

LAS FUENTES DE LA CONTRATACION BANCARIA. EN PARTICULAR EL PROBLEMA DE LOS ESTATUTOS DE LOS BANCOS Y DE LAS CIRCULARES DEL BANCO DE ESPAÑA (*)

MANUEL ARAGON

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LAS FUENTES SOBRE LA CONTRATACIÓN BANCARIA.—II. LA REMISIÓN A LOS ESTATUTOS DE LOS BANCOS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.—III. LAS CIRCULARES DEL BANCO DE ESPAÑA: 1. *Sobre la naturaleza jurídica de las Circulares del Banco de España.* 2. *Ordenación bancaria y contratación bancaria. Conexiones normativas y potestad reglamentaria sobre estas materias.* 3. *Improcedencia de la categoría de las «relaciones de sujeción especial» y crítica de la figura del «ordenamiento sectorial» para justificar los poderes normativos del Banco de España.* 4. *Reserva de ley y principio de legalidad en materia de contratación bancaria.* 5. *La incompetencia del Banco de España para dictar normas reguladoras de la contratación bancaria. El artículo 48.2 de la Ley 26/1988 y los problemas de la Orden del Ministerio de Hacienda de 12 de diciembre de 1989 y de la Circular del Banco de España 8/1990.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL:

LAS FUENTES SOBRE LA CONTRATACION BANCARIA

Al tratar de este problema conviene adelantar una serie de precisiones. En primer lugar, que no vamos a referirnos a las fuentes del Derecho bancario *lato sensu*, integradas tanto por las normas que regulan el *status* de los Bancos como por las que disciplinan las operaciones que éstos realizan, aunque cabe señalar lo impreciso de la misma terminología tradicionalmente empleada, ya que si bien en uno de los dos planos (normas reguladoras del *status* de los Bancos) cabría diferenciar quizás un sector ordinamental en razón de la especificidad del objeto (Bancos y no demás entidades de crédito), en el

(*) Conferencia pronunciada en el Curso sobre Contratos Bancarios, celebrado, bajo la dirección del profesor García Villaverde, en la Escuela Libre de Derecho y Economía, en la primavera de 1991.

otro plano (operaciones bancarias) difícilmente podría establecerse una individualización, dado que hoy tales operaciones son de común realización por las diversas entidades de crédito.

En segundo lugar, que pese a reducir el tratamiento sólo a las fuentes sobre las operaciones bancarias (en realidad, operaciones de entidades de crédito) ello no significa que se desconozcan las implicaciones, inevitables, entre uno y otro plano. Es bien sabido cómo las normas sobre ordenación bancaria inciden en algunos aspectos de la contratación bancaria, pero tal implicación no destruye la distinción aunque la haga, eso sí, más compleja.

En tercer lugar, que al aludir al término «operaciones» podría incurrirse en un equívoco, ya que su ámbito no coincide necesariamente con el de contratación bancaria. Se hace preciso, entonces, concretar que de lo que trataremos es de las fuentes sobre las operaciones contractuales, es decir, sobre la contratación bancaria, o más precisamente, sobre los contratos realizados por las entidades de crédito con su clientela, aunque convencionalmente sigamos aludiendo a los mismos bajo el nombre de «contratos bancarios».

Hechas estas precisiones, abordamos ya la primera parte de este trabajo, dedicada al planteamiento general sobre las fuentes en la materia. A nuestro juicio (y con la salvedad de que lo previsto acerca del depósito en el artículo 310 del Código de comercio no desvirtúa el planteamiento, entre otras cosas, como después veremos, porque ese precepto ha perdido su vigencia) para aprehender cuál sea el sistema de fuentes sobre la contratación bancaria ha de tomarse como punto de partida, nos parece, el artículo 50 del Código de comercio, que dispone que los contratos mercantiles se registrarán en primer lugar por el propio Código y las leyes especiales y, en su defecto, por las reglas generales del Derecho común.

Esa previsión, no obstante, requiere de una serie de complementos interpretativos. De un lado, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, ha de entenderse que ésta, en cuanto encabeza el ordenamiento, se convierte por ello también en la primera norma reguladora de la contratación, y específicamente de la contratación bancaria que es la que ahora nos ocupa, por encima, pues, del Código de comercio y de las leyes especiales, máxime cuando, además, la Constitución contiene determinados preceptos aplicables, directa e indirectamente, en esta materia.

De otro lado; la integración, necesaria, del artículo 50 con el artículo 2 del Código, respecto del que supone realmente una norma especial, significa que, después de las reglas generales del Derecho común, podrán constituirse en fuente de los contratos mercantiles (y por ello de los bancarios) los usos de comercio, ya que parece razonable entender que el artículo 50 modifica el orden señalado en el artículo 2 pero no elimina, para esta materia, el uso

como fuente. En el caso, por lo demás, de los contratos bancarios, los usos pueden recibir incluso una mayor regularidad aplicativa por obra, precisamente, de la actividad recopiladora del Consejo Superior Bancario, aunque la realización de esa actividad, hasta ahora, deje mucho que desear.

Por otra parte, y eso no habría ni siquiera que aclararlo, la función que desempeña el Título Preliminar del Código civil en la articulación general del sistema de fuentes obliga a considerar que, después de los usos, también constituyen fuente del Derecho de la contratación bancaria los principios generales (sin perjuicio de su carácter informador de todo el sistema normativo), así como a admitir que también en esta materia la jurisprudencia es fuente complementaria, con la salvedad, importantísima, de que la jurisprudencia constitucional (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en la Ley Orgánica del Poder Judicial) no sólo se sitúa, en cuanto a su doctrina interpretativa, por encima de la jurisprudencia ordinaria, sino que, respecto de sus sentencias con verdadera fuerza de ley, aparece como fuente inmediata del Derecho.

Ahora bien: el problema más importante en esta tarea de matizar o complementar interpretativamente la previsión contenida en el artículo 50 del Código de comercio se plantea en lo que se refiere al término «leyes especiales». En ese sentido no creemos que revista especiales dificultades la irrupción del Derecho comunitario europeo en la estructura del sistema de fuentes sobre la materia que nos ocupa. En ella, como en las demás, las normas comunitarias pueden (según el tipo de éstas) desplegar sus efectos de prevalente aplicación. Las dificultades de vertebración, que las hay, por supuesto (nos referimos, claro está, a la vertiente estructural y no material, ya que tratamos de un problema de fuentes) no se manifiestan tanto desde una perspectiva sectorial, sino global, es decir, de articulación entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno. En cambio, donde creemos que el problema reviste mayor envergadura es en la interpretación que deba darse al término «leyes especiales» desde el plano del propio Derecho nacional, ya que aquí se encierran, al menos, tres cuestiones: la diversidad de leyes que pueden concurrir, el papel que pueden desempeñar los reglamentos y la distribución de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Comenzando por la primera cuestión, donde la diversidad no es sino la consecuencia del proceso descodificador que se experimenta, inevitablemente, en el Estado social y democrático de nuestro tiempo, en el que se entrecruzan los sectores normativos, se pluralizan las formas de manifestación del rango de la ley y se produce una fuerte interrelación entre el Derecho público

y el Derecho privado, parece evidente que el término «leyes especiales» ha de entenderse referido a todo tipo de leyes (tanto leyes formales como disposiciones con fuerza de ley) que, cualquiera que sea su objeto principal, contengan cláusulas aplicables a los contratos bancarios (así, por ejemplo, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito).

En cuanto a la segunda cuestión, y habida cuenta de que incluso en el ámbito de las materias reservadas a la ley puede existir válidamente el reglamento (dentro, claro está, de los límites formales y materiales que le están impuestos), ha de admitirse que bajo el término «leyes especiales» no sólo pueden incluirse todo tipo de normas con fuerza de ley, sino también normas reglamentarias que contengan prescripciones aplicables a los contratos bancarios. Sobre este problema volveremos después con mayor detenimiento. Basta ahora con constatar que, según tiene reconocido el Tribunal Constitucional, el término «legislación mercantil» empleado en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución ha de entenderse en un sentido material, esto es, comprensivo tanto de las normas con fuerza de ley como de los reglamentos (Sentencias 18/1982, 35/1982, 39/1982 y 71/1982, entre otras).

Por lo que se refiere a la última cuestión, que es la originada por la distribución territorial de competencias en nuestro Estado autonómico, y precisamente por el hecho, indudable, al que ya antes se aludió, del entrecruzamiento de sectores normativos, es claro que aunque la «legislación mercantil» se atribuye en exclusiva al Estado, ello no impide que, por obra de otros títulos competenciales, las Comunidades Autónomas puedan emanar normas que resulten aplicables a las relaciones mercantiles (Sentencias del Tribunal Constitucional 39/1981 y 14/1986, principalmente) y, específicamente, a la contratación bancaria (no hay que observar más que lo que disponen, por ejemplo, los artículos 1.5 y 48.3 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito). En consecuencia, el término «leyes especiales» empleado por el artículo 50 del Código de comercio ha de entenderse referido no sólo a la «legislación» (en sentido material) del Estado, sino también a la «legislación» (en idéntico sentido) de las Comunidades Autónomas (1).

Realizadas estas consideraciones generales, inevitablemente sumarias, sobre las fuentes de la contratación bancaria pasamos ahora a tratar de dos

(1) Sobre el concepto de «legislación mercantil» puede verse, J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La competencia exclusiva del Estado sobre la 'legislación mercantil'», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. V, Madrid, 1991, pp. 4081-4104.

problemas muy específicos que en relación con tales fuentes se plantean, y que se refieren a los Estatutos de los Bancos (art. 310 del Código de comercio) y a las Circulares del Banco de España.

II. LA REMISION A LOS ESTATUTOS DE LOS BANCOS CONTENIDA EN EL ARTICULO 310 DEL CODIGO DE COMERCIO

Son bien conocidas las críticas que la doctrina (2) ha hecho a la norma contenida en el artículo 310 del Código de comercio, mediante la cual se dispone que «los depósitos verificados en los Bancos (...) se regirán en primer lugar por los Estatutos de los mismos», en segundo lugar «por las disposiciones de este Código y, últimamente, por las reglas del Derecho común que son aplicables a todos los depósitos». La recepción de esta fórmula, que con distinta redacción y mayor congruencia con su específica coyuntura histórico-política se contenía en el artículo 411 del Código de 1829, no dejaba de suponer en el Código de 1885 una indudable contradicción con el propio orden de ideas en que éste parecía inspirarse, ya que, en lugar de garantizar aquí (en los depósitos) la libre autonomía contractual, imponía la sumisión de una de las partes (el depositante) a un conjunto de reglas que no emanaban ni siquiera del Estado, sino de determinadas Compañías mercantiles, en nuestro supuesto, de los propios Bancos (lo que significaba, verdaderamente, una suerte de retroceso al viejo sistema estamental).

Quizás cupiera pensar que, hoy, una posible interpretación que cabría dar a este artículo 310 sería la de entender que con la alusión a los Estatutos de los Bancos no puede referirse a otra cosa que a aquellos Estatutos aprobados por el poder público (Estatutos del Banco de España, principalmente, aunque algunos autores han estimado que también los de las demás entidades oficiales de crédito, estirando, creo, de manera excesiva la interpretación) argumentándose que es la intervención estatal en su aprobación la que los dotaría del carácter de Derecho objetivo; un Derecho objetivo que no sólo sería aplicable a «sus» propios contratos de depósito, sino también, en cuanto cupiese considerar incluso que por esa vía se positivarían «condiciones generales», a los realizados por todos los Bancos (en ese sentido ya se había pronunciado, como se sabe, alguna Sentencia del Tribunal Supremo, así la del 28 de noviembre de 1928).

(2) Así, por ejemplo, M. GARCÍA AMIGÓ, «En torno al artículo 310 del Código de comercio», en *RDP*, octubre 1964, pp. 836 y ss., y R. GARCÍA VILLAVERDE, «Tipicidad contractual y contratos de financiación», en el libro colectivo *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 14-16.

Esta interpretación, sin embargo, ha de rechazarse, necesariamente. En primer lugar porque hoy es muy dudoso que el Banco de España, como entidad de Derecho público, pueda tener un Estatuto. El artículo 2 de la Ley 30/1980, de 21 de junio, reguladora de los órganos rectores del Banco de España parece claramente (y congruentemente) excluirlo, al disponer que el Banco acomodará su actuación, en cuanto Entidad de Derecho público, «a lo previsto en la presente ley, a las normas que la desarrollen y, en su defecto, a la Ley de Procedimiento Administrativo», disponiéndose también que las operaciones que realice y las relaciones que mantenga en el ámbito del Derecho privado «se regirán por el Derecho civil, el Derecho mercantil o el laboral».

La mención que acaba de verse a «las normas que desarrollen» (la propia Ley 30/1980) no puede estar referida más que a las disposiciones generales de carácter reglamentario (de ahí la previsión del artículo 15.2 de la Ley), siendo discutible incluso que pudiera tener tal carácter la única norma capaz de ser emanada (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley) por el propio Banco (por su Consejo General en pleno) en materia de organización: el «Reglamento *interno* de la Entidad». En todo caso, este Reglamento (que no, pues, Estatuto) está dotado (además «literalmente») de eficacia puramente «interna» y no puede desplegar, pues, efectos *ad extra*.

Después del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización del Banco y, sobre todo, después de la Ley 30/1980 de órganos rectores, es muy dudoso, pues, que conserve vigencia, aunque sea parcialmente, el viejo Estatuto del Banco de España aprobado por Decreto de 24 de julio de 1947, y más dudoso aún es que ello ocurra con el Reglamento General del Banco aprobado por Orden de 23 de marzo de 1948, como también es muy dudoso, en cualquier caso, que tales disposiciones puedan considerarse como normas capaces de sustituir, transitoriamente, en cuanto que su contenido no se opusiese al de la Ley 30/1980, y mientras no se dicten, a las normas de desarrollo de ésta.

De todos modos, el argumento más poderoso para rechazar aquella interpretación antes apuntada acerca del artículo 310 del Código no es, sin embargo, el que acaba de exponerse, sino otro que nos parece aún más sólido y definitivo: de acuerdo con nuestro actual sistema constitucional de fuentes del Derecho es enteramente imposible considerar como válida la remisión en blanco efectuada por el artículo 310 a favor de los Estatutos de los Bancos (entendiéndola no ya a los Estatutos de la Banca privada, que ello sería tan ilícito que ni siquiera cabría considerarlo, sino a los Estatutos o incluso Reglamentos del Banco de España, o de la Banca pública). Y ésto es así porque ni puede admitirse que tal remisión esté expresada (pues ni si-

quiera reúne los requisitos exigidos para ello) como una «deslegalización», ni esta deslegalización (aunque se considerase encubierta bajo una remisión en blanco, o más aún, bajo un verdadero desapoderamiento ilimitado del legislador) sería admisible en el ámbito de la contratación bancaria, que ha de considerarse como materia reservada a la Ley (3).

En consecuencia, el artículo 310 del Código es una norma que ha perdido por completo su vigencia. Si la Administración pública tiene potestad para emanar normas reguladoras de la contratación bancaria no es asunto que quepa resolver hoy a través del derogado artículo 310 del Código de comercio (derogado muy posiblemente por normas sobre nuestro sistema de fuentes muy anteriores a la Constitución, pero sin ninguna duda, desde luego, a partir de la entrada en vigor de ésta), sino a través de las normas de Derecho público configuradoras de la potestad reglamentaria, lo que nos lleva a tratar del otro problema que aquí existía: el de las Circulares del Banco de España.

III. LAS CIRCULARES DEL BANCO DE ESPAÑA

1. *Sobre la naturaleza jurídica de las Circulares del Banco de España*

No parece que quepa suscitar dudas acerca de la naturaleza de reglamento que poseen las Circulares del Banco de España, entidad que tiene atribuida potestad normativa en las materias propias de su competencia por el artículo 15.9 de la Ley 30/1980 y la Disposición adicional 8.^a de la Ley 26/1988, aparte del reconocimiento general de la misma que resulta del artículo 23.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Lo que significa, entre otras cosas, que la emanación de tales disposiciones ha de cumplir con los requisitos exigidos para la elaboración de reglamentos por los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, además de que para su vigencia es preciso la pertinente publicación en el

(3) Dicho así o dicho de otra manera distinta y probablemente más correcta: como materia en la que rige el principio de legalidad. Pero sobre este problema volveremos posteriormente. De todos modos, lo que es claro, sin duda alguna, es que un tipo así de deslegalización o remisión en blanco (dinámica y no estática, es decir, un verdadero desapoderamiento del legislador) está terminantemente prohibida en nuestro sistema constitucional en todo lo que se refiere a las materias reservadas, según tiene reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, Sentencias 5/1981, 37/1981, 58/1982, 83/1984, 137/1985, 2/1987, 19/1987, 42/1987, 99/1987, entre otras.

Boletín Oficial del Estado según disponen los artículos 132 de la misma Ley y 9.3 de la Constitución (4).

Aunque se haya puesto en cuestión que, mediante tales reglamentos, puedan dictarse normas con efectos *ad extra*, esto es, que sobrepasen el estricto campo de la organización administrativa (5), parece razonable sostener que tales normas pueden producirse válidamente siempre que se cuente con la suficiente habilitación legal, se posea la correspondiente competencia y se respeten los límites que imponen las materias reservadas a la ley. Hay que advertir, de entrada, que salvo en materia de organización interna, no cabe considerar suficiente, como título legitimador para que la Circular imponga obligaciones a los particulares, la habilitación genérica, contenida en el artículo 15.9 de la Ley 30/1980 y en la Disposición adicional 8.^a de la Ley 26/1988, ya que, al menos en las materias reservadas a la ley, no es admisible la figura de la deslegalización (o las remisiones en blanco que puedan ser equiparables a la misma), sino que se precisa de habilitaciones legales concretas para cada supuesto, como es lo propio de la figura de la remisión normativa, única aceptable en tales materias, en las que, además, el reglamento tiene un campo material de actuación sumamente limitado. Así como tampoco caben, en esas materias, las subdelegaciones, o más exactamente, las habilitaciones en cadena: la habilitación legal de estar referida, específicamente, al Banco de España.

En consecuencia, las Circulares, si contienen disposiciones generales, son reglamentos, capaces tanto de desplegar efectos *ad intra* en el propio organismo emanador (se trataría de los llamados, con la añeja terminología alemana, hoy poco adecuada, «reglamentos administrativos») como de desplegar efectos *ad extra* (los llamados también impropiaemente, con la misma terminología, «reglamentos jurídicos») con los requisitos y dentro de los límites ya señalados (6).

Ahora bien: con decir lo anterior no se hace más que delimitar el problema desde una perspectiva general, siendo preciso, en vista de las competencias del Banco de España, intentar concretar las especificidades de su potestad normativa en razón, precisamente, de las materias sobre las que recae. Aunque la gestión de la política monetaria decidida por el Gobierno y ejecutada por el Ministerio de Economía y Hacienda a través del propio Banco

(4) Cuestiones muy bien señaladas por J. R. PARADA VÁZQUEZ en su acertada crítica a la Circular del Banco de España 13/1981, en su trabajo «Valor jurídico de la Circular», en *RDBB*, núm. 2, abril-junio 1981, pp. 318 y ss.

(5) *Ibidem*, pp. 314 y ss.

(6) Asunto bien tratado por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Los poderes normativos del Banco de España», en *RDBB*, núm. 13, enero-marzo 1984, pp. 24-28.

no puede separarse absolutamente de la función de ser Banco de Bancos, ni de las otras funciones que le están encomendadas, aquí vamos a referirnos sólo a sus competencias sobre «ordenación del crédito» y a las implicaciones de esa competencia respecto de la contratación bancaria.

2. *Ordenación bancaria y contratación bancaria.
Conexiones normativas y potestad reglamentaria
sobre estas materias*

Aparte de la competencia sobre régimen disciplinario, en sentido estricto, de las entidades de crédito, señalada en la propia Ley 30/1980 y atribuida más específicamente por la Ley 26/1988, el Banco de España ejerce facultades que exceden de esa materia y se enmarcan en la más amplia de «ordenación del crédito», y que le corresponden en virtud de una serie de disposiciones legales y, particularmente, de la misma Ley de Disciplina (26/1988) ya aludida. Por las características de esa materia de «ordenación del crédito» en la que no sólo se alberga la regulación de los sujetos, esto es, de las entidades de crédito, sino también de la actividad que desarrollan, es comprensible que, al socaire de las normas sobre ordenación, pueda incidirse en cuestiones que afecten a la contratación bancaria. Ello no es otra cosa que la consecuencia del entrecruzamiento de sectores normativos y de la interrelación entre Derecho público y Derecho privado a lo que ya nos referimos al comienzo de este trabajo y que es una característica común de los Estados intervencionistas de nuestro tiempo.

Ahora bien: ese entrecruzamiento y esa interrelación no significan, como también dijimos anteriormente, que desaparezcan las distinciones, sino que se hacen más complejas. Y más necesitadas, por ello mismo, de un esfuerzo interpretativo delimitador, por la sencilla razón de que sólo a través de éste pueden encuadrarse y someterse a control las potestades estatales así como diferenciarse las esferas de lo público y lo privado, requisitos indispensables para la existencia de un régimen de libertad, libertad que puede estar condicionada por razones de interés general, pero no destruida.

En ese sentido parece conveniente señalar que «ordenación del crédito» y «regulación de los contratos bancarios» no forman una sola materia, como si estuvieran fusionadas, sino que se trata de ámbitos relacionados pero de necesaria distinción. En sentido estricto, las normas sobre la ordenación son de Derecho público; establecen relaciones entre la Administración y unos sujetos específicos (las entidades de crédito) a los que se les imponen una serie de obligaciones y a los que puede sancionarse si las incumplen. Tam-

bién, en sentido estricto, las normas sobre contratación son de Derecho privado (y no dejan de serlo, como es obvio, porque establezcan o puedan establecer derecho imperativo), y regulan, no las relaciones de la Administración con los Bancos, sino las de éstos con su clientela. Ocurre, sin embargo, que en un mismo cuerpo legal (así en la propia Ley de Disciplina) pueden aparecer unas y otras normas, pero ello no hace desaparecer la distinción, sino que obliga a diferenciar, dentro del propio texto, los preceptos de uno y otro tipo, es decir, y en sentido propio, las normas diversas que dentro de una misma disposición normativa pueden contenerse, y a veces incluso dentro de un mismo precepto.

El Estado (y algunas Comunidades Autónomas) tienen competencia sobre ordenación del crédito en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.11.^a de la Constitución. Su competencia, en cambio, sobre la regulación de la contratación mercantil no se deriva de ese título, sino del contenido en el artículo 149.1.6.^a de la misma Constitución. Es evidente que una y otra materia están implicadas, y que esa implicación se extiende respecto de otras materias que pueden entrar en relación con ellas (las señaladas en los párrafos 8, 9, 11 y otros muchos del mismo artículo 149.1, por ejemplo), pero ello, como decíamos anteriormente, no impide que se pueda, y se deba, distinguir. Entre otras cosas porque la intensidad de la intervención estatal es diferente según se trate de una u otra materia.

Pues bien: respecto de la ordenación del crédito (donde al Estado le está atribuida la fijación de las «bases», posibilitándose que las Comunidades Autónomas regulen el «desarrollo»), la potestad reglamentaria se encuentra limitada en función, precisamente, de la reserva de ley proclamada por el artículo 53.1 de la Constitución, en cuanto que el establecimiento de límites a la actividad de las entidades de crédito afecta, evidentemente, a la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución.

En materias reservadas a la ley, como es ésta, cabe, desde luego, la regulación reglamentaria pero con unos requisitos y unos límites ineludibles: necesaria habilitación legal que habrá de ser expresa, con atribución concreta al órgano que puede dictar la norma reglamentaria, y con la condición de que la regulación sustancial de la materia ha de encontrarse en la ley pudiendo sólo el reglamento completarla en cuestiones adjetivas o de detalle (7). Bien es cierto que, precisamente por la naturaleza de este derecho, la delimitación de su contenido esencial deja mayor margen a la regulación legal del que puede existir en otros derechos fundamentales, y bien es cierto también

(7) Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 783 y ss. También, J. M. BAÑOS LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991, pp. 86-102.

que por la naturaleza de la materia «ordenación del crédito», la remisión de la ley al reglamento puede ser de más amplitud (o en otras palabras la intensidad de la reserva puede ser de menor grado). Sin embargo, la ley no puede habilitar al reglamento de manera que éste, a través de la ordenación del crédito, e independientemente de las prescripciones legales, pueda configurar los presupuestos básicos reguladores del derecho de libertad de empresa.

Y en cuanto a la contratación bancaria (que es materia diferente, como anteriormente dijimos) cabe señalar que también el reglamento se encuentra sumamente condicionado, sin que quepa sostener que aquí es posible el reglamento independiente o la deslegalización. Sobre esto volveremos después, ahora sólo importa advertir que también se precisa de concreta habilitación legal y que hay límites materiales infranqueables. La intervención del reglamento en esta materia, al hilo de la ordenación bancaria, de la regulación de los derechos de los consumidores o usuarios (sobre lo que también pueden tener competencias las Comunidades Autónomas) o de otra oportunidad normadora, ni desvirtúa la especificidad de la materia contratación mercantil (que no debe confundirse con el fenómeno del entrecruzamiento normativo y la conexión de materias) ni pone en manos de la Administración un poder normativo autónomo absuelto de la ley y menos aún de la Constitución.

Estas consideraciones vienen a cuento de las justificaciones de los poderes normativos del Banco de España y, por lo mismo, del ámbito y efectos de sus Circulares, que por la jurisprudencia y por algún sector de la doctrina se han intentado sostener y que deben examinarse desde una perspectiva crítica.

3. *Imprudencia de la categoría de las «relaciones de sujeción especial» y crítica de la figura del «ordenamiento sectorial» para justificar los poderes normativos del Banco de España*

Con frecuencia se ha acudido, para justificar teóricamente los poderes normativos (y no normativos) del Banco de España, a la figura de las «relaciones de supremacía-sujeción especial que ligan a la Administración monetaria con las entidades de crédito» (8). La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribu-

(8) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 9, que también alude (parece que aceptando allí las dos vías de justificación) a la categoría del «ordenamiento sectorial». Posteriormente, en su trabajo *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Madrid, 1989, critica la primera de las dos justificaciones y se pronuncia a favor únicamente de la segunda (la del «ordenamiento sectorial»).

nal Supremo de 18 de febrero de 1985 constituye un ejemplo casi paradigmático de esa tesis: «En la relación con la Administración hay que distinguir la de los administrados en general y la de aquellas personas individuales o jurídicas que están vinculadas a ella por una especial relación jurídica que la doctrina califica de dominación, procedente de un vínculo como el de los funcionarios (...) (o los) banqueros.» En consecuencia, seguirá diciendo la Sentencia, ese es el tipo de relaciones que se dan entre el Banco de España y las entidades de crédito, y ello es lo que justifica la especial potestad de dominio de aquél sobre éstas, lo que explica la facultad de emanación de circulares y lo que legitima que respecto de dichas circulares no se exija con rigor la previa habilitación legal, de tal manera que pueden tipificar infracciones no previstas en la ley (9).

La incorrección de esta tesis es patente, ya que ni las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito pueden ser incluidas de ningún modo en las de sujeción especial, que es una figura importada de la doctrina alemana y sólo comprensiva, de manera exclusiva, de las relaciones funcionariales, militares, penitenciarias y docentes (10), ni siquiera en tales relaciones cabe admitir, por principio, la existencia de reglamentos independientes, vedada en todo caso en Alemania y excluida en España en todo el ámbito de esas relaciones que está reservado a la ley (11).

Precisamente, por esa manifiesta improcedencia (tan manifiesta que ha sido parcialmente abandonada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1989), un sector de la doctrina rechaza la tesis anterior y se pronuncia a favor de una distinta explicación de la posición del Banco de España en el sistema bancario y, por lo mismo, de la potestad normativa de éste en materia de ordenación del crédito. Explicación que se intentará construir a partir de la categoría del «ordenamiento sectorial», tomada de la doctrina italiana, especialmente de Gianini, y tributaria en gran medida de las ideas de Santi Romano. Así se dirá que los poderes de ordenación de la actividad bancaria y crediticia son «unos poderes de auténtica dirección y supremacía que contribuyen a delimitar lo que, en la doctrina italiana a partir de Gianini, se denomina un ordenamiento sectorial, es decir, un grupo organizado del que forman parte necesariamente todas las personas y entidades que desarrollan la misma actividad, en cuyo vértice se sitúa la autoridad que (...)

(9) Véase comentario a dicha Sentencia, realizado por M. C. SÁNCHEZ MIGUEL, en *RDBB*, núm. 22, abril-junio 1986, pp. 409 y ss.

(10) Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pp. 763-764 y 792-793. También, J. M. BAÑOS LEÓN, *op. cit.*, pp. 125-129.

(11) *Ibidem*. Véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987 y 99/1987, entre otras.

asume su dirección y en cuyo seno, como ocurre en todo tipo de grupos organizados, es decir, de instituciones u ordenamientos en sentido técnico, opera una solidaridad interna que resulta del hecho mismo de su organización como tales a partir de unos fines y objetivos que son comunes a todos sus miembros» (12).

Por ello el Banco de España no sólo posee el poder normativo, respectó de las entidades de crédito, que se le pueda atribuir mediante concretas habilitaciones legales, sino también «el poder de autonormación que se reconoce expresamente a aquel a quien la ley otorga la autoridad superior dentro del grupo» (13), poniéndose a continuación el ejemplo del grupo familiar, donde los padres ejercen la patria potestad sobre los hijos (14).

Esta tesis, tan gráficamente expresada en el ejemplo del grupo familiar (así el Banco de España sería el padre y las entidades de crédito sus hijos) no deja de suscitar algunos reparos. En el fondo, la idea del ordenamiento sectorial está basada en una determinada concepción del «institucionalismo» fuertemente tributaria (como tantas otras derivadas del momento y de la circunstancia en que se inscribieron gran parte de las aportaciones jurídicas de Santi Romano) de un modo jerarquizado de concebir las relaciones entre el poder y los ciudadanos. Autoridad y solidaridad o, simplemente, paternalismo, parecen ser los presupuestos ideológicos que subyacen en esta construcción. Es cierto que su utilización por nuestra doctrina, que ha de considerarse muy alejada de aquellos presupuestos, está orientada por una loable pretensión de configurar técnicamente la posición del Banco de España en la política crediticia y, además, con las expresas advertencias de los límites de sus poderes en materias reservadas a la ley (15), pero, inevitablemente, se paga el tributo: el Banco de España puede aparecer con una posición muy similar a aquella que se proclamaba en el Preámbulo del Decreto-ley de nacionalización 18/1962: «ser órgano rector y de apoyo de la Banca privada.» Un padre, pues, severo y cariñoso y unos hijos (menores de edad, claro está) respetuosos y obedientes, que tienen puesta su confianza en él.

Más aún, con esta tesis se podría llegar muy probablemente al mismo resultado que con la otra que se abandona: la de las relaciones de especial sujeción. Ya que, al fin y al cabo y admitiéndose, como no queda más remedio, que en tales relaciones también rige el principio de reserva legal, la consecuencia práctica es casi idéntica: una y otra tesis pueden conducir a la «publicación» de las actividades privadas, en un caso por la vía de la

(12) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Comentarios...», cit., p. 16.

(13) *Ibidem*, p. 189.

(14) *Ibidem*, p. 189.

(15) *Ibidem*, pp. 20-22 y 189.

«administrativación» pura y simple (tesis de las relaciones de sujeción especial); en otro caso por la vía, menos simple pero más efectiva, del «paternalismo estatal».

Ante todo ello hay que decir que ni la ordenación de las entidades privadas de crédito puede significar su publicación (directa o indirecta), ni hay relación de dominio o jerarquía entre el Banco de España y tales entidades, ni es preciso, en consecuencia, acudir a construcciones teóricas que pueden encerrar el riesgo de desvirtuar la diferencia entre sector público y sector privado que es una de las bases constitucionales del sistema económico. Fuera del ámbito puramente interno de las relaciones administrativas, el Banco de España ha de contar con la expresa y concreta habilitación legal para regular por circulares la materia de ordenación del crédito, en todo aquello que pueda incidir en el ejercicio de la libertad de empresa garantizada por el artículo 38 de la Constitución. Y, respecto de aquellas medidas de ordenación que en nada afectaren a tal derecho (que podrán ser muy pocas) no podrá normar por sí mismo de manera independiente, sino que precisará de la también expresa y concreta habilitación efectuada por Reglamento del Gobierno o del Ministerio de Economía y Hacienda (16).

La actividad de crédito y ahorro reviste tal trascendencia para la economía general que explica que respecto de ella el Estado, que ordena e interviene en todos los sectores económicos, lo haga aquí con una especial intensidad. Diferencia, pues, de cantidad pero no de cualidad. La relación que une a las autoridades económicas con las entidades privadas de crédito no deja de ser la misma (aunque más intensa) que la que le une con el resto de las empresas privadas, relación que está basada en el principio inexcusable de que sólo por ley (y en el espacio que la Constitución le permite) puede limitarse la libertad.

4. *Reserva de ley y principio de legalidad en materia de contratación bancaria*

Es cierto que la libertad de empresa presupone el ejercicio de una serie de derechos y libertades, sin los cuales aquélla sería de difícil realización, así el derecho de asociación, el de propiedad, la libertad de contratación, etc.;

(16) Como establece, con acierto, la Disposición adicional 8.ª de la Ley 26/1988, criticada por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ («Comentarios...», cit., p. 189) a partir de la idea del «ordenamiento sectorial», idea que, por cierto, no parece ser la aceptada por el legislador, como se manifiesta en esta Disposición adicional y como se expresa claramente en la propia Exposición de Motivos de la Ley.

pero ello no debe conducir a confundir la libertad de empresa con estos otros derechos o libertades con los que se encuentra tan estrechamente conectada. El problema aquí se plantea de manera particular respecto de la libertad de contratación, que no aparece individualizada como derecho constitucionalmente garantizado de modo expreso, a diferencia de lo que ocurre con el de propiedad o el de asociación, por ejemplo. Y ello origina una serie de dificultades a la hora de examinar si la reserva de ley se aplica en materia de contratación privada.

Si se parte de la tesis sostenida por un sector de la doctrina (17) de que en nuestro sistema jurídico sólