acto concerniente al gobierno doméstico, relegando a la relación interna entre aquéllos el juego de la existencia de esferas separadas de poder y el remedio a las respectivas inmisiones y extralimitaciones.

3. *Formulación doctrinal del principio: las fuentes reguladoras del reparto.*

El principio de reparto de atribuciones no es novedad en nuestro sistema. Así el artículo 48 de la Compilación de Derecho civil especial de Aragón atribuye a la esposa «las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar» y la Ley 54 de la Compilación de Navarra faculta a la mujer para disponer y obligar por sí sola los bienes comunes para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado. También la doctrina se ha venido haciendo eco del mismo y así Sancho Rebullida dice que «... a cada uno de los cónyuges compete un área de actuación individual para atender las necesidades ordinarias de la familia en-

(13) LACRUZ («Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia», página 178). Igualmente, DE LOS MOZOS («La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas», Documentación Jurídica, vol. monográfico, págs. 103 ss.) subraya que la igualdad no excluye la diversidad y que lo que el artículo 1.319 quiere decir es que cualquiera de los esposos se halla legitimado para el ejercicio de las potestades domésticas gozando ambos ante la Ley de plena paridad de posiciones.

comendadas a su cuidado... lo que implica una distinta competencia en la medida en que sean diversas las necesidades encomendadas...» (14). Y Lacruz señala que el artículo que comentamos «... presupone una diversidad de esferas de competencia de marido y mujer en el ámbito doméstico: un poder propio de cada uno» que juegan «en determinados ámbitos distintos el uno del otro aunque en buena medida sean coincidentes...» (15). Gómez Laplaza por su parte señala con relación al artículo 66 derogado, que el mismo limita la legitimación genérica a la esfera encomendada a cada uno de suerte que —habiendo distinción de competencias— habría de determinarse en cada caso si la actuación de los esposos excedía o no de las actividades que viene llamado a realizar (16). No obstante señala a continuación que probablemente el precepto quiera decir que, sin distinción de esferas, se legitima a ambos esposos para realizar cualquier acto que, eso sí, según el uso del lugar y las circunstancias y posición familiares pueda encuadrarse en las «necesidades ordinarias de la familia», de suerte que, aunque imprecisamente, parece también distinguir una esfera interna (que admite reparto de atribuciones) y una esfera externa en la que juega el principio de atribución promiscua. Pero sobre esto volveremos más adelante.

A) Supuesta por tanto esa duplicidad de esferas de competencia habría que señalar que la primera fuente reguladora de la respectiva atribución es el *convenio de los esposos*. Dice García Cantero que al no estar legalmente determinados los papeles de cada uno de los cónyuges en la familia, el principio de igualdad hace que la Ley no tome partido por uno u otro, de suerte que su concreta determinación se verifica ante todo por lo que los propios esposos —expresa o tácitamente— hayan convenido (17). Desde luego, y como queda apuntado, este convenio será normalmente tácito y se irá forjando a lo largo de la vida matrimonial a consecuencia de una recíproca interacción de iniciativas de una consentidas (o corregidas y limitadas por el otro). Puede intervenir entre los novios antes de casarse y puede también modificarse con posterioridad aunque desde luego no en forma unilateral ni arbitraria. Y probablemente, incluso en el caso raro de que lleguen a documentarse en capítulos, la intrascendencia que el reparto tiene frente a terceros hará ociosa su modificación mediante un nuevo otorgamiento (ex arts. 1.331 y 1.332 C. c.) y sólo serviría para

(14) «Comentarios al Código Civil y las compilaciones forales». Tomo II, primera edición. EDERSA, pág. 166.

(15) «Elementos...», cit. pág. 293.

(16) «Supresión de la licencia marital», ADC 1977, pág. 369. También alude a la cuestión en cierto modo la e. de m. de la ley de 1958 cuando señalaba que «si bien es cierto que el sexo por sí solo no puede dar lugar a desigualdades de trato jurídico civil sí a ciertas diferencias derivadas de los cometidos que en ella (la familia) incumbe a sus componentes...».

(17) «Comentarios al Código Civil y las Legislaciones forales» tomo II segunda edición. EDERSA pág. 183.

probar posibles intromisiones de uno en la esfera de actuación inicialmente atribuida al otro.

El convenio tiene una naturaleza peculiar. No es desde luego un contrato pues no cabe hablar de dualidad de partes contrapuestas: las voluntades de los esposos no se entrecruzan sino que convergen paralelas hacia el logro de una finalidad común; la idea de causa —al menos la que define el artículo 1.274 C. c. es desconocida y, en particular los papeles asumidos no son correspondientes de suerte que el abandono que uno haga de sus tareas no legitima al otro para abandonar las suyas. En fin el convenio les vincula sólo a ellos (no a sus herederos, art. 1.257 C. c.) y en principio las infracciones del mismo no son recurribles en vía judicial. A lo que más se asemeja su estructura es al funcionamiento de la junta general de una sociedad: hay voluntades convergentes; tienden a conseguir un interés superior —el interés de la familia— y en caso de «empate» se entiende no adoptado el acuerdo, careciendo ya el marido de «voto decisorio» al haberse consagrado el principio de igualdad. Y al igual que una permanente imposibilidad de tomar acuerdos conduce a la disolución de la compañía, aquel matrimonio caracterizado por la continua disparidad de posiciones no tiene más horizonte que la separación. Repartidos los papeles la semejanza con el funcionamiento de la sociedad continúa: cada esposo asume y ejerce libremente y con amplio criterio, dentro de la esfera de su competencia, su papel; las extralimitaciones sólo son admisibles con la anuencia del órgano superior —aquí la decisión conjunta— y en cierto sentido el deber de información recíproca (en la medida en que sea exigible) juega un papel similar al de la censura de cuentas.

Naturalmente lo dicho viene a ser una mera descripción de escasa trascendencia práctica pues ciertamente las diferencias son enormes y hacen ociosa su especificación. Por último queda claro que el desacuerdo no es susceptible de recurso judicial: en este tipo de relaciones las discrepancias accidentales hay que enmarcarlas dentro del contexto superior de armonía o desarmonía matrimonial; en un matrimonio bien avenido siempre se alzarán la decisión de uno de los esposos para decir la última palabra; y en uno caracterizado por la desavenencia y la incompreensión este tipo de conflictos de tipo menor no serán sino fisuras que en unión de otras terminarán por socavar las bases del matrimonio mismo avocando a su disolución; y —por seguir el paralelismo trazado con las sociedades— en aquellos países en que no se admita el divorcio vincular, los matrimonios caracterizados por la permanente disparidad de criterios subsistirán como aquellas sociedades extinguidas de hecho, pero cuyo asiento no ha sido cancelado: en las páginas de un libro especial (18).

(18) LACRUZ, «Elementos...», cit. pág. 112 distingue según el tema específicamente objeto de controversia; en *cuestiones puramente personales* subraya como opinión común la que considera vedada la intervención del juez: la

B) En caso de inexistencia de convenio, expreso o tácito, se atenderá a lo que resulte de *los usos*. Aunque el precepto no es explícito es claro que los usos a que alude son tanto los usos del lugar, relativos a una generalidad (familias de determinada zona geográfica o de cierta clase social o profesional) como los específicamente seguidos por una familia concreta, si bien en este caso tales usos son propiamente manifestaciones de consentimiento tácito. En cualquier caso aquéllos implican modelos de conducta (19) que se sustentan en un conjunto de hábitos y reglas de vida carentes de valor normativo que sirven para delimitar las competencias que debe asumir cada esposo, el grado de colaboración del otro y los medios con que en su desempeño tiene derecho a contar. En su versión propia los usos relevantes son los usos del lugar, referencia ésta que debe estimarse con relación al sitio en que la familia tenga su domicilio aunque por supuesto el uso general valdrá como lozal si en la sede familiar se observa.

La primacía del convenio sobre la atribución usual sirve de paso para resolver múltiples cuestiones que pueden plantearse, sobre todo las derivadas del cambio o pluralidad de domicilios (20). En realidad el papel fundamental que los usos desempeñan aquí es el de elemento interpretativo de la voluntad de los esposos, tácitamente convenida o expresamente manifestada, teniendo en cuenta que el nuevo principio de igualdad en que se asienta la reglamentación del matrimonio en España —y que es aplicable en general tanto a los matrimonios contraídos antes y después de la reforma— parece incompatible con las manifestaciones usuales que exijan asentimiento o consentimiento del otro.

C) Aunque no sean fuente directa hay que aludir al papel que juegan aquí las «circunstancias de la familia» a que expresamente alude el artículo 1.319, 1. Tales circunstancias son tenidas en cuenta por el Ordenamiento a efectos muy diversos: así, por ejemplo, a efectos de donar bienes futuros (necesidad de reservarse el donante lo necesario para vivir en un estado correspon-

pareja las resuelve, mejor o peor, o se separa o divorcia. En las *cuestiones no estrictamente personales de la vida conyugal* admite el recurso al juez sobre la base del artículo 67 siempre que entre en juego el interés de la familia, lo que en su opinión presupone que se trate de un asunto de importancia —no baladí— en que la solución propuesta por uno de los esposos o su actitud pasiva sea contraria al interés familiar y también (como piensa Crcu) haya abuso de derecho. Y finalmente, considera regla general el recurso al juez en las *cuestiones puramente patrimoniales*. Sobre otras posibles vías vid. el trabajo de María Angeles GARCÍA «Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención judicial», en RDP, junio 1978, que analiza el tema de «lege ferenda». Frente a LACRUZ, PRADA GONZÁLEZ (A. A. M. N., «La patria potestad tras la reforma del código civil») afirma que el juez puede intervenir en cualquier tipo de desacuerdos cualquiera que sea su entidad».

(19) Cfr. CASTRO, «Derecho Civil de España», T. I., pág. 400.

(20) ¿Qué ocurre cuando en una familia haya pluralidad de domicilios? En los cambios de domicilio familiar ¿habrán de observarse los del primitivo domicilio o los del nuevo? ¿Cómo compatibilizar los usos contradictorios de dos lugares distintos en que los esposos hayan establecido sendos domicilios?

diente a sus circunstancias, artículo 634 C.c.); en el artículo 1.894 (gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona), etc. Sin embargo, intuye el Legislador la dificultad práctica de separar nítidamente usos y circunstancias, pues lo normal es que asocie ambos criterios: así, el propio artículo 1.894, se refiere a la calidad de la persona y los usos de la localidad; el artículo 1.382 determina que cada cónyuge podrá sin consentimiento del otro —aunque sí con su conocimiento— detraer fondos del caudal común para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes, siempre que se acomode a «ios usos y circunstancias de la familia»; ser de cargo de la sociedad conyugal las atenciones de previsión «acomodadas a los usos y circunstancias» de aquélla, y también en derecho Foral cabe citar las leyes 54 p. 2 y 134 de la Compilación de Navarra y 9 de la Compilación aragonesa, entre otros.

Ya hemos dicho que frente al convenio y los usos, verdaderas fuentes autónomas del reparto de atribuciones, las circunstancias familiares constituyen un simple dato de hecho que modaliza la atribución realizada conforme a aquéllas, con valor distinto según los casos. Así, dichas circunstancias ceden siempre a lo convenido por los esposos, que pueden regular sus respectivas competencias en tajante oposición incluso a lo que aquéllas demanden y nada impedirá por ejemplo que esposos de un nivel económico social y cultural alto decidan vivir pobremente realizando personalmente los cometidos domésticos más ínfimos; pero desde luego se alzarán como límite a lo que uno de los esposos puede exigir del otro, y así en algún ordenamiento incluso se reconoce a la mujer el derecho a ser mantenida en un nivel de vida acorde al usual en las familias de su posición. Sin embargo, y frente a lo anterior, la atribución de cometidos realizada conforme a los usos es inseparable de las exigencias derivadas de la posición familiar de manera que sólo el convenio de los esposos haría concebible, por ejemplo, que en una familia de alto nivel social se siguieran los hábitos de vida de una modesta familia de campesinos (en que los usos generalmente encomiendan a la esposa la elaboración de buena parte de los productos destinados al autoabastecimiento familiar).

