

El problema de la libre disposición de los bienes parafernales por la mujer casada catalana en los contratos bancarios

FRANCISCO DE A. CONDOMINES

Los problemas de capacidad para concluir válida y eficazmente negocios jurídicos han sido siempre considerados como muy difíciles, comenzando la dificultad en la propia terminología, a menudo imprecisa y con mezcla de elementos sustantivos y procesales. Si la noción de capacidad, en su sentido más genérico, como aptitud para ser sujeto activo o pasivo de derechos y obligaciones (1) va unida a la persona, esto es, a la existencia del ser humano, la capacidad de obrar es cosa distinta y queda sometida a una serie de reglas que provocan modalidades y restricciones, entre las cuales se enumeran, aunque con cierta impropiedad, la edad y el sexo (2).

Corrientemente, la capacidad de obrar se alcanza con la mayor edad, al cumplir los veintiún años, y queda sometida a limitaciones que guardan relación muy íntima con el estado civil y con diversas circunstancias extrínsecas (3).

El Derecho mercantil, al desgajarse en sus textos del civil sistematizando sus normas en Códigos, incluyó entre ellas la determinación subjetiva del ámbito de aplicación de las leyes mercantiles, regulando la capacidad de obrar específica para el ejercicio del comercio. Es sabido que el artículo 4 de nuestro Código se hallaba en contradicción con el 320 del Código civil y con las normas de Derecho de las regiones, de modo especial Cataluña y Navarra, que exigían, respectivamente, veintitrés años la ley común y veinticinco las forales para la mayoría de edad, en

(1) Dada la índole de este artículo, partimos de la sinonimia entre persona y ser capaz de derechos y obligaciones, aunque sea totalmente acertada la posición del Profesor DE CASTRO, quien denuncia el círculo vicioso que ello implica (*Derecho civil de España*, t. II, pág. 20).

HERNÁNDEZ-GIL acepta la posición clásica de modo terminante: «No es persona porque se tiene capacidad jurídica, se tiene capacidad jurídica en cuanto se es persona» (*Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 7).

(2) DUALDE rechaza la distinción. «Todos los derechos son de obrar, la esencia del Derecho es una cierta actividad posible y exigible». (Artículo *Capacidad*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. III, pág. 631.)

(3) En realidad, del estado civil depende la capacidad de obrar. Es decir, no existe una capacidad genérica de obrar que puede ser condicionada por el estado civil, sino que, supuesto un estado civil, éste determina la capacidad de obrar del sujeto. (Vid. CASTRO, t. II, pág. 49.)

lugar de los veintinueve del Código mercantil, surgiendo principalmente la dificultad de la exigencia contenida en el propio artículo 4 al reputar necesaria la libre disposición de los bienes para poder dedicarse habitualmente al comercio. Hasta terminar la contradicción al ser promulgada la Ley de 13 de diciembre de 1943, que fijó la mayor edad uniformemente en veintiún años, la solución arbitrada era la de la emancipación, que dejaba pendiente, sin embargo, las dificultades que derivan de las restricciones puestas por el artículo 317 del Código civil a la capacidad de obrar del menor emancipado.

Conviene hacer notar desde ahora que no hubo, que sepamos, asomo de discusión respecto a cuál fuera la mayor edad, la de libre disposición de los bienes, a efectos mercantiles, en los llamados territorios forales.

Pero una cosa es la capacidad para ser comerciante y otra la capacidad para intervenir en negocios de comercio, con el problema previo de la calificación encaminada a distinguir entre actos civiles y mercantiles: eterna cuestión que, cual la de la diferenciación entre sociedades, carece probablemente de solución teórica, debiendo atenernos al empirismo de los casos concretos para resolver en cada ocasión.

La referencia de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, relativos, respectivamente, a los actos de comercio en general y a los contratos mercantiles, trasladándonos al Código civil para encontrar la normación de todo aquello que no esté específicamente previsto en el de Comercio, nos indican también que es en realidad punto menos que imposible que existan dos clases de capacidad de obrar y que la calificación de mercantil asignada a un negocio jurídico no puede tener consecuencias de tipo esencial, cual lo son siempre las atañentes a la capacidad.

Bien está que, a falta de una definición de comerciante o de comercio, que el Código no contiene encerrándola en un círculo vicioso, se recurra a la perifrasis de las cualidades especiales que deben concurrir en el sujeto para indicarnos qué personas naturales o jurídicas ostentan la calidad de comerciantes. Pero suponer que en los actos que formalmente son de comercio —el clásico ejemplo de la letra de cambio— o que son mixtos, caracterizados de mercantiles por la actividad de una de las partes —el otro ejemplo clásico de los contratos bancarios—, debe regir exclusivamente la norma de Derecho mercantil, equivaldría a volver a un subjetivismo superado, a la idea, abandonada hace tiempo, de que el Derecho mercantil es un Derecho de y para los comerciantes, convertidos en una clase segregada del resto de la comunidad, distinción que inevitablemente puede ser interpretada como un verdadero y poco agradable privilegio.

Por el contrario, la tendencia actual, que ha superado la famosa lección segunda de los Programas de Derecho mercantil, dedicada a sentar y defender la sustantividad de la propia disciplina,

conduce a muchos al extremo contrario, y es frecuente oír, por ejemplo, que toda la materia de contratos debería ser eliminada del Código de Comercio para atenerse de modo exclusivo a las normas civiles. Ello se justifica pensando en la línea vacilante y contradictoria que el propio Código dibuja al regular contratos de compraventa, de préstamo, de depósito, intentando, sin éxito, una segunda tipificación de tales negocios, que a veces se basa en la condición de los sujetos, otras en el elemento real y en ocasiones en las formalidades peculiares, obligatorias o no. En definitiva, se oye decir con frecuencia que un Código civil podría incorporar a su texto las leyes sobre compañías mercantiles promulgadas fuera del marco del de Comercio, la materia de letras de cambio y las reglas especiales atañentes al comercio marítimo, cuya fuente principal habrá de buscar en todo caso en convenciones internacionales.

Sea de ello lo que fuere, la síntesis que intentamos presentar, probablemente innecesaria por tratarse de cuestiones muy conocidas y trilladas, conduce a la formulación de una regla no solamente teórica, sino inducida de los textos legales vigentes en España: la de que la capacidad de obrar del mayor de edad alcanza a todas las esferas, sin más excepciones que las taxativamente previstas, y las restricciones son también válidas para cualquier aspecto de la actuación del sujeto en el campo del Derecho. Si queremos decir con ello que el loco lo está para lo civil y para lo mercantil, que el sordomudo sin instrucción necesita tutela para todo, que el pródigo incapacitado para vender no puede otorgar por sí un contrato relativo a bienes propios comprendido en el artículo 1.445 del Código civil, pero tampoco otro que se halle dentro del ámbito del 325 del Código de Comercio, el aserto adquiere caracteres de axioma.

Sin embargo, se ha planteado un problema grave sobre la capacidad de obrar de la mujer casada, suscitado por la promulgación y vigencia de la Ley de 21 de julio de 1960 que contiene la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. El artículo 49 de la Ley, en manifiesta contradicción con el artículo 1.387 del Código civil, dice así: «Son parafernales todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiriera después de contraído, siempre que no formen parte de la dote. En la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales. La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a contribuir a los gastos que la gestión y defensa de dichos bienes ocasione.»

Su vigencia en Cataluña es indiscutible, y la contradicción señalada debe resolverse haciendo prevalecer la norma de Derecho

especial, a tenor del precepto del artículo primero de la nueva Ley, exactamente concordante con el 12 del Código civil.

El problema planteado puede enunciarse aproximadamente así: Si, independientemente del ejercicio del comercio por parte de la mujer casada, en cuyas normas no se interfiere la nueva Ley, puede dicha mujer obrar con la libertad que deriva del transcrito artículo 49 en aquellos negocios que deben ser calificados de mercantiles, y más concretamente en los contratos bancarios, teniendo en cuenta las antes aludidas normas de derecho supletorio contenidas en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio y teniendo en cuenta, además, que la nueva Ley no es propiamente un texto ahora forjado sino, como su nombre indica, una compilación de textos ya vigentes en la región.

Si se intenta resolver el problema, resulta indispensable salir ante todo al paso de la última afirmación, para decir que la Ley de 21 de julio de 1960 no es únicamente una colección de normas vigentes con anterioridad y ordenadas ahora para mayor facilidad en el estudio y aplicación; no es un texto formado mediante la sistematización de otros vigentes y dispersos que ahora se agrupan... Es posible (mejor dicho, seguro) que en la génesis de la Ley han actuado ideas de colección de preceptos, de ordenación necesaria, de eliminación de textos contradictorios, de distinción entre lo anacrónico y periclitado y lo realmente vivo en la conciencia jurídica de la región, de hacer más fácil, en una palabra, el conocimiento y fijación de un Derecho en el momento actual. Pero, independientemente de todo ello, la Ley de 1960 es una Ley del Reino, como las demás, que debe ser objeto de aplicación prevaleciendo sobre el Derecho anterior, derogando cuanto la contradiga (derogación que, sin duda, abarca al artículo 61 del Código civil en cuanto se pudiera alegar a estos efectos), y no admite más hermenéutica que la que se ajuste a la literalidad del texto y, en su defecto, a los principios que lo informan y a la norma fundamental del artículo 1 de la propia Ley, sin que sea posible, por tanto, entender que sólo deroga parcialmente los preceptos que la contradicen, intentando prescindir de su texto con alegación de no haberse atendido a leyes autóctonas o de derecho supletorio que debían ser compiladas.

Aunque se quisiera recordar el sentido que al verbo compilar otorga el Diccionario de la Real Academia Española, siempre resultaría: *a)* Compilar ha sido sólo un procedimiento, generalmente seguido por los forjadores de la Ley. *b)* Esta no pretende ser complación en el riguroso sentido de la palabra, que implicaría suponer que todo lo que contiene ha sido allegado mediante compilación y que nada de lo que era susceptible de ello dejó de compilarse; ideas exhaustivas totalmente inaceptables por motivos de plena evidencia.

Además, bueno será recordar que en la promulgación del artículo 49 ha sido observado escrupulosamente el principio de com-

pilación en toda su pureza, pues, no habiéndose atrevido el Anteproyecto de los juristas catalanes a traspasar el límite de la administración de los parafernales, la Ponencia de la Comisión General de Codificación lo extendió a las facultades dispositivas, ateniéndose con ello a los precedentes históricos no sólo legales («Commemoracions», de Pere Albert), sino de aplicación constante en épocas anteriores hasta iniciarse la indebida aplicación de la Ley de Toro, según recogen los autores y demuestra el examen de viejas escrituras obrantes en los protocolos archivados en el Colegio Notarial de Barcelona (4).

Establecido el carácter de la nueva Ley, es fácil comprobar que, cual ocurre con las especialidades de todas las regiones hispánicas que las tienen, las diferencias más importantes entre ellas y el Código deben buscarse en el Derecho patrimonial familiar y en su secuela, el Derecho sucesorio. La norma que ahora nos ocupa tiene su explicación lógica en la prevalencia del régimen de separación de bienes, que conduce a esa libertad y hace ociosa toda intervención marital, mientras que la evolución y vida del sistema de la sociedad legal ha conducido, mediante la nueva redacción del artículo 1.413 del Código civil dispuesta por la Ley de 24 de abril de 1958, a una necesidad de licencia de la mujer para la disposición de determinados bienes gananciales.

Sin embargo, ciertos organismos mercantiles mantienen en este asunto una posición cautelar, como en todos cuantos les parecen susceptibles de ocasionar alguna responsabilidad con interpretación excesivamente amplia o liberal, como se dice corrientemente.

A pesar de todo, la aplicación del precepto no encierra dificultades. Es preciso, en primer término, fijar si el régimen económico familiar es el catalán, es decir, si se rige por el Derecho especial y si los bienes merecen el calificativo de parafernales, cuestión ésta de menor dificultad por la presunción *iuris tantum* que el precepto contiene (5).

(4) DURÁN Y BAS, en su famosa *Memoria*, cuyo elogio se ha hecho tantas veces (sin extenderlo a la elegante forma de exponer, que también lo merece en gran manera), alude a la «doctrina constante en el antiguo Principado» y rechaza toda interpretación contraria, arguyendo que la libre disposición es consecuencia lógica de la no aportación al matrimonio de los bienes que gusta llamar extradotales (pág. 75). Y en el artículo XCIII de su *Proyecto* emplea frases casi idénticas a las del 49 de la Ley a que nos venimos refiriendo.

(5) El Profesor CASTRO —a cuyo libro es necesario acudir constantemente para los problemas de la Parte General del Derecho civil—, señala la influencia decisiva que tiene el régimen económico matrimonial en la capacidad de obrar de la mujer casada; y alude de modo concreto a las consecuencias del régimen de gananciales. Finalmente, y aun antes de la reforma del artículo 1.413 del Código civil (en clara contradicción con el 61, al que vuelve del revés), señala múltiples excepciones, para terminar aludiendo al Derecho foral con estas frases, que tienen todo el valor que deriva de su exactitud y de la autoridad de quien las escribe: «El artícu-

La posición cautelar a que antes nos hemos referido descansa en un razonamiento que, reducido a sus más simples términos, puede resumirse así: *a)* El problema se plantea en cuanto a los llamados actos mixtos, en que uno de los sujetos actúa en el puro terreno del Derecho civil, mientras el otro no se sale del mercantil. *b)* El solo hecho de la intervención de un Banco, el solo hecho de tratarse de operaciones bancarias, nos sitúa en el campo del Derecho mercantil. *c)* Prescindiendo de los artículos 6, 7 y concordantes del Código de Comercio, puesto que no nos referimos a la mujer comerciante, hemos de acudir a las normas especiales de capacidad que, al no existir, nos obligan a aplicar el artículo 50, buscando el derecho común como supletorio. *d)* Una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo declaró que ese Derecho común era el del Código civil, eliminando toda posibilidad de aplicación del Derecho foral procedente de cualquiera de sus fuentes peculiares, principales y supletorias. *e)* En su consecuencia, hay que acudir al artículo 1.387 del Código civil.

La argumentación debe ser ordenadamente contestada y refutada.

Ciertamente, la vida mercantil de la mujer casada, esto es, en el ejercicio del comercio, no se halla modificada por la Compilación y además no obliga a acudir a ningún Derecho supletorio, puesto que se trata de una capacidad de obrar regulada especialmente en los artículos 6, 7 y siguientes de la Ley mercantil sustantiva y condicionada a una autorización marital de carácter genérico que se manifiesta, bien expresamente, bien de modo tácito por ausencia de negativa. Son normas distintas de las civiles, como lo demuestran los artículos 11 y 12 del mismo Código de Comercio, relativos a supuestos en que se prescinde de la licencia marital.

Tampoco discutiremos el carácter mercantil de las operaciones bancarias.

En realidad, el núcleo o fundamento de la argumentación se halla en la afirmación de que la jurisprudencia del Tribunal Su-

lo 12 del Código civil declara obligatorias en todas las provincias del Reino las disposiciones del título IV, libro I, con lo que parece quedar regulada de modo unitario la condición jurídica de la persona casada. El alcance de este precepto es muy grande, pero no excluye por completo la aplicación de las disposiciones forales. El título IV regula en general la situación de los cónyuges en la esfera personal y familiar y en ciertos extremos importantes de la esfera patrimonial; pero hay que tener en cuenta que el artículo 50, si bien dice que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, añade que salvo estipulación en contrario, y que el artículo 61 limita la capacidad de obrar de la mujer casada, a reserva también de lo establecido en la Ley. Ello hace que el régimen de la sociedad conyugal de cada Derecho foral pueda determinar el alcance de las facultades patrimoniales de los cónyuges. En fin, cuando la condición de hombre casado o de mujer casada sea tenida en cuenta para algún acto, como capacidad especial o prohibición, habrá que ver si es aplicable alguna de las disposiciones de Derecho foral» (t. II, pág. 274).

premo ha venido declarando que el Derecho especial de las regiones no puede incluirse dentro de la norma del artículo 50 del Código de Comercio, sino que es preciso acudir al llamado Derecho común. La cosa dista mucho de estar clara, puesto que ni la doctrina ni la propia jurisprudencia plantean el problema de capacidad que nos ocupa, como se deduce del examen de la propia jurisprudencia, cuya doctrina, por orden cronológico, pasamos a sintetizar.

El Código de Comercio es Ley general para toda la Monarquía, y, por tanto, las reglas generales para los contratos de comercio se atenderán al Derecho común y no al Digesto, aunque esté vigente en Cataluña como supletorio. (Sentencia de 27 de diciembre de 1888.)

No puede invocarse el Derecho romano en la transmisión de un crédito mercantil y si sólo los Códigos de comercio y civil. (Sentencia de 5 de octubre de 1894.)

Tratándose de una obligación esencialmente mercantil, para apreciar la prescripción no hay que atenerse al Usatge, Decretales o Digesto y si sólo a los preceptos del Código de Comercio y, en su defecto, al Derecho común. (Sentencia de 18 de marzo de 1911.)

Doctrina análoga a las dos sentencias primeramente citadas en las de 22 de marzo y 28 de abril de 1899, y análoga a la última en la de 22 de abril de 1915, en incumplimiento de obligaciones de carácter mercantil, aunque, por otra parte, atañe principalmente a prescripción para ejecución de sentencia firme.

La citada sentencia de 1911 (*Colección Legislativa*, tomo 38, página 732) ofrece especial interés por cuanto en el tercero y último de sus Considerandos contiene una frase destacable que subrayamos. Dice: «... sin que para los efectos que el recurrente se propone tengan aquí aplicación el Usatges Omnes causae, las Decretales y la ley 13 del Digesto, porque, conformes las partes en que la obligación debatida es, trátase de depósito o préstamo, esencialmente mercantil, hay que atemperarse para resolver sobre la prescripción, no a la legislación especial que para otros efectos distintos perfectamente definidos rige en Cataluña...».

La frase deja centrada la cuestión. Mientras se trate de operaciones de comercio, mientras se aluda a normas genéricas de tipo objetivo, el Derecho mercantil tiene como único supletorio el Código civil. El Derecho especial de Cataluña tiene otros objetos «perfectamente definidos».

Ahora bien: nadie podrá afirmar seriamente que entre esos objetos específicos no figure la regulación del régimen económico conyugal, con el tejido de derechos y obligaciones para marido y mujer que le son propios. Sostener lo contrario equivaldría a exigir un estudio acerca de la condición del contratante ajeno al Derecho especial para saber si una persona sometida íntegramente al mismo debe prescindir de su aplicación o no tener dere-

cho a ella por el solo hecho de la condición de la persona con la que contrata.

La jurisprudencia no ha rozado nunca el tema concreto que nos ocupa, y es evidente que si algún día lo hace no podrá escindir la capacidad de obrar de la mujer casada no comerciante obligándole a atenerse a normas del Código civil, dictadas para una organización económica familiar enteramente distinta y que en nada afectan al terreno mercantil.

Tampoco puede olvidarse, según al principio se hizo notar, que durante el largo período de contradicción entre el Código de Comercio y el Código civil en cuanto a la mayoría de edad nadie pensó que un catalán o un navarro tenían la libre disposición de sus bienes a los veintitrés años, que era la mayoría de edad del Derecho común, sino que la capacidad de obrar con la aneja facultad dispositiva del patrimonio fué siempre reputada inescindible (6).

Hay que insistir en que se trata de la facultad de obrar genérica de la mujer casada no comerciante y, concretamente, de la libre disposición de sus bienes parafernales. La capacidad se rige siempre por la ley personal, según la regla del artículo 9 del Código civil; y no es posible que una norma sobre capacidad de obrar se haga baldía o inoperante por el solo hecho de tener frente un contratante que es empresa mercantil, aunque ésta tenga la relevancia de los Bancos.

La capacidad y facultades de la mujer casada no comerciante se rigen por normas puramente civiles con un solo principio, sin que puedan aplicarse distintas reglas a base de la calidad del otro sujeto del negocio jurídico. Téngase en cuenta, además, que la alusión a capacidad del artículo 50 del Código de Comercio no es enteramente aplicable, pues cuando en este aspecto concreto se usa el vocablo capacidad es empleado de un modo que podríamos llamar impropio: el matrimonio significa para la mujer que lo ha contraído la necesidad en ciertos casos de ser asistida por su marido mediante venia, permiso o licencia, lo que condiciona el ejercicio de ciertas facultades de disposición de las cuales sigue siendo titular única la mujer.

La conclusión es, pues, de clara vigencia en todo caso de la norma del artículo 49, que excluye la licencia marital en los actos de bienes parafernales.

Véamos ahora, como ejemplo especialmente expresivo y ti-

(6) Aunque no se refiera al asunto concreto que nos ocupa, el Tribunal Supremo declaró ya, con referencia a la capacidad de los otorgantes en los contratos mercantiles, cuando se trata de no comerciantes, es decir, de los que realizan un acto de comercio aislado, que la cuestión de la validez de la obligación por razón de la edad debe decidirse por las leyes civiles (Sentencia de 8 de mayo de 1901, citada por Polo, *Leyes Mercantiles y Económicas*, t. I, pág. 187).

pico, el problema concreto que puede plantearse con los depósitos bancarios.

El supuesto de hecho puede ser el de la transmisión por herencia a favor de mujer casada de uno o varios paquetes de valores mobiliarios depositados a nombre del causante en un establecimiento bancario.

Si los mismos títulos los guardara el causante en su domicilio particular, la cuestión no ofrecería duda alguna. Se trataría de bienes parafernales, ya que los recibe la mujer a título gratuito constante matrimonio, y aun sin necesidad de hacer jugar la presunción del artículo 49 tendrían evidentemente el carácter dicho. Una vez cumplidos los trámites y satisfecho el impuesto devenido por la sucesión, la heredera o legataria vendería a tercera persona, sin necesidad de licencia ni intervención de su marido, los valores de que se trata.

Pero tropezamos con un contrato de depósito que ha confiado al Banco la custodia de los títulos e incluso la prestación de servicios, como cobro y abono de cupones, etc.

Nos encontramos en presencia de un acto mixto, mercantil sólo para una de las partes, y que precisamente es ejemplo típico de acto mixto, puesto que todas las operaciones bancarias son mercantiles para el Banco, aunque no lo sean para el cliente. El caso, a tenor de la declaración del artículo 2, debe resolverse en favor de la aplicabilidad del Derecho mercantil. Pero, ante la falta de regulación especial sobre capacidad de obrar, nos es preciso acudir a las normas supletorias del Derecho civil, con lo cual no varía el planteamiento (7).

Las operaciones bancarias se consideran todas como acto mercantil, siendo indiscutible este carácter a tenor del artículo 2 del Código de Comercio, de los 175, 177, 199 y 212, que aluden a operaciones de Banca, y a la jurisprudencia que, refiriéndose por ejemplo al préstamo mercantil, ha declarado que el criterio finalista del artículo 311 del Código de Comercio no obsta a la posibilidad de que siempre que los contratos de esta clase revistan el carácter de operaciones bancarias puedan ser conceptuados como mercantiles (8).

Al reclamar en nuestro ejemplo los títulos valores que le han correspondido, la mujer casada trata, en puridad de derecho, de rescindir un contrato de depósito mercantil, que tiene tal carácter no sólo por tratarse de una operación bancaria, sino por el hecho de dedicarse profesionalmente a recibir depósitos el comerciante individual o social en cuyo poder se constituyen (9). Sin que podamos olvidar que el depósito bancario es de tal manera

(7) Véase GARRIGUES, *Derecho Mercantil*, ed. 1936, t. I, págs. 122-123.

(8) GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1958, pág. 10.

(9) GARRIGUES, t. II, pág. 209.

mercantil que ha dado origen a los más famosos Bancos de la Edad Media» (10).

El concepto del contrato de depósito deducido del artículo 1.758 el Código civil destaca, aunque los autores estimen que debería hacerlo con más relieve, la primaria finalidad de custodia y un origen, ya que no causa en sentido técnico, de confianza, suficiente para justificar la regla general de gratuidad del artículo 1.760 y la obligación máxima de guardar y restituir, sin poderse servir de la cosa ni de sus productos y accesiones (artículos 1.766, 1.768 y 1.770 y concordantes).

El artículo 303 del Código de Comercio tipifica el carácter mercantil del depósito, exigiendo en su número tercero que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles. El artículo 310 resuelve toda duda reivindicando el carácter mercantil de los depósitos bancarios y proporcionando un orden de prelación, dando como vigentes, en primer lugar, los Estatutos de las sociedades de crédito, en segundo las prescripciones del Código de Comercio y en tercero el Derecho común.

Ya se comprende que en los Reglamentos o Estatutos, entre los cuales destacan por su categoría de disposición legislativa los del Banco de España, a los que se refiere el Tribunal Supremo en sus sentencias con cierta reiteración, no contienen ni pueden contener, en modo alguno, normas jurídicas de carácter sustantivo relativas a la esencia del negocio jurídico, como son las concernientes a capacidad, y tendrán en consecuencia que regirse por los preceptos del Derecho civil.

Las consecuencias de la calificación del depósito como mercantil, en especial en los llamados depósitos abiertos, añaden a la finalidad característica otras coordinadas, entre las cuales, como explica Garrigues, figura el elemento administración, que influye profundamente en su naturaleza como una especie de ampliación o intensificación de la obligación de custodia, que está en armonía con los deseos del cliente, aunque siempre hay una subordinación funcional de la administración respecto de la custodia (11).

El contenido es, sin embargo, el mismo, de manera que, al tiempo de la rescisión por la voluntad unilateral del depositante, según el principio de los artículos 1.766 y 1.775 del Código civil recogido en el párrafo primero del 306 del Código de Comercio, deben devolverse los mismos valores mobiliarios que se hubiesen recibido, entregándolos al depositante o a sus causahabientes, previo el cumplimiento de las normas justificadoras del derecho y, en general, con la presentación de los resguardos ex-

(10) BENITO ENDARA, *Las Bases del Derecho Mercantil*, Barcelona, pág. 156.

(11) GARRIGUES, *Ob. cit.*, págs. 409-410.

pedidos por el Banco, según la norma del artículo 9 de los Estatutos del Banco de España, generalmente recogidos por los demás Bancos.

Esta rápida excursión a las normas sobre depósito mercantil nos coloca ante un resultado que corrobora aquel que se dedujo del planteamiento genérico. Los valores están depositados en un Banco, que ha expedido el oportuno resguardo a favor del depositante. Fallecido éste, su sucesora, a título de herencia o de legado, es una mujer casada catalana no comerciante. Esa nueva titular presenta los resguardos, acredita su condición de sucesora y el pago del impuesto. Para que se le exija la concurrencia de su marido, al objeto de prestar su licencia o venia, es indispensable estimar que el artículo 49 de la Ley de 21 de julio de 1960 carece de toda virtualidad cuando el otro sujeto contratante con la mujer casada es una persona individual o jurídica por cuya sola concurrencia el acto reviste carácter mercantil.

Afirmamos que ello carece de justificación. La mujer casada tiene capacidad para actuar sobre sus bienes, y esa capacidad debe ser completada con la licencia marital cuando se trata de bienes comprendidos dentro de las normas del Código civil. No se necesita la venia marital cuando se halla sometida al derecho especial de la región, jugando la presunción de parafernales del artículo 49, tantas veces citado, que deriva de la existencia del régimen de separación de bienes.

La natural cautela y precaución con que proceden los Bancos para eludir su responsabilidad en el supuesto de la devolución del depósito en forma indebida no justifica la resistencia al cumplimiento de una norma claramente vigente. En primer lugar, para que se llegara a declarar en algún momento por los órganos jurisdiccionales que la devolución fué indebida, sería preciso que la titular hubiera enajenado los valores a tercera persona, y la acción contra el Banco sólo la podría ejercitar el marido, el cual no encontraría apoyo jurídico en la legislación especial, que es la única aplicable, sin que quepa atribuir una acción a favor de los herederos semejante a la del artículo 65 del Código civil, con difícilísima demostración de un perjuicio, puesto que a nadie perjudica quien usa de su derecho, ni es perjuicio el carecer de herencia, cuya existencia real no es exigida por ninguna ley.

Téngase también en cuenta que se ha dado ya el caso, por otra parte fácilmente previsible, del marido que se presenta en las oficinas del Banco, ante las dificultades con que tropieza su mujer para la cancelación del depósito, manifestando de palabra su plena conformidad con la operación, pero negándose de modo rotundo a formalizar la licencia, por exigir que su esposa pueda disfrutar de los beneficios de su Ley especial que gobierna el régimen económico familiar.

Se fundamenta también esa actitud de precaución o cautela frente al artículo 49 en la dificultad que ofrece la justificación

de la regionalidad, ya que, evidentemente, el artículo 49 es aplicable únicamente a la mujer catalana. Pero, como dice Faus, los mismos problemas se plantean en toda disposición a título oneroso y en todo testamento para averiguar la regionalidad del testador, y, o la mera manifestación vale para todos los casos, o para ninguno.

Mientras que no se llegue a consignar en las certificaciones de matrimonio el régimen económico a que quieren someterse o están sometidos los cónyuges, es decir, mientras no se generalice usar de la facultad que se contiene en los artículos 264 y 265 del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, estos problemas deberán resolverse por una presunción *iuris tantum* de aplicación de la ley del lugar, y lo que deberá probarse será la excepción y no la regla, con lo cual, añadimos nosotros, desaparece toda responsabilidad del Banco, que no tiene por qué entregarse a una investigación sobre la certeza de declaración de regionalidad, sino que se atiene a la práctica común seguida por los Notarios (12).

Finalmente, para no dar a este trabajo una extensión desmesurada, vamos a tratar someramente de otro problema que se suscita también de un modo especial en los negocios bancarios: el de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido.

Los artículos 321 y 322 de la nueva Ley incorporan, respectivamente, las normas contenidas en el Derecho romano supletorio (Senadoconsulto Velejano y Novela 34) y en la auténtica «*Si qua mulier*».

El primero limita la capacidad de la mujer para ser fiadora. Pero la trascendencia del precepto es prácticamente nula, pues, además de varias excepciones concretas, se figura como una especie de privilegio renunciable en todo momento por la persona favorecida. Nótese, además, que para el supuesto de que la mujer ejerza el comercio no juega la norma, por expresa declaración del párrafo segundo del artículo 321.

Mucho más importante es el artículo 322, concerniente al supuesto de la mujer casada fiadora de su marido. La importancia deriva de que se trata de un precepto de derecho necesario, que se sustrae a las facultades de los sujetos, según se deduce de la frase con que comienza el artículo, que dice: «Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión».

En la vida cotidiana de los negocios bancarios ocurre con alguna frecuencia que el marido, industrial o comerciante, concier-

(12) Faus, en conferencia sobre la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en el ciclo organizado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, ed. de la misma, pág. 55.

te operaciones de crédito de diversa índole y pretenda reforzar la garantía genérica o personal del artículo 1.911 del Código civil, o la garantía real de la especie que sea, con una fianza de su esposa, logrando así que la operación sea del todo viable, sin necesidad de arriesgar en la vida mercantil o de la empresa el patrimonio de la esposa, que actúa como refuerzo o complemento de garantía y que sólo podría ser menoscabado en el supuesto catastrófico de incumplimiento total e insuficiencia del patrimonio del principal obligado.

Ocurre, sin embargo, que en algunos Bancos se prescindió de la prohibición, con base en argumentos análogos a los antes expuestos en relación con los artículos 2 y 50 del Código de comercio. Y una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 7 de abril de 1953, que invoca las del Tribunal Supremo de 1892 y 1898, y una Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de junio de 1952, declaró que, tratándose de obligaciones mercantiles, no puede invocarse el privilegio del Senado-consulta Veleyano y que la capacidad en los contratos mercantiles se rige por el Código de comercio y, en su defecto, por el Código civil, derecho supletorio único, sin que ninguno de dichos cuerpos prohíba a la mujer casada prestar fianza, obligar o hipotecar sus bienes parafernales sin licencia marital.

Al promulgarse el nuevo texto, se dijo que quizá podría solucionarse el problema acudiendo al crédito la mujer y convirtiéndose el marido en fiador, o sea, invirtiendo los términos de la responsabilidad personal. Por ello tropieza con muchas dificultades prácticas fáciles de columbrar, y existe cierta tendencia a prescindir de la norma.

Tal posición resulta sumamente peligrosa por las razones siguientes: a) por el tenor literal del precepto que, enlazando con la básica disposición del artículo 4 del Código civil, conduce a la inexistencia o nulidad radical que deriva de la infracción legal; b) por las mismas razones expuestas al razonar la aplicabilidad del artículo 49: c) porque la jurisprudencia invocada no puede serlo eficazmente después de promulgada una nueva Ley que, cualquiera que sea la génesis de sus artículos, supone una nueva vigencia especial y concreta de la que no se puede prescindir en modo alguno.

Por todo ello, opinamos que en manera alguna podrá admitirse fianza de la mujer casada en las operaciones, pólizas, etc., que contrate su marido con el Banco.

Finalmente, hay que llamar la atención para el supuesto de la hipoteca como superposición de garantía, en cual caso podrá admitirse la garantía conjunta, siempre que el inmueble afectado pertenezca proindiviso a ambos cónyuges, pero sin que la garantía tenga otro carácter que el mancomunado y no solidario, o, como dice la Ley, «si la obligación es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada».