D) La reforma omite el término «posición familiar» sin duda para extirpar cualquier asomo clasista que parece no se conjuga bien con los nuevos vientos de libertad y populismo (21). No obstante este recelo, aparte ser infantil, no tiene en cuenta que la posición de la familia puede a veces diferir de sus circunstancias en cuanto que lo primero determina en buena medida un sello indeleble indicador de un nivel social, de hábitos y de cultura, en tanto que lo segundo puede referirse a una momentánea situa-

(21) MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, «El nuevo derecho de familia. Tomo II, pág. 300.

ción de crisis familiar, de suerte que pese a su expresa omisión personalmente lo considero especialmente vivo y relevante.

El concepto de posición familiar hace referencia al lugar que una determinada familia ocupa en la escala de estratificación social e indica fundamentalmente la pertenencia a una clase y, dentro de la misma, su posición relativa (22); es perfectamente independiente de la propia fortuna familiar (pues el standard en que aquélla se desenvuelve puede rozar el límite de sus posibilidades sobrepasándolo incluso, o quedar por el contrario muy por debajo de aquél); y por supuesto tampoco tiene nada que ver con la fortuna de sus miembros, ya que a estos efectos existe entre aquéllos un cierto grado de comunicación que hace que la posición de la familia se tome por la del conjunto de sus integrantes. Su medida es en buena medida indirecta: no tanto en función de lo que la propia familia determine cuanto por lo que los terceros acepten habida cuenta la fortuna de los miembros de aquélla, la «clase social» de los mismos la situación laboral de sus componentes, su nivel educativo y en general por los actos en que los miembros del grupo familiar exteriorizan el standard de vida en que desean desenvolverse y con arreglo al que quieren ser tratados.

En el tema que estudiamos las ideas apuntadas ejercen un gran papel a la hora de determinar las competencias de los esposos en el desempeño de las tareas domésticas e incluso la misma procedencia de éstas. Así, por ejemplo, los usos, circunstancias y posición de una familia de alto nivel social no sólo no permitirán que la mujer las desempeñe, sino que incluso le darán derecho a exigir del marido el servicio necesario, en tanto que en otras de nivel modesto la misma circunstancia apuntada facultará al marido no sólo a reclamar de la mujer su desempeño, sino incluso a que además colabore con él desempeñando tareas retribuidas para sufragar los gastos comunes. En este sentido se muestran expresamente algunos ordenamientos europeos como por ejemplo Dinamarca, cuya legislación faculta a la mujer a exigir del marido los medios de vida usuales en familias de su condición y el parágrafo 1.360 del BGB sobre el que volveremos más adelante.

4. *Esferas interna y externa*

Evidentemente ninguna cuestión se plantearía si centramos el tema que nos ocupa en la pura realización de las tareas específicamente domésticas (pues fuera del caso límite de adquisición de los medios directamente encaminados a su desempeño no hay relación alguna con terceros). Pero ¿qué ocurre cuando (como sucede en la contratación doméstica) aquella exista?

(22) DELGADO, op. et loc. cit., pág. 356.

A) En la *relación externa* la generalidad de la doctrina considera que existe un principio de solidaridad que legitima a cualquiera de los esposos para realizar todo tipo de actos que vayan encaminados a satisfacer las necesidades ordinarias de la vida, aunque de hecho no sean éstas las específicamente «encomendadas a su cuidado». En este sentido señala Delgado Echevarría que «para los proveedores de bienes y servicios de consumo familiar es relativamente indiferente la persona del cónyuge que contrata en cada caso e importa más el grupo familiar que va a disfrutar en común de los bienes y que por tanto debe responder, también en común de su pago» (23). Igualmente, Alvarez-Sala Walter afirma que «... el tercero ha de poder confiar en la aparente legitimación de cada cónyuge para atender las necesidades ordinarias de la familia» y que «... cualquier distribución de funciones ... no trascenderá de la relación interna entre ellos» (24). Lacruz, por su parte, reitera que «esta diversidad de competencias ... es interna, y no podría limitar la posibilidad de actuación «erga omnes» de cada uno de ellos» (25), y Lete del Río y Alvarez Caperochipi consideran de orden público las normas que establecen la responsabilidad de la masa común por los gastos realizados en el ejercicio de la potestad doméstica, lo que reafirma la apuntada irrelevancia frente a terceros de los pactos en contra.

Tal orientación es de todo punto lógica, pues aunque el tercero conozca cuál sea el reparto de funciones establecido por los usos será difícil —cuando no imposible— saber si dicho reparto es acorde con el adoptado por los esposos en función de las propias circunstancias familiares (en virtud de convenio expreso o tácito), que debe prevalecer frente a la atribución usual; además, resultaría contrario a la agilidad del tráfico y a la protección de los terceros que los proveedores tuvieran que investigarla para tener la razonable seguridad de que iban a cobrar el importe de sus créditos. Muy probablemente, por tanto, aún en el caso hipotético de que el reparto de funciones se haya documentado en capítulos, los terceros podrán desconocerlo bien en base a la consideración de que frente a ellos debe primar la atribución promiscua que «erga omnes» establece la Ley, bien por el principio legitimador de la apariencia.

(23) Op. et oc. cit. pág. 380.

(24) «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica de matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», RDN, abril-junio 1981, págs. 38 ss.

(25) «Elementos...» cit., fascículo II, pág. 293. También S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (en «La ganancialidad pasiva», RDN 117-118, 1982, pág. 47) señala que el contenido normal de la potestad doméstica son las atenciones familiares primarias «para las cuales siempre cabe estar legitimado cualquiera de los cónyuges». En el sentido del texto, véase también RUEDA PÉREZ, M. («Efectos patrimoniales de la separación de hecho», R. D. Notarial, abril-junio 1984, págs. 275 ss., en especial pág. 280).

B) *¿Y en la relación interna?*

Supuesta la existencia de sendas esferas de actuación específicas de cada uno de los esposos (independientemente de que a veces en buena medida se superpongan entre sí) cabe que junto al supuesto normal de ejercicio verificado conforme a lo pactado o en su defecto a los usos, existan supuestos de ejercicio anormal bien porque uno de los cónyuges asuma cometidos del otro —extralimitándose— bien porque no desempeñe los propios.

a) Parece claro —supuesta aquella dualidad de esferas de actuación— que el deber de mutuo respeto exige en principio que cada uno de los esposos se abstenga de invadir los ámbitos de competencia inicialmente atribuidos al otro. Desde luego la inmisión en muchos casos será lícita (por ejemplo cuando el otro lo consiente o incluso, independientemente de ese consentimiento cuando lo exijan las circunstancias singularmente por razones de urgencia (26). En muchos casos tales extralimitaciones no sólo no serán objeto de cuestión especial, sino que incluso podrán considerarse como manifestación de cariño y atención al otro, e incluso a veces auténticas exigencias del deber de mutuo socorro. Pero frente a estas actuaciones —perfectamente lícitas— cabe que la inmisión adopte manifestaciones ilegales que en principio pueden agruparse en dos ámbitos distintos:

—En primer lugar son pensables inmisiones culpables verificadas por uno de los esposos que, incompetente para su realización, termina provocando un perjuicio a la sociedad (el marido que compra una partida considerable de alimentos perecederos; la mujer —iletrada y poco reflexiva— que concierta un seguro en condiciones poco favorables, etc.). Este tipo de actuaciones tiene un cierto paralelismo con la responsabilidad que surge del artículo 1.902 del Código Civil y al igual que éste exigen en principio culpa en el agente y daño efectivo a la comunidad familiar. El correctivo —dice Lacruz— actúa en la relación interna entre los esposos, de suerte que el gasto habrá de ser asumido exclusivamente por el responsable, sin que pueda perjudicar al otro, aun-

(26) Las situaciones de urgencia merecen una especial consideración para el ordenamiento jurídico, pues influyen en el funcionamiento normal de las instituciones de muy diversa forma: en unos casos es causa modificativa de la competencia normal de autoridades (art. 52), dispensa requisitos exigibles (arts. 52 in fine y 702), determina la adopción de medidas especiales de protección (arts. 181 y 203) y las precipita (art. 145). En otros casos las situaciones de urgencia provocan la creación por el ordenamiento de cauces especiales para posibilitar el ejercicio de unos derechos que por tal motivo no pueden desenvolverse por los normales (así los testamentos en inminente peligro de muerte —art. 700— en tiempo de epidemia —art. 701— y el matrimonio del que se encuentra en peligro de muerte —art. 52—). Por último sirven para provocar el nacimiento de relaciones contractuales (art. 1.781,2) las prórroga (1.718 y 1.737— y pone fin (1.749) y sirve de causa de obligaciones especiales (arts. 389 y 390). En fin, la necesidad de precaver sus consecuencias impone la necesidad de avisar la procedencia de reparaciones (501, 1.559), dispensa el aviso (1.751) o impone tolerarlas en ciertos casos (1.558).

que frente a los acreedores persistirá el régimen específico de responsabilidad del artículo 1.319,2 (27). Para el caso de que tal conducta sea reiterada cabe la aplicación —en régimen de gananciales— del artículo 1.393,2 del Código Civil, pues aunque tales hechos se liquiden en la relación interna no cabe duda que la acción de los acreedores contra bienes gananciales o privativos del otro implica un daño para éste, pues acaso luego— por carecer el responsable de bienes— no pueda resarcirse.

— Cabe también que la inmisión adopte la manifestación de advertencias continuadas e impertinentes sobre el comportamiento de quien las ejerce que supongan trato vejatorio o simplemente desconsiderado. Probablemente sus manifestaciones más graves por infringir el deber de mutuo respeto y por llegar incluso a constituir conducta deshonrosa, puedan erigirse en delito de injurias o dar causa a la separación personal (art. 82,1) e incluso en el matrimonio canónico recibir el tratamiento de las sevicias morales. Incluso podría, por último, originar una responsabilidad por daño moral con fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil.

b) La primera fuente del no ejercicio por los esposos de sus propios cometidos es el acuerdo tácitamente adoptado por ellos en tal sentido. Así, ante la falta de idoneidad de uno para desempeñar las funciones que le fueron atribuidas de principio la falta material de tiempo para desempeñarlos con un mínimo cuidado y, en muchos casos por fin, un cierto despego del marido hacen que —éste normalmente— haga dejación de un cierto número de ellas en la esposa que paralelamente las asume (28).

Igualmente debe considerarse perfectamente válida (aunque de hecho será poco frecuente) la dejación expresamente pactada en capítulos, pues aunque tal estipulación parezca contraria a la «igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge» (cfr. art. 1.328) lo cierto es que este inciso lo que probablemente impide tan sólo es pactar «cualquier forma de sumisión personal o limitativa de la propia capacidad» (29); pero no dar cauce a lo que de hecho puede ser una auténtica exigencia de las propias circunstancias familiares, aparte de que un pacto de tal naturaleza no se opone propiamente a la igualdad, sino a la uniformidad de los esposos.

(27) «Elementos...», cit. pág. 293.

(28) Situación esta corriente sobre todo en las grandes ciudades en que por imperativos laborales el marido pasa la mayor parte del día fuera del hogar. Y no se piense que la delegación recae sobre funciones mínimas y colaterales. Salustiano DEL CAMPO (op cit.) demuestra que la decisión de la compra de objetos caros corresponde en definitiva a la mujer, e incluso subraya el hecho curioso de que en la toma de decisiones la conflictividad es mucho menor cuando la que decide es la esposa (vid., págs. 115 y 121).

(29) LACRUZ, «Elementos...», cit. pág. 328. También GARCÍA CANTERO (op. et loc. cit., pág. 183) dice que «el principio de igualdad jurídica funciona... como límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en relación con el régimen económico del matrimonio».

Contra lo expuesto estima Lacruz (30) que el poder que concede a cada cónyuge el artículo 1.319 no puede extinguirse por acuerdo de ambos. Esta tesis es válida desde luego en la esfera externa, pues, como expresa el propio autor, los terceros no tienen por qué estar enterados de las convenciones de los esposos y se fían solamente de la apariencia. No obstante no cabría decir lo mismo en la relación puramente interna de los esposos a los cuales un pacto de tal naturaleza les obliga de suerte que aunque su vulneración no afecte a la validez del negocio, sí podría desencadenar el oportuno correctivo en la relación interna, poniendo a cargo de quien actúa indebidamente las consecuencias dañosas de la gestión.

Pero cabe por último que, junto a lo pactado o tácitamente convenido, la fuente del no ejercicio de los propios cometidos sea el abandono injustificado por parte del cónyuge llamado primeramente a desempeñarlos. Al igual que en el caso de las inmisiones parece exigible aquí una conducta dolosa o negligente del cónyuge infractor y que con ello se ocasionen daños al otro cónyuge o a la sociedad conyugal, pues de otra forma la posible acción de aquél tendría mero carácter testimonial.

c) En todos estos casos *¿cuál será el correctivo de este tipo de conductas?*:

— Cabría ante todo pensar la posibilidad de una acción tendente a la simple constatación de los incumplimientos del otro, pero hoy por hoy una acción de este tipo no creo tenga mucha viabilidad en la práctica judicial española.

— Sin perjuicio de lo anterior, cabría defender con Lacruz la posibilidad de aplicar al caso las normas que sobre responsabilidad civil contiene nuestra Legislación, pues la violación supone una culpa a la que son aplicables por analogía las prescripciones por infracción contractual, quedando el incumplidor obligado a prestar resarcimiento al perjudicado. No obstante esta teoría, correcta en su planteamiento teórico, adolece de dificultades prácticas que la harán inviable en muchos casos, y deja sin aclarar si el plazo para la reclamación ha de contarse desde el momento de la infracción o habrá que esperar al momento de la disolución del matrimonio, ni el caso de que las infracciones sean reiteradas, ni si habrá de aplicarse el plazo de un año propio de las responsabilidades extracontractuales o —mejor— el de quince, propio de las contractuales que no tienen plazo especial. Y por supuesto habrían de resolverse las dificultades que ocasiona la cuantificación en dinero de la omisión, la de justificar —lo que no siempre será fácil— la relación de causalidad entre la omisión y el daño, e incluso la de los propios desembolsos.

(30) *Elementos...*, cit., pág. 292.

— En otro orden de cosas, ¿podría llegarse a aplicar las normas de separación y divorcio en base a la consideración de que quién así actúa incumple grave y reiteradamente sus deberes conyugales?

Ciertamente hay en el artículo 82 reformado un elenco de supuestos en los que puede ir embebido —como consecuencia— el abandono de la gestión doméstica (tales como la privación de libertad —núm. 3—, el alcoholismo, toxicomanía o perturbación mental —núm. 4— o el cesar la convivencia familiar), pero claro es que en todos estos supuestos aquel abandono se produce indirectamente y en la medida en que se den las circunstancias exigidas por cada uno de los respectivos apartados. El problema estriba en determinar si dicho abandono puede erigirse «per se» en causa autónoma de separación, y por su conducto, de divorcio, estimando que estamos ante una violación «grave o reiterada» de los deberes conyugales, en los términos del núm. 2 del precepto.

Dice Lacruz (31) que en la 38 Jornada de los Juristas Alemanes celebrada en Frankfurt en 1950 la posible solución afirmativa fue muy criticada por la señora Rbstein Mertzger, quien —admitiendo que forme parte de la propia naturaleza de las cosas que la mujer desempeña la gestión doméstica— considera inoportuno que a esa dedicación se le dé el especial relieve y sentido de un auténtico deber, pues, al infringirlo, estaríamos ante una infracción de deberes conyugales que evidentemente jugaría un notable papel en un proceso de divorcio, cuestión que hoy se plantearía también para el varón respecto de aquellas necesidades «encomendadas a su cuidado». La cuestión es grave, pues aparentemente impera hoy en nuestra Patria un criterio de tal amplitud en la interpretación del artículo citado que no habría gran dificultad en llegar a considerar tales infracciones (sí no por graves sí por reiteradas) como causa de separación y divorcio (32). Para evitarlo cabría por el contrario defender la tesis de que los «deberes conyugales» a que el precepto alude son los que como tales determina la Ley, esto es, lo de mutuo respeto y ayuda, vida en común, fidelidad y mutuo auxilio, pues de otra forma la subsis-

(31) «La potestad doméstica...» cit.

(32) Así GARCÍA CANTERO («Comentarios...», cit. pág. 277) señala que la dición del artículo permite acoger prudentemente otros hechos no tipificados en la norma, que se convierte en una verdadera *cláusula generalis*. Y LACRUZ («Elementos...», pág. 220) entiende que la expresión «deberes conyugales» ha de entenderse en sentido amplio señalando que no puede contraerse a los enunciados en los artículos 67 y 68, ni siquiera a los que se derivan en su caso del régimen de bienes del matrimonio, patria potestad, etcétera, sino también a aquellos otros que inequívocamente incluyan las concepciones sociales y sobre todo morales. Y siendo las notas de reiteración y gravedad alternativas, la reiterada infracción de deberes conyugales leves podría ser estimada causa de separación.

tencia del vínculo matrimonial quedaría supeditada a la alegación de cualquier infracción aún pueril, con tal que fuera reiterada (33).

En esta línea, la Jurisprudencia menor ha dado en alguna ocasión especial relevancia al abandono de la gestión doméstica, pero en concurrencia con otros hechos que ponen de relieve una situación de grave desarmonía conyugal. Así la sentencia de 14 de abril de 1982 del Juzgado de primera Instancia número veinticuatro de Madrid subraya que «cuando el esposo niega a la esposa la normal administración de la economía doméstica en cuanto se refiere a las necesidades cotidianas, entendiéndose directamente con la empleada del hogar y postergando expresamente ante ella a la esposa, realiza salidas nocturnas a establecimientos de juego regresando al hogar a altas horas de la noche ... se suscitan altercados entre ellos hasta el punto de abandonar la esposa el dormitorio conyugal ...y resulta acreditado que la esposa muestra un creciente desafecto al esposo... «la conducta recíproca de los cónyuges no es acorde con el deber de respeto y ayuda que sanciona el artículo 67 y son motivos suficientes para decretar la separación entre aquéllos. Y en la de 30 de octubre de 1981 de la Audiencia Territorial de La Coruña se considera «injuriosa y vejatoria» la conducta del marido que señala como domicilio del matrimonio la casa de sus padres, en la cual la directora del hogar doméstico fue no la demandante sino su madre política quien con su manera de ser se interfiere continuamente en el hacer conyugal, y culpa de esa situación al marido, al permitir esa erosión al contenido del matrimonio. En conjunto parece deducirse de la Jurisprudencia menor que he tenido ocasión de manejar, un principio de *favor matrimonii* frente al que no han de prevalecer infracciones leves aunque reiteradas, sino en la medida en que revelan una ostensible situación de crisis matrimonial manifestada en múltiples infracciones a deberes diversos.

(33) Bastaría en efecto incluir en capitulaciones cualquier pacto —incluso nimio— para alegar su infracción reiterada como causa de separación. Por ello precisamente pienso que lo dicho puede servir de piedra de toque para abandonar la tesis de amplitud que poco a poco parece abrirse paso en la doctrina y que por lo demás contrasta con la estabilidad del matrimonio y con la protección que por imperativo constitucional debe prestársele. En este sentido una S. de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de junio de 1982 subraya que la institución matrimonial «... debe mantenerse a toda costa cuando no existan motivos serios, probados y trascendentes que supongan el acabamiento de aquella unión y armonía y mientras aquella rotura no se produzca con tales caracteres decisivos y expresivos de la imposibilidad de la paz matrimonial no puede aconsejarse su disolución». En el mismo sentido del texto DELGADO ECHEVARRÍA «La transformación del derecho de familia y la formación del jurista. Matrimonio y Divorcio» en «El nuevo régimen de la familia». Ed. Civitas I pág. 12.

III. EL TRABAJO DENTRO Y FUERA DEL HOGAR: COLISION

A. Supuesta la normal atribución a la mujer del desempeño de las tareas domésticas, cabe al mismo tiempo destacar el escaso grado de participación por aquélla en las tareas «productivas» (Salustiano del Campo cifra en un 70,8 por ciento el número de españolas dedicadas exclusivamente a «sus labores»), lo que, por otra parte, no suele ser ni un lujo ni una manifestación de su preparación profesional ni siquiera el deseo de realizarse o independizarse (hoy tan en boga), sino una auténtica necesidad (34). De hecho el grueso de la fuerza de trabajo femenina se recluta entre las clases medias-bajas donde el trabajo extradoméstico es a pleno tiempo y requiere un esfuerzo más duro en muchos aspectos (35). Sólo más recientemente y a niveles más elevados de renta y cultura el trabajo de la mujer es auténtica fuente de realización personal al par que de considerables ingresos.

Sin embargo, el reparto de los respectivos roles no puede ser rígido en épocas de crisis en las que —en último extremo— el papel de «proveedor» ha de desempeñarlo no ya el cónyuge más capacitado, sino simplemente aquel a quien ha sido posible encontrar un puesto de trabajo (por cierto cada día más escaso), de suerte que el otro ha de asumir dentro del hogar funciones a las que en principio no está llamado, pero que se ve forzado a desempeñar. Es por ello que las Legislaciones por lo común no suelen encomendar específicamente a uno de los esposos en concreto el desempeño de las tareas domésticas bien que, por el contrario, aquellas que contiene alguna precisión sobre el punto suelen llamarlos a ambos «según sus posibilidades» (36). Omitir toda referencia al tema quiere decir, por tanto, que el Legislador acepta sin más el reparto de papeles usualmente admitido, o que lo sea en el futuro por la sociedad y, preferentemente, el que los esposos expresa o tácitamente hayan aceptado incluso en tajante oposición al que —conforme a las reglas sociales vigentes— puede considerarse «normal». Con este criterio se deja a la libre dinámica social la determinación de cuál de los esposos deba verificarlas y, paralelamente, el grado de colaboración del otro y los medios que aquél tenga derecho a exigir en su desempeño que son en principio los propios de las familias de parecida condición.

Por otro lado, y pese a la sede del artículo 1.438 del Código Civil, cabe decir que el desempeño —ordinariamente por la esposa— de su trabajo doméstico implica en todos los regímenes matrimoniales, y no sólo en el de separación, una efectiva contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. Ciertamente dicha contribución no puede medirse en términos económicos en la misma forma que si del trabajo de una asistencia se trata-

(34) Salustiano del Campo, op. cit., pág. 136.

(35) AMANDO DE MIGUEL «Manual de Estructura social de España» pág. 286.

(36) Así en Bélgica el artículo 221 reformado.

se, pero queda fuera de dudas que lo es real y efectivamente, pues facilita a los demás miembros de la comunidad familiar el desempeño de sus propias tareas, les evita preocuparse de infinidad de contingencias de la vida diaria —que aquélla resuelve— y por supuesto trasciende también al plano puramente económico, pues al fin y al cabo el buen orden en la gestión doméstica no sólo evita daños a la comunidad, sino que constituye fuente indirecta de lucros.

B) Cuando el Código regula las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal prevé el supuesto normal de que en el consorcio haya bienes suficientes con que atenderlas y en su defecto (o tratándose de régimen de separación) se infiere la responsabilidad de cada uno con sus bienes privativos de suerte que si la esposa careciera totalmente de dichos bienes, por desempeñar su trabajo en el seno del hogar y carecer de medios de fortuna, el precepto citado le sirve en principio de exculpación: ya cumple con su trabajo doméstico.

Ahora bien, ¿debe la mujer agotar así su contribución a las cargas del matrimonio (caso como digo de no tener bienes propios) o está obligada a asumir —además— una actividad remunerada?

Parece relativamente claro que en una situación en que los ingresos de la familia no basten para mantener el nivel de vida artificialmente impuesto lo lógico será reducir ese nivel, pues mantenerlo sólo será posible multiplicando el esfuerzo productivo del esposo o recurriendo al endeudamiento continuado. Pero esta formulación, válida en muchos casos, no puede plantearse en los mismos términos cuando se trata de una familia cuyo standard de vida sea tan elemental que su reducción la sitúe a niveles termundistas. Fundamentalmente para tales casos, en que el endeudamiento además acaso tampoco sea posible, ni tampoco fácil que el marido realice otras tareas, el BGB dispone que la mujer deberá obtener un trabajo remunerado cuando la fuerza de trabajo del varón y las rentas de los cónyuges no alcancen al mantenimiento de la familia, y tampoco sea adecuado a las circunstancias que los esposos gasten la sustancia de su patrimonio» (parágrafo 1.360).

En este precepto, como puede verse, la última tabla de salvación de la economía familiar es el trabajo de la esposa y la propia sustancia de los respectivos patrimonios cuyo consumo, por «adecuado a las circunstancias», requiere previa valoración de éstas, lo que no admite fórmulas generales. Así, por ejemplo, en situación de grave crisis familiar será normalmente adecuada la venta de la residencia veraniega, aunque puede no serlo si por prescripción médica alguno de sus miembros ha de pasar en ella ciertos períodos de descanso para aliviar una enfermedad; y a su vez esta misma circunstancia puede llegar a ser irrelevante cuando los fondos sean imprescindibles para atender una necesidad más urgente o de mayor gravedad. Lo mismo cabría decir de la

enajenación del automóvil (que puede no ser adecuada si constituye fuente principal o complementaria de los ingresos familiares, o al menos es imprescindible para su obtención), y otros semejantes.

En nuestra Patria una Sentencia de 15 de marzo de 1962 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo consideró «derecho y deber» de la esposa el de completar o aun suplir la carga del marido cuando sus medios económicos se lo permitan y los de éste sean insuficientes o nulos, e igualmente «... y en cuanto sea compatible con sus peculiares limitaciones por razón del sexo, mediante su trabajo fuera del hogar cuando el varón se encuentre enfermo o incapacitado» (37). Esta solución es probablemente la que mejor se adapta al sentir tradicional de la familia española en que de hecho la mujer sólo en casos extremos desempeña una actividad retribuida fuera del hogar, pero se complica un punto con el deber que los hijos tienen de contribuir equitativamente y según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella (art. 155,2), pues cabría cuestionar si el deber de aquéllos es anterior al de la esposa o han de desempeñarse uno sin perjuicio del otro. El Legislador, con buen criterio, ha dejado la solución del problema al acuerdo de los esposos, quienes deberán por tanto fijar de consumo el plan familiar ante la crisis, la procedencia o no de reducir el nivel de vida fijado anteriormente y la conveniencia de proceder o no a enajenar los activos patrimoniales, marcando por supuesto el orden a seguir y las circunstancias de la enajenación. Claro es que en la tesitura de que la mujer deba desempeñar un trabajo remunerado, su negativa no podrá suplirse «in natura», pero en tal caso su conducta muy probablemente pueda constituir infracción grave del deber de mutuo socorro y erigirse en causa de separación, al menos en aquellos casos en que se aprecie una necesidad extrema.

C) Frente al supuesto anterior, que en cierto sentido debe considerarse como límite, cabría también plantearse en qué medida la esposa —que voluntariamente ha asumido el papel de ama de casa— pueda libremente abandonarlo a desatenderlo para ejercer una actividad extradoméstica retribuida o no (38). La cuestión no es desdeñable, pues se trata en el fondo de evitar la colisión entre el «derecho al libre desarrollo de la personalidad y los derechos inviolables que le son inherentes» (art. 10,1 de la Constitución) y —como dije— el papel asumido por la esposa en el repar-

(37) Nótese que la Sentencia está dictada por la Sala de lo Social y es además un razonamiento dictado incidentalmente (obiter dictum) en la segunda sentencia por lo que su valor como doctrina legal es nulo.

(38) Con todo advierte Amando de MIGUEL (op. et loc. cit. pág. 287) que hoy por hoy —el libro es de 1974— el trabajo del ama de casa se produce cuando se acumula más necesidad económica. «El servicio doméstico no «libera» a las señoras para ponerse a trabajar».

to de competencias acordado, que no admite sea arbitrariamente alterado por uno de los cónyuges.

En un sistema en que la realización por la esposa de un trabajo fuera del hogar dependa de la autorización del marido, el problema queda resuelto en buena medida: si aquélla es irrevocable porque el esposo, al concederla, debió sopesar los posibles inconvenientes de su decisión y, pues la otorgó, queda obligado por sus propios actos. Si por el contrario se admite la posibilidad de revocar con justa causa la inicialmente concedida, porque sería el Juez quien en definitiva habría de resolver, ponderando los intereses en conflicto y decidiendo consecuentemente en aras del supremo interés familiar lo que considerase oportuno (39). En los sistemas en que por último quepa al marido la posibilidad de denunciar el contrato celebrado por la mujer, ni que decir tiene que el conflicto no llegaría siquiera a plantearse (40).

a) En el *Derecho comparado* ciertos sistemas intentan resolver el problema obligando a la mujer a compatibilizar en la medida de lo posible dichas labores (así ocurre al parecer en el Código de Guatemala o en el Código de Familia de Cuba). En otros, por el contrario, reconociéndose a ambos esposos la posibilidad de ejercer una profesión sin necesidad del consentimiento del otro, facultan —a éste— si considera que con dicha actividad se lesionan sus intereses morales o materiales, o los de los hijos, el derecho de acudir al Juez para que éste, si lo estima oportuno, pueda supeditar el desempeño de aquélla a la modificación del régimen matrimonial, lo que por cierto no procede cuando la actividad «incompatible» consiste en el desempeño de funciones públicas (artículo 216 del Código Civil Belga). Pero en la generalidad la cuestión no llega a plantearse, reconociéndose el derecho de cualquiera de los esposos al desempeño de una profesión sin consentimiento del otro.

b) *Derecho español*: En nuestra Patria no existe disposición alguna que expresamente resuelva la cuestión. De ciertas disposiciones como el D. de 20 de agosto de 1970 y el RD de 11 de abril de 1980, y del tenor incidental de la Sentencia de 15 de marzo de 1962 antes citada podría estimarse que nuestro Legislador se inclina por el criterio de la compatibilización, pero sin duda se trata de una interpretación apresurada. Las citadas disposiciones contienen normas tendentes a facilitar a la mujer el desempeño de una actividad remunerada con las propias de ama de casa, pero es claro que no la obligan a adoptarlas y que en ningún caso la vinculan:

(39) Así en Suiza. Vid. BOSCHAN, «La equiparación jurídica del varón y la mujer en el derecho matrimonial europeo», RDP.

(40) Así ocurría en Portugal al amparo de la legislación derogada con respecto a las actividades lucrativas de la mujer no consistentes en el desempeño de una función pública o profesión liberal (art 1.676) lo que supone una nota curiosamente clasista.

en último extremo su decisión de ejercer una profesión «incompatible» prima sobre las facilidades del sistema que la mujer puede desconocer.

Otra posible solución estaría en la aplicación del artículo 70 que para un caso de menor gravedad, cual es la fijación de domicilio, autoriza al Juez a resolver a falta de acuerdo lo que estime conveniente, teniendo en cuenta el interés de la familia, pero parece claro que el precepto es inaplicable al punto que estudiamos pues aunque acaso la mayor fuente de conflictos sobre la fijación del domicilio conyugal radique en el ejercicio por los esposos de actividades económicas en lugares diversos, los intereses en conflicto —que en el artículo 70 autorizan la intervención judicial sin más límite que el interés familiar— no la autorizan aquí en modo alguno. El artículo 70 parte de la existencia de un conflicto meramente fáctico; en el supuesto que estudiamos por el contrario los intereses en juego trascienden a nivel superior, pues frente a la pretensión del marido de que se mantenga el «status quo» precedente, la mujer puede oponer los principios del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) y la no discriminación por razón de sexo (art. 14) que en principio deberían primar frente a aquél. Supuesto esto el tratamiento de la infracción del reparto de tareas sería en principio el mismo que el de una infracción contractual y, puesto que no sabe la reparación «in natura», no hay más remedio que poner a cargo del obligado los medios necesarios para suplir su desatención del papel inicialmente asumido.

IV. LA COMPENSACION ECONOMICA DEL TRABAJO DOMESTICO: SUS FUENTES

1. *El convenio de los esposos*

La primera de las posibles fuentes de remuneración económica del cónyuge que desempeña las tareas domésticas está en el propio acuerdo de los esposos. Dice Delgado Echevarría que antiguamente era costumbre en Cataluña señalar a la mujer en capítulos una pensión anual para los gastos de su persona, normalmente con cargo a las rentas de la dote, lo que constituía el denominado «pacto de alfileres». Al parecer en unas que se conservan en el Archivo Notarial de Barcelona, otorgadas en 1751 entre el noble don Antonio de Vega Copons y Oluja y doña Josefa de Sentmenat y de Ribera se señaló a ésta la suma de 150 libras anuales para «aguas y demás de su agrado»; y en la Sentencia de 26 de noviembre de 1862 se discute sobre la base de unas capitulaciones otorgadas en 1814 en que el Marqués de Lugros se comprometía a abonar a su futura esposa —Marquesa de Bogaraya— 500 ducados anuales para destinarlos a cualquier tipo de gastos personales que tuviera por con-

veniente. También se discute sobre «alfileres y gastos de cámara» en la de 15 de abril de 1890 (41). En la actualidad Cerdá Gimeno (42) se hace eco de alguna estipulación capitular que prevé un salario a la esposa como retribución de su trabajo doméstico, supuesto que no duda en calificar de «pintoresco», pues ciertamente —al menos en lo que conozco— el tema (como en general el de los gastos domésticos y frecuentemente el de la contribución a las cargas) es totalmente desconocido por la práctica notarial española, bien que pueda tener acogida al amparo del amplio principio de libertad de estipular existente en nuestra Legislación.

2. *La compensación del artículo 1.438 Cc.*

Aparte la compensación que pueda resultar de lo expresado, en los regímenes de ganancialidad y en principio en el de participación, el trabajo de la casa no atribuye más derecho que el que resulte de la distribución de los beneficios provenientes de la liquidación de la sociedad conyugal si aquélla es positiva, lo que por definición no puede darse cuando se trata de un régimen de separación en que de hecho la mujer ni siquiera podría disponer libremente de las pequeñas economías de su gestión. El tema de la compensación «legal» del trabajo doméstico —para ser completo— debería por tanto contemplar los casos de liquidación negativa de sociedad conyugal —cuando ésta existe— y preverla en los casos en que el matrimonio ha funcionado en régimen de separación. Sin embargo nuestro legislador, acaso partiendo de que siempre habrá algún remanente que repartir, y probablemente también por el hecho de que si la liquidación es negativa la «contribución con trabajo personal» en la contribución a las cargas se ha agotado de la misma forma que los recursos suministrados por el marido, sólo contempla el tema en sede de separación y así el artículo 1.438 reformado reconoce al cónyuge que las desempeña el derecho a obtener una compensación económica que el Juez señalará a falta de acuerdo, a la extinción de aquél.

La redacción del precepto modifica la del Proyecto (43), pues al parecer en éste sólo se originaba la compensación cuando el obligado se hubiera enriquecido durante el matrimonio, lo que dejaba fuera de su aplicación los casos de que aquél hubiera mantenido una fortuna similar (aunque fuera considerable) o se hubiere incluso empobrecido (con independencia de que la causa de di-

(41) DELGADO ECHEVARRÍA op. et loc. cit., pág. 373, nota 11.

(42) «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», en Documentación Jurídica, Enero-diciembre 1982, vol. I, pág. 252. Evidentemente y con independencia de capítulos la retribución podrá seguir otras múltiples vías ya sin las limitaciones anteriormente existentes para las donaciones entre cónyuges.

(43) Vid. GARRIDO CERDÁ, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro» en AAMN tomo XXV pág. 165.

cho empobrecimiento hubiera sido el sostenimiento de la familia o un hecho ajeno al mismo). En la actualidad, por el contrario y desaparecida tal limitación, es el simple desempeño de tareas domésticas el origen de la prestación compensatoria, independientemente de la cuantía y las posibles oscilaciones de la fortuna del obligado, y con relación al mismo cabe decir:

a) El Código se remite en cuanto a su fijación ante todo a lo que los cónyuges estipulen, siendo aquellos absolutamente libres para determinar la procedencia o no de la compensación, la cuantía de ésta y la modalidad concreta que aquélla deba revestir (bien se trate de una suma alzada, de una cantidad fijada por años, bienes concretos, el usufructo de los mismos, el pago de una renta o pensión periódica, etc.) De igual libertad goza el esposo acreedor para renunciar a su percepción (en el momento de la disolución o después, nunca antes) (44). Por lo demás se trata de una declaración negocial de voluntad que podrá ser impugnada por los vicios de que pueda adolecer según la teoría del negocio jurídico.

b) En caso de disconformidad de los esposos sobre alguno de los extremos indicados es cuando procede el recurso al Juez, siendo opinión de Lacruz que el procedimiento a seguir será el establecido para la Jurisdicción voluntaria (45). Desde luego está fuera de dudas que el Juez carece de la misma libertad que debe reconocerse a los esposos. Por de pronto no parece que entren dentro de sus atribuciones privar de aquélla a la esposa (pues los términos del precepto están redactados en términos claramente imperativos) y probablemente tampoco pueda acordar otra cosa que una suma de dinero (por ser esta la medida común del valor de las cosas); en particular no podrá sustituirla por una «pensión» (pues la redacción del artículo es bien distinta de la del artículo 96) ni menos por la constitución de una renta vitalicia o el usufructo de determinados bienes ya que la procedencia de estas modalidades sólo cabe —en el supuesto del artículo 96— cuando los esposos libremente lo decidan. Carecerá por último de la misma libertad para la fijación de su cuantía, pues habrá de ponderar la duración misma del matrimonio, las circunstancias en que la esposa haya desenvuelto su actividad el hecho de que ésta haya incluso abandonado una carrera o estudios para dedicarse al hogar y otros semejantes. Lacruz dice que hay que tener en cuenta además si el cónyuge que provee a la familia de medios pecuniarios gasta la totalidad de sus ingresos en la vida familiar o si por el contrario, reduciendo el nivel de vida de ésta, obtiene importantes ingresos que guarda para sí, pues parece evidente que en el primer caso el gestor doméstico está —si no suficientemente— sí relativamente bien retribuido, mientras que en el segundo podrá llegar a estar —o al menos sentirse— también relativamente defraudado.

(44) Así expresamente lo reconoce el derecho austriaco.

(45) «Elementos...» cit. pág. 127.

Por eso afirma que «aun cuando el marido hubiera conseguido ahorrar un capital muy importante difícilmente podrá reclamar una compensación por su trabajo doméstico la mujer que vivió a muy alto nivel, gastó en trajes o en joyas, realizó viajes a países lejanos y tuvo en la casa servicio abundante...» (46) (Claro que en tales circunstancias resulta difícilmente concebible que la mujer haya verificado tarea doméstica alguna).

c) Cuestión no resuelta es si podrá imponerse una compensación a cargo del obligado (normalmente el marido) cuando a la hora de disolverse el régimen careciera de medios de fortuna pues, supuesto que en ese momento le será imposible satisfacerla, siempre cabe que llegue a mejorar su situación en el futuro y deba entonces verificar su pago (art. 1.911 Cc.). Como antes apuntábamos, el artículo 1.438 no condiciona la procedencia de la compensación a que el obligado se haya enriquecido durante el matrimonio. Es más, el cambio con relación al Proyecto parece indicar que es perfectamente independiente su procedencia con el hecho de que la fortuna de aquél, lejos de incrementarse, haya disminuido o incluso desaparecido. A mi juicio, para resolver la cuestión habría que distinguir según los casos: si se demuestra que el marido, que proporcionó a la esposa un nivel de vida acorde a su propia fortuna, se ha empobrecido precisamente sufragando las cargas familiares, quedará exonerado de toda compensación, pues —como dice Garrido Cerdá— en dicho supuesto habrá que considerar también, como contrapartida, que el trabajo doméstico ha tenido que ser igualmente asumido por ese levantamiento de cargas (47). Por el contrario, si la ruina del esposo se debe a hechos independientes habría de seguirse la tesis de Lacruz y discriminar si la mujer gozó o no de un nivel acorde con la fortuna de aquél para negar (o al menos reducir) la cuantía de la prestación en el primer caso y afirmarla en el segundo.

d) Destaquemos, por último, que pese a que el precepto no distingue, la compensación del artículo 1.438 no procede en todos los casos de extinción del régimen de separación. No procede en primer lugar cuando aquélla se produce por muerte de uno de los esposos (que extingue el matrimonio y con ello el régimen económico matrimonial), pues de otra forma se introduciría con ello un derecho hereditario forzoso no específicamente previsto por el Legislador, de cuantía imprecisa, discriminador (según el régimen económico del matrimonio) y probablemente fruto de una imprevisión legislativa que no puede llevarse a sus últimas consecuencias; a estas razones habría que añadir —si la que fallece es la esposa— que con ello se retribuiría a sus herederos, siendo así que la compensación que analizamos parece *intuitu personae*. Por otro lado es muy dudoso que proceda cuando la extinción del régimen

(46) «Elementos...» cit. pág. 123.

(47) Op. et loc. cit. pág. 166.

de separación se produzca por adoptarse otro distinto —normalmente el de gananciales o el de participación—, pues en tales casos el cónyuge tiene ya el derecho a participar en las ganancias, con lo que queda ya retribuido, al menos en principio. Con todo lo más probable es que a la hora de pactar el nuevo régimen se contabilice la compensación que se acuerde como una partida del pasivo de la sociedad a favor del cónyuge que lo desempeña (48). En realidad el campo propio de actuación del artículo parece centrarse en los casos en que la disolución del régimen tenga su origen en la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio de los cónyuges, lo que conlleva el tener que analizar en qué medida esta compensación se engloba en la que dimana del artículo 97, prevista específicamente para tales casos.

3. *La pensión del artículo 97 Cc.*

El artículo 97 reformado, que sigue casi a la letra el 272 del Código Francés, prevé una compensación económica del trabajo familiar que, a diferencia del supuesto anterior, es común a todos los regímenes matrimoniales, procediendo en todos los casos de divorcio y separación y en los de nulidad sólo en los términos del artículo 98. No obstante, en este precepto la retribución del trabajo familiar es sólo indirecta, pues la «dedicación pasada o futura a la familia» es simplemente uno de los criterios a considerar cuando aquéllas situaciones originen el desequilibrio económico de uno de los esposos respecto del otro en términos que impliquen un empeoramiento de su situación respecto a la disfrutada durante el matrimonio, de suerte que si dicho desequilibrio no se produce nunca llegará a tomarse en consideración por esta vía la prestación del trabajo familiar. Queda claro por tanto la diversa «ratio» de ambos preceptos, pues uno retribuye directamente el trabajo doméstico en tanto que el otro sólo lo contempla como criterio a considerar en caso de desequilibrio económico.

Esta diversa «ratio» explica también alguna de las diferencias de régimen existentes entre ambas figuras, sobre todo la necesidad de actualizar la pensión del artículo 97 en relación a las alteraciones de fortuna (pues tales alteraciones aumentan o atenúan el grado de desequilibrio que la pensión tiende precisamente a evitar), y también —como corolario— que la del artículo 97 revista siempre el carácter de una obligación duradera de cumplimiento periódico, mientras que la del artículo 1.438 pueda revestir otras modalidades. No obstante y pese a tratarse de dos figuras distintas parece necesario optar por una de aquéllas a fin de evitar el posible solapamiento de ambas. En esta línea, dice Lasarte que

(48) Así LANZAS GALVACHE, «El régimen de participación», R.C.D.I. 1983, número 558, págs. 1146 y 1147.

la solución prevista en el artículo 1.438 se adapta mejor al carácter indemnizatorio que debe revestir la compensación por el trabajo doméstico al articularse como una cantidad a tanto alzado y no como renta periódica (en mi opinión al menos como supuesto normal). Lógicamente cuando se opte por la vía del 1.438 se excluye automáticamente la posibilidad de repercutir la actividad doméstica desempeñada en la cuantía de la pensión del artículo 97 (49), que sólo debe considerar los restantes criterios.

4. Otros supuestos de compensación

Aparte lo dicho existen disposiciones que, dictadas sin duda para otro propósito, pueden ser relevantes para el caso que estudiamos. Así, por ejemplo, cabría citar en cierto sentido el esponsalicio o excrei que el marido constituye en atención a las condiciones personales de la mujer (arts. 44 y siguientes de la Compilación Catalana) o la soldada del cabaler a que se refiere el artículo 43 de la misma. También en algunos ordenamientos extranjeros existen disposiciones que podrían citarse como ejemplo más o menos directo, pero lo cierto es que en la mayoría de los casos no son auténticos supuestos de retribución del trabajo de la mujer pues ésta no puede disponer de aquéllas a su albedrío, sino precisamente para atender necesidades familiares (50).

V. SUBORDINACION Y COLABORACION EN EL DESEMPEÑO DE LAS TAREAS DOMESTICAS

I

A) En nuestro Derecho histórico las disposiciones concernientes al servicio doméstico son relativamente abundantes. Prescindiendo de más remotos antecedentes podemos señalar que la Novísima Recopilación determina la libre enseñanza y trabajo de mujeres y niñas «en todas las labores propias de su sexo sin embargo de las Ordenanzas de los Gremios» (51), ocupándose de las penas «del que hiciere fornicio con la sirvienta o doncella del señor en cuya casa vive...» (52) y del «criado que la hiciere con muger, criada o sirvienta de la casa de su amo» (53). «Porque del abuso y exceso de los criados, alhajas y adornos de las casas... se han experimentado muchos daños... son relativamente frecuentes las disposiciones en-

(49) LASARTE, en «Matrimonio y Divorcio», «Comentarios al nuevo título IV del Código Civil», ed. Civitas, 1982, págs. 760 ss.

(50) Así, por ejemplo, al parecer en Chile: artículo 1.720 Cc.

(51) L. 14, tít. 23, lib. 8.

(52) L. 2, tít. 29, lib. 2.

(53) L. 3, tít. 29, lib. 2.

caminadas a limitar su número (54) y, sin duda por razones de moralidad, se «... prohíbe a las mugeres públicas... tener escudero ni criados menores de cuarenta años» (55). El elemento de confianza propio de esta relación determina que una Pragmática de Felipe II de noviembre de 1565 disponga que «... ninguna persona sea osada de comprar ni compre de criado o criada que sirviere a otro, cosas de vianza y comer, ni cebada, ni paja ni leña y otras cosas de servicio y alhajas de casa; y el que las comprare en qualquier manera que sea habido por encubridor de hurto...». Por igual fundamento la ley 1, tít. 16, lib. 6, determina por último que el criado despedido de su señor no pueda sin su licencia pasar a servir a otro en el mismo lugar o sus arrabales.

De la relación de trabajo propiamente dicha el Ordenamiento se ocupa fundamentalmente de establecer ciertas exigencias de apariencia exterior (pues se manda a los ministros inferiores prendan a los lacayos, cocheros y mozos de silla o caballos —aun de casa Real— que fueren hallados sin librea o con traje que les haga desconocidos) (56) y se determina en tres años el plazo de prescripción de la acción para reclamar sus salarios, a contar desde el momento en que fueron despedidos (57).

Son, en cambio, numerosísimas las estipulaciones contractuales públicas que fijan el contenido de las relaciones entre amos y criados (58). Dichos pactos determinan ante todo las tareas que éstos han de desempeñar y que consisten bien en cometidos concretos, bien «en todas las cosas que me dijéredes y mandáredes que a mi sean posibles y honestas de hacer», comprometiéndose el criado del amo que marcha a Indias «... a vos servir en cavar e sacar oro y en todas las cosas que me dijéredes y mandáredes hacer...» La determinación de la soldada se verificaba unas veces por períodos fijos de tiempo, valorándose en otros casos la labor

(54) Que afectan además a lacayos, mozos de espuela y silla y escuderos (leyes 2 a 6, tít. 16, Lib. 6), abundancia que coincide con la importancia del núcleo familiar. ORTEGA se hace eco de que, poco a poco, la vida familiar va reduciéndose progresivamente al mínimo «de suerte que cuanto más adelante va un país menos es ya en él la familia». Y señala, como curiosa causa de tan progresiva evaporación la desaparición del servicio doméstico hasta el punto —dice— que «puede formularse casi con rigor de una ley de física: en cada país queda hoy de vida familiar tanto cuanto queda de servidumbre». «La socialización del hombre», en «El Espectador» (Antología). Ed. Alianza Editorial, págs. 162 y ss.

(55) L. 1, tít. 27, lib. 12.

(56) R. D. de 31 de agosto de 1677.

(57) L. 10, tít. 11, lib. 10.

(58) Vid. sobre este tipo de pactos la obra de Blanca MORELL PEGUERO, «Contribución etnográfica del Archivo de Protocolos; Universidad de Sevilla», 1981, especialmente págs. 63, 133 y 134 de las que se toman las citas del texto. Una fórmula general y típica de este contrato se recoge en la número 40 del «Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la Notaría», anónimo aragonés del siglo XVI, reeditado en 1968 por la Junta de Decanos de los colegios notariales de España con motivo del Centenario de la Ley del Notariado.

en conjunto según el tiempo contratado y la contraprestación era de muy amplio contenido, pues comprende no sólo una cantidad de dinero, sino además «... cosas de comer e beber y cama y casa en que esté y duerma así sano como enfermo...», determinándose incluso las prendas y ropas que cada año debe recibir (59). En ocasiones incluso el amo contrae expresamente la obligación de enseñar a la sirvienta «... buenas maneras y costumbres por donde la dicha mi hija valga» (60) y a veces, pues el servicio doméstico era la vía normal por la que las doncellas pobres allegaban una dote al matrimonio, la remuneración consiste en «... maraveries en ajuar y ropa y preseas de casa ... que fueren necesarias para ayuda de su casamiento...»; no es de extrañar por ello que buen número de cartas de dote aparezcan otorgadas por los señores de la novia, y del mismo modo muchos recibos de dote subrayan el papel de aquéllos como dotadores. Existen, por último, en este tipo de contratos estipulaciones penales que prevén el incumplimiento de cualquiera de los contratantes (61).

También los testamentos eran cauce frecuente de recompensa de los servicios prestados, bien atribuyendo a los criados mandas para saldar cuentas pendientes con ellos por sus servicios, bien con el solo objeto de compensar su dedicación. Curiosamente también aquéllos servirán para que el sirviente poco escrupuloso descargue su conciencia y restituya cantidades indebidamente obtenidas; así en un testamento de 1506, Pedro Fernández, asalariado de un sayalero de Sevilla ordena «... le paguen dos mil maravedís que le soy en cargo en dineros que gane en su hazienda de cierto tiempo que con el estuve y no le serví tan bien como debía...». Y en otro de Francisco Bernal otorgado en 1520 se manda «... a la dicha doña Aldonza, mi señora, diez mil maravedies por descargo de mi conciencia, los cuales creo que me había aprovechado de su hazienda...» (62).

(59) Así, por ejemplo, en un contrato otorgado en Huelma el 19 de octubre de 1569 Juan Hermoso, vecino de la plaza, se compromete a proporcionar a su sirvienta Catalina Hernández «... cuatro ducados en cada un año y demas le a de dar de comer, e beber, e vestir, e calçar e casa e cama e cuidar suficiente, y lo que le a de dar de vestido es condicion que le a de dar un faldellin e un vajuelo cada año, e dos camisas nuevas y dos escofiares de hilo e dos tocados cada año e una mantilla». Vid. también el trabajo de María Amparo MORENO TRUJILLO, «Tipología y estudio diplomático de un protocolo Notarial del siglo XVI, Huelma, 1569». Ilustre Colegio Notarial de Granada. Boletín de Información. Separata número tres. Junio 1983 pág. 59.

(60) Escritura otorgada el 1504 entre Juan González, padre de Francisca, que entra a servir a Alfonso Catalán. Vid. la obra de MORELL cit. pág. 63, nota 3.

(61) Así, en un contrato otorgado en Huelma el 19 de octubre de 1569, se estipula que «... si se fuere la dicha Catalina Hernandez que la trayra el dicho Juan Lopes Reinoso a su costa y si no la truxere siendo requerido, el dicho Juan Hernández la pueda traer a costa de la dicha Catalina Hernández. Y si echare del servicio a la dicha Catalina Hernandez yncurra en pena de cinco mil maravedis...».

(62) Vid. el Trabajo de MORRELL PEGUERO citado especialmente págs. 148 y 149.

B) En el Ordenamiento vigente el contrato de servicio doméstico constituye una relación laboral típica, pues el trabajador presta sus servicios voluntariamente, con carácter retribuido, por cuenta ajena y bajo la dirección de otra persona (art. 1 del Estatuto del Trabajador). Se trata no obstante de una relación laboral de carácter especial y ello no sólo por disposición expresa de la Ley (63), sino porque la convivencia de un extraño en el seno de la familia dota a aquélla relación de una nota de confianza altamente cualificada que impone peculiaridades a la relación laboral normal.

Antes de la publicación del Real Decreto 1.424/85 de uno de agosto fue muy debatido el régimen de este tipo de relaciones, pues no habiéndose cumplido por el gobierno el mandato contenido en la disposición adicional segunda del Estatuto de los Trabajadores (que le obligaba a regular en plazo de dieciocho meses las relaciones laborales de carácter especial) quedaba por aclarar si subsidiariamente a lo establecido por voluntad de las partes o por los usos y costumbres locales y profesionales (cfr. artículo tercero del mentado Estatuto) eran de aplicación las normas contenidas al respecto en el Código Civil (a virtud de lo dispuesto en el artículo 4,3 del mismo), o las del propio Estatuto (que si bien en principio tiende a acoger en su seno toda relación de carácter laboral, se inhibe precisamente en la materia que nos ocupa) (64). En la actualidad la publicación del citado Real Decreto —cuya entrada en vigor se prevé para el uno de enero de 1986— zanja totalmente la cuestión; pero de su estudio no podemos ocuparnos.

(63) Artículo segundo, uno letra B, E. T.

(64) Una sentencia de la Magistratura de Trabajo número ocho de Madrid (autocalificándose por cierto de «poco ortodoxa»), entendía derogado en concreto el artículo 1.584 del Código Civil «...por ser precepto que niega el carácter de trabajador al empleado de hogar al calificarlo de arrendatario» y apunta que su resolución ha de reputarle válida y ortodoxamente emitida al aplicar la imperativa cancelación de una situación discriminatoria carente de justificación objetiva y razonable...» subrayando que «... por incuria del poder Ejecutivo o del Legislador Ordinario se ha mantenido (una situación fáctica concreta)... en condiciones discriminatorias insostenibles que afectan a un importante colectivo de trabajadores...».

Los términos de la sentencia son claramente discutibles. Por de pronto se aparta del parecer del propio legislador que remitió a una futura regulación el tema del contrato de servicio doméstico lo que conlleva que si las disposiciones del Código con supletorias en las materias regidas por otras leyes (art. 4,3) con razón habrán de aplicarse cuando tales leyes no existan. Pero es que además la propia sentencia se pone en guardia y anticipa posibles defectos que pudieran oponérseles refiriéndose a «la poca ortodoxia de su fallo», ya que con el mismo «... no invade aunque otra cosa pudiera parecer materias reservadas al poder Legislativo...» y justifica su resolución en la necesidad de superar «... condiciones discriminatorias insostenibles que afectan a un importante colectivo de trabajadores...». Olvida con ello que si ciertamente es principio constitucional el de igualdad y no discriminación (artículo 14 de la Constitución), también lo son los de respeto al ordenamiento y de seguridad jurídicos (art.9,1 y 3) que exigen —si no bastara la norma expresa del artículo 1,7 del Código Civil— que los jueces y tribunales se atengan en sus resoluciones al sistema de fuentes establecido.

Desde otro punto de vista cabría decir que tanto la decisión abstracta de admitir personal de servicio (salvo acaso en familias de alto nivel social), como en principio la concreta elección de la persona contratada, deberán sujetarse al común acuerdo de los esposos, pues, aparte que lo primero afecta al llamado «plan de vida familiar», la intromisión de un extraño en el seno del hogar y la forzada convivencia que ello impone parecen exigirlo. Y aunque de hecho la elección de sus auxiliares la verifique el cónyuge que realiza las labores domésticas (que es a este respecto el «titular del hogar familiar» de que habla el artículo uno, apartado tres del Real Decreto) debe reconocerse al otro el derecho de vetar su decisión (65) y ésta deberá primar mediando causa justificada que la haga atendible.

Finalmente, la condición de sirviente se toma en consideración por el ordenamiento a otros efectos (así, por ejemplo, en los artículos 681,7, 1.587, 1.924, letras d) y e), 1.967, número tres, todos del Código Civil, 660 núm. 2 LEC y 504 del Código de Comercio), pero de su estudio no podemos ocuparnos.

II

A) Resulta evidente que el primer llamado a colaborar en el desempeño de las labores domésticas —al menos en principio— es el otro cónyuge. Desde luego este deber no está claramente establecido en nuestra Patria, pero late en los de ayuda y socorro mutuos (arts. 67 y 68) y tampoco resulta por otra parte desconocido (66), aunque lo cierto es que de hecho el nivel de colaboración del marido en las tareas específicamente domésticas es francamente bajo. Empero visto el conjunto del sistema es posible hablar de una auténtica obligación del esposo en tal sentido, si bien el grado de esa colaboración vendrá determinado ante todo por la propia posición de la familia, los usos y costumbres (que en todo caso facultarían al marido a negarse a la realización de aquéllas que por sí o por sus circunstancias pudieran resultar vejatorias) y desde luego por las propias circunstancias familiares, pues no tendrá más remedio que desempeñarlas el esposo cuando sea la mujer la única que desempeña un trabajo remunerado. Ciertamente esa colaboración debe entenderse siempre sin menoscabo de la posición moral de cada uno, y matizada por el deber de mutuo respeto, y tiene como límites, aparte los apuntados, los preceptos cons-

(65) Piénsese, por ejemplo, en el caso del o la sirviente particularmente atractivos contratados por el cónyuge de sexo opuesto; o de aquella persona de hábitos particularmente desagradables.

(66) Así la colaboración de un cónyuge en la actividad del otro impide que pueda decretarse judicialmente la cesación del régimen de gananciales por la causa prevista en el artículo 1393,2 y es criterio a considerar para la fijación de pensión en caso de divorcio (art. 97,5).

titudinales que protegen la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. En cualquier caso el incumplimiento de esa obligación es prácticamente imposible de sancionar in natura habida cuenta el carácter personalísimo de la prestación y acaso sólo quepa verificarla poniendo de cuenta del cónyuge incumplidor los medios de que el otro deba valerse para suplir su falta (67).

B) Parecidas consideraciones habría que hacer en relación a los hijos, llamados a «contribuir equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella» (art. 155,2). Como limitaciones especiales a su actuación habría que citar las derivadas de su «formación integral» (art. 154,1) y la posibilidad de que el Juez, a instancia del propio hijo o de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, dicte las medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios (art. 158,3), incluso de índole moral. En este sentido, y como señalara ya García Goyena, no podrá imponerse al hijo la realización de tareas que le rebajen evidentemente en la consideración pública, atendido —dice— el lustre o posición social de la familia (68).

El hecho de que el hijo sea «conviviente» hace pensar que su obligación no nace de la patria potestad, sino del hecho de que, compartiendo con sus padres (o con uno de ellos) un domicilio, es lógico que soporte también unos gastos que al fin y al cabo él contribuye igualmente a causar. Ello quiere decir que el hijo menor que por disposición de sus padres no conviva con ellos no estaría obligado a colaborar ex art. 155 salvo que sean precisamente sus progenitores quienes sufraguen los gastos correspondientes, y ello sin perjuicio de que pueda estarlo como deudor de alimentos en los términos de los artículos 142 y siguientes (69). Por contra, el deber de colaboración se impone al hijo mayor que por propio deseo convive con sus padres, y se hará efectiva según los casos bien «in natura» (caso de la hija mayor), bien mediante una cantidad de dinero en sustitución de la actuación personal.

C) En los casos de «familia extensa» en que junto a los padres e hijos conviven otros parientes, cabe igualmente que éstos colaboren en el desempeño de las tareas domésticas. Incluso en muchos casos puede hablarse de que la auténtica causa del acogimiento es precisamente esas tareas domésticas que acaban por encomendársele. Tales situaciones, muy frecuentes en el Derecho histórico (70) se solapan hoy en buena medida bajo otro tipo de ma-

(67) LACRUZ, «Elementos...», cit pág 123.

(68) «Concordancias...», comentario al artículo 68.

(69) Preceptos que por cierto parecen limitarse a las prestaciones consistentes en un dare, excluyendo las demás salvo acaso en el supuesto de que el obligado a prestar alimentos opte por recibir y mantener en la casa a quien tiene derecho a ellos (art. 149).

(70) Vid. sobre el tema las referencias contenidas en el trabajo de Blanca MORRELL antes citado. Como residuo de lo dicho perviven instituciones en

nifestaciones, acaso hipócritas, pero queda claro que si se demuestra la condición de asalariado de quien las desempeña estaremos ante una relación laboral típica que se regirá por las disposiciones del Estatuto de los trabajadores (cfr. artículo primero, tres, letra e), bien que con alguna especialidad que pueda derivarse del vínculo de parentesco. Incluso han sido reconocidas por algún ordenamiento positivo actual y así, por ejemplo, el Código civil italiano (art. 230 bis), señala que el pariente que de modo continuado presta su actividad de trabajo en la familia tiene derecho al mantenimiento según la situación patrimonial de aquélla, considerándose a tales efectos como equivalentes los trabajos del hombre y la mujer.

D) Junto a los supuestos anteriores, en que la colaboración la desempeñan en el propio hogar los familiares convivientes, hay otros casos en que el «colaborador» se desplaza de su propio domicilio al de la persona que se beneficia con su prestación, sea pariente o no. Este supuesto es frecuentísimo en la práctica notarial en que bajo la pomposa estipulación contenida en los contratos de vitalicio de que uno de los contratantes se obliga a prestar al otro «la asistencia y cuidados que necesite, así en salud como en enfermedad», como contrapartida de los bienes —normalmente inmuebles— que recibe, lo que en definitiva late es la obligación de desplazarse al domicilio del transmitente para realizar las tareas domésticas más elementales y brindarle al par un poco de compañía. Como dice Reino Caamaño, este contrato vincula por lo general a personas de edad avanzada —normalmente sin parientes próximos— que al sentir en quiebra sus energías físicas pactan con alguien de su aprecio la transmisión de su fincabilidad, con reserva de usufructo, por una cantidad insignificante de pesetas que de ordinario se confiesan recibidas, imponiendo —a veces— la obligación de vivir en su compañía y —siempre— la de asistirle y cuidarle. Es, como dice Reino, la seguridad que el achacoso brinda a quien ha de velar por él de que no quedarán sin recompensa sus servicios (71).

El régimen de este contrato se determina fundamentalmente por lo pactado y en su defecto por las disposiciones contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (cfr. 153 Cc.), singularmente por el mentado artículo 142, si bien frecuentemente se pacta un contenido más estricto de obligaciones, y además, los artículos 146, 147 y 149 y en cuanto a su extinción por lo dispuesto en los artículos 150 y número 1 del artículo 152, pues normalmente en este tipo de contratos lo que se toma en consideración no es la fortuna del alimentista, sino su necesidad de cuidados, pero su estudio excede de lo pretendido en este trabajo.

derecho foral que en buena medida reflejan lo dicho, singularmente el llamado pacto de dación personal conocido en el Alto Aragón y al que alude el artículo 33 de la compilación vigente

(71) «El retracto legal y la libre contratación», en R.G.L.J. 1918, págs. 274 y siguientes.

VI. TRABAJOS DOMESTICOS POR ASIMILACION

El tema del trabajo doméstico no se agota en lo que encierra la expresión «labores del hogar». Muy probablemente también deban tener acogida dentro de la frase, al menos a ciertos efectos, la realización de una serie de tareas que al par de constituir una actividad encaminada a llenar ratos de ocio, supone fuente complementaria —y a veces considerable— de ingresos familiares. Entrarían así en este apartado las pequeñas reparaciones domésticas que el marido realiza en la vecindad una vez acabado su trabajo, la fabricación y venta de quesos y embutidos, la elaboración de bordados, la venta de los excedentes del pequeño huerto familiar, etcétera. La utilidad de encuadrar aquí este tipo de tareas probablemente radique en que por tratarse de cuestiones que afectan de modo directo al desenvolvimiento de la vida familiar (puesto que acaso en las horas destinadas a aquéllas el cónyuge desatienda otras incumbencias), quizá sea preciso el mutuo acuerdo de los esposos que, hoy por hoy, no necesita ninguno de ellos para desempeñar una profesión u oficio. Aquella exigencia será particularmente útil cuando se trate de inmiscuir a terceros en el seno de la familia mediante el hospedaje o el arriendo de habitaciones sobrantes, o la realización de actividades que exijan inversiones de cierta cuantía (teniendo en cuenta el nivel de vida familiar) o resulten molestas para el otro (la cría de animales, por ejemplo). En este sentido, Sancho Rebullida dice que el deber de convivencia exige la evitación de cualquier actividad en el mismo habitáculo que sea incompatible o aún molesta para la convivencia normal y pacífica (72); y Lacruz, luego de afirmar que cada cónyuge es libre de decidir en lo que atañe a su esfera personal, señala que existen ciertos comportamientos que si bien «prima facie» parecen puramente personales, pueden devenir relevantes para la vida común, en particular si son radicales y extremos en relación con la costumbre de la gente y por consiguiente afectan al otro cónyuge o a la familia, haciendo imposible o difícil la vida conyugal y/o sus relaciones sociales (73).

Este tipo de labores, como puede verse, forma un escalón intermedio entre aquéllas que constituyen afición pura y simple y entran por tanto dentro del derecho al libre desarrollo de su personalidad, y las que constituyen la principal fuente de ingresos familiares y su régimen es por tanto y en buena medida, intermedio entre ambas. Tomado de común acuerdo su desempeño será no obstante el cónyuge especialmente capacitado quien lo verifique, reduciéndose al mínimo en la mayoría de los casos el grado de colaboración del otro (precisamente por el grado de especialización

(72) «Comentarios al Código Civil y las compilaciones forales», EDERSA, Tomo II, pág. 122.

(73) LACRUZ, «Elementos...», cit. pág. 174.

que aquéllas precisan). Los utensilios o instrumentos empleados probablemente deban ser considerados privativos del cónyuge que los utiliza, aunque propiamente no encajan ni en el número 8 del artículo 1.346 (pues no se desempeña con ellos una profesión u oficio), ni en la expresión «objetos de uso personal» que emplea el número 7 del mismo, sino más bien en una categoría intermedia entre ambos.

En cualquier caso resulta evidente que la realización de este tipo de actividades no deberá sujetarse a la compensación del artículo 1.438 ni tampoco podrá en rigor ser considerada como manifestación de «dedicación pasada o futura a la familia» a los efectos del artículo 97. Los rendimientos obtenidos tendrán el carácter propio del régimen económico matrimonial de que se trate, y así serán gananciales los obtenidos en un régimen de tal naturaleza (cfr. art. 1.347 Cc.). No obstante, en muchos casos el régimen de este tipo de beneficios —bien sea por convenio entre los esposos o por permitirlo los usos— se sustrae en buena medida al normal, pues con ellos se forma en ocasiones una especie de «fondo reservado» de que su titular dispone para pequeñas atenciones familiares o domésticas, adquirir nuevos bienes congruentes con el «hobby» asumido, etc. Por último, es bastante probable que a la hora de disolverse la sociedad conyugal tales utensilios y herramientas deban entregarse a aquel de los esposos que se ha venido sirviendo de ellas bien por estimarse que son «privativas» del que las usa bien porque ante su escasa utilidad para el otro éste se avenga a ello, acaso incluso sin tomar en consideración su valor y como una especie de «aventaja» para aquel, análogamente a lo que dispone el artículo 1.321.

VII. OTRAS CUESTIONES

A) En lo restante el vacío legal ha de llenarse ante todo por el acuerdo de los esposos, los usos y también en buena medida por la aplicación de normas contenidas en el propio Código, aunque pensadas para otros casos; así, parece evidente que la adquisición de los medios necesarios para su desarrollo entra de lleno en las facultades de quien las desempeña (74). Dichos elementos

(74) Aunque la realización de tareas domésticas suele por lo común circunscribirse a la esfera interna del hogar y no implica relación con terceros, supone excepción importante la adquisición de los medios necesarios para su desenvolvimiento, que en muchos casos agota incluso gran parte del presupuesto familiar. El supuesto más frecuente es el de la *compra al contado*, pero en principio no priva al acto de domesticidad el *aplazamiento del precio o contraprestación* bien que en algunos ordenamientos se exija el consentimiento dual (art. 220 del Código Civil Francés). En nuestra Patria la inexistencia de norma al respecto permite admitir en principio la validez de la compra a plazos realizadas por uno de los esposos. No obstante esta admisión de principio conviene ponerla en conexión con el criterio de la «modicidad relativa» que caracteriza los actos domésticos, pues en estos casos es donde

tienen en principio carácter común, acaso incluso en los regímenes de separación, pues la voluntad del que provee de los fondos necesarios sin duda es inequívoca en el sentido de que los bienes adquiridos se «comuniquen» (lo que en buena medida explica también la solución del artículo 1.320, aunque su fundamento directo sea otro). No obstante será normalmente la esposa quien use y

más fácilmente podrá el cónyuge actuante salirse del marco normal del ejercicio de su potestad. Si ello ocurre la adquisición sería válida frente a terceros, pero no «doméstica», de suerte que si frente a aquéllos responden en todo caso los bienes gananciales (art. 1.362,1 Cc), la responsabilidad definitiva por la actuación excesiva correría a cargo del esposo actuante.

Como guía práctica cabría decir que si el propósito del cónyuge actuante al pedir el aplazamiento ha sido el de obtener una comodidad mayor en el pago (y la cuantía del mismo está en consonancia con el standard de vida familiar) la adquisición será doméstica y podrá realizarla por sí sólo. Pero si con el aplazamiento lo que se ha pretendido no es facilitar el pago, sino propiamente posibilitarlo (ante la extrema dificultad en pagar al contado) la compra, por estar en desacuerdo con el nivel de vida familiar, escaparía al ámbito de la domesticidad y quedaría sujeta a la exigencia de común acuerdo.

En cualquier caso, para juzgar la domesticidad de la compra aplazada se presupone que las condiciones de la misma sean las normales según los usos, no aquellas que agraven extraordinariamente la operación: serían para ello admisibles las compras con pacto de reserva de dominio en los casos en que esta reserva sea usual, y los intereses normales, no los abusivos.

También resulta irrelevante que la compra asuma el carácter de acopio de una sola vez (con el consiguiente desembolso) de los elementos consumibles en un período más dilatado de tiempo siempre que ello venga permitido por los usos, modalidad ésta frecuentísima en las grandes ciudades en que en muchas ocasiones se verifica en supermercados o hipermercados la compra de bienes que han de consumirse en un determinado período de tiempo (quincenas e incluso meses). Con ello, aparte la comodidad, se pretende un ahorro de dinero —más notable cuanto mayor sea la cantidad adquirida—, o la obtención colateral de otra serie de ventajas (sorteos de regalos, promociones especiales, etc.). Lo normal en tales casos es la concurrencia de ambos esposos en la adquisición, determinada tanto por la necesidad material de verificar el transporte de lo adquirido, como por la de juzgar en común la conveniencia de comprar o no determinados artículos en ese momento o adquirirlos más adelante o en otro lugar, sopesando siempre la inevitable gama de «ventajas», «ofertas» y «descuentos». La concurrencia de ambos viene también determinada porque al implicar un desembolso mayor que el ordinario suele considerarse preferible la conveniencia de contrastar opiniones. De todas formas, la actuación unilateral de uno de los esposos que —contra lo habitual— las realice por sí debe considerarse «doméstica» siempre que lo adquirido se acomode a los usos y circunstancias de la familia, pero aunque no lo fuera, las posibles repercusiones de la actuación indebida sólo tendrían trascendencia en la relación interna entre ellos; así, por ejemplo, la compra por el marido de una gran cantidad de alimentos que, por lo perecederos deviene inservible al poco tiempo, se sujetaría frente al proveedor a lo señalado en el artículo 1.362,1, pero acaso inter partes sea el actuante quien deba soportar el desembolso, operándose un crédito a favor del otro por la cantidad gastada.

En cualquier caso lo esencial es la naturaleza de las cosas y no el ulterior destino que a las mismas puedan darse (cfr. COSSIO, «La sociedad de gananciales», en el «Tratado Práctico y crítico de Derecho Civil». Madrid, 1963, página 121), de suerte que si se produce una «desviación» ello no afectaría a la domesticidad del acto, sino que implicaría tan sólo que sería el cónyuge responsable quien en definitiva habría de soportar el gasto realizado.

disponga de ellos (pues normalmente los usos encomiendan tales facultades a su cuidado; cfr. art. 1.319,1) y en este orden de cosas será ella normalmente quien contrate la reparación de los mismos y pueda venderlos o desecharlos al resultar inservibles (75).

B) En cualquier caso esta claro que el desempeño de aquellas tareas ha de ser *civiliter*, lo que implica que el obligado deberá

Más dudoso es que pueda considerarse doméstica la *adquisición de mobiliario, electrodomésticos o artículos de decoración*. Para ello habría de ponderarse la medida en que tiendan a llenar una «necesidad ordinaria» de la familia, no cumpliendo este requisito la compra de artículos destinados al ornato (que de suyo no pueden reputarse «necesarios») ni la de aquellos en que no se cumpla el criterio de la *relativa modicidad* (pues no se satisface con su adquisición una necesidad ordinaria). En este sentido creen PLANK y ESSER (cit. por LACRUZ en «La Potestad Doméstica...», pág. 63) que entra dentro del círculo de poder doméstico la adquisición de muebles singulares pero no la de un mobiliario completo, y aun dentro de la adquisición de muebles aislados habría que excluir la de aquéllos que por su precio entran propiamente en el apartado de «inversiones», que ha de decidirse de mutuo acuerdo. (P. ej., la compra de antigüedades).

(75) Aunque sea la compra el más usual de los contratos domésticos también lo es con frecuencia la *venta* en ciertos casos. El artículo 1.377 exige el consentimiento de ambos esposos para su realización, pero no es lógico entender aplicable la norma a la venta de los excedentes del consumo familiar (leche, queso, hortalizas, tan normal en familias campesinas), cuya disposición unilateral está admitida por los usos (cfr. 1.378) y es congruente con el 1.319.

¿Y la *disposición de mobiliario*?

El artículo 1.320 Cc. siguiendo una línea usual en Derecho Comparado, exige el consentimiento de ambos esposos para disponer de los muebles de uso ordinario de la familia, aunque sean de la propiedad de uno sólo de los esposos. La finalidad que comúnmente se señala es la que con esta norma se vela por la estabilidad del «establecimiento familiar» y la de evitar que por uno de los esposos pueda verse privado el otro de las comodidades mínimas indispensables, pero acaso haya también un trasfondo de tipo técnico: que en buena medida el cónyuge que empleó fondos propios en su adquisición tuvo la intención de «comunicar» los bienes adquiridos, intención revelada en la puesta a disposición del otro (cfr. 632,2), y esos bienes, ya comunes, se sujetan a lo dispuesto en el artículo 397 Cc.

En cualquier caso la norma se refiere a los muebles de uso ordinario, exigencia ésta que conlleva tres características: la primera es que han de ser usuales y usables (VÁZQUEZ IRUZUBIETA: «Régimen económico del Matrimonio». Ed. EDERSA, pág. 67, dice por el contrario que la norma se refiere a aquellos objetos que tienen un valor intrínseco —obras de arte, históricas o similares—); la segunda es que dichos muebles han de estar en consonancia con el standard de vida familiar; la tercera por último, en buena medida implícita en las anteriores, es su relativa fungibilidad que excluye del ámbito del precepto los muebles y objetos únicos e irrepetibles, incluso de ordinaria utilización, que por su valor afectivo (el despacho heredado de los padres) o intrínseco (la cómoda Boullé o Chipendale) son de propiedad exclusiva del cónyuge titular que es quien libremente decide. Quedan así fuera del precepto por un lado el desecho de los muebles inútiles e inservibles (pues no son «de uso») y la venta de los de extraordinario valor (que no son de uso «ordinario»): en el primer caso la facultad de disponer de aquéllos entra dentro de las atribuciones domésticas; en el segundo se someterán a las normas de disponibilidad ordinarias según la persona de su titular.

Lo que resulta dudoso es si el precepto exige el consentimiento dual para la disposición de algún mueble aislado o si por el contrario éste sólo deviene necesario cuando se trata de disponer de la totalidad o gran parte del mo-

prestarlas con arreglo a las necesidades familiares, pero con los medios de que puede disponer. Ello supone que, no pudiendo exigir del otro medios superiores a los normales en familias de su condición, ha de compensar con su celo la falta de aquéllos si las necesidades familiares así lo exigen, aunque en tales casos se acentúa el deber de colaboración del otro y los hijos incluso dando lugar a una auténtica prestación de alimentos.

C) En los casos normales, el cónyuge que las verifique podrá disponer de los fondos que precise de aquéllos que tenga a su disposición, bien sean propios bien suministrados por el otro. Caso de no haberlos, si éste no los suministra, podrá acudir al Juez para que dicte las medidas cautelares que estime convenientes para asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras (76). En cualquier caso debe considerarse inadmisibles por vejatorio que el marido se entienda directamente con la servidumbre y prescinda del concurso de la mujer (77), salvo que haya causa justificada o aquéllo lo consienta.

biliario. Si como dice LACRUZ («Elementos...», cit., pág. 299) el precepto está pensado para evitar que un cónyuge pueda por sí dejar al otro en la calle, habría que defender la última solución apuntada, al menos para evitar el absurdo de que ante el desacuerdo en la sustitución de algún objeto aislado haya que desembocar en el recurso judicial.

Queda claro que en cualquier caso la referida limitación opera en la relación inter partes, pero no afectaría al tercero de buena fe que por lo demás ya resultaría protegido por el artículo 464 Cc. Con ello viene a resultar que incluso con la propia base del artículo comentado se terminan protegiendo los intereses del tráfico y la seguridad jurídica antes que los mismos intereses familiares que con aquél se trataron de defender (Cfr. GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia», ADC 1982, págs. 1133 y ss. Sobre el tema puede verse también el trabajo de María del Carmen BELDA SÁEZ, «Notas para un estudio del artículo 1.320 del Código Civil Español», en R. D. P. Abril 1985, páginas 331 ss.).

(76) LACRUZ («Elementos...», cit. pág. 124) dice que la medida cautelar más frecuente será el embargo de una parte del sueldo, salario o ingresos periódicos del obligado mediante la orden al pagador de hacer efectiva directamente esa cantidad al cónyuge que permanece en el hogar o la orden al arrendatario de satisfacerle directamente el precio del arriendo o la de entregarle el goce de bienes inmuebles, todo ello habida cuenta las necesidades actuales o futuras, así como la necesidad de percibir las cantidades con cierta antelación a los gastos. De todas formas en algún caso no habrá medio de conseguir la finalidad pretendida y en muchos otros será preciso probar el fraude previo cometido por el esposo para actuar en consecuencia (por ejemplo, el marido que abre una cuenta a nombre del pariente o de su amante y la nutre con fondos propios). En casos extremos no cabe duda que estaríamos ante vulneraciones graves del deber de mutuo socorro y por tanto constitutivas de causa de separación.

(77) Así en la sentencia de 14 de abril de 1983 del Juzgado de primera instancia núm. 24 de Madrid antes citada.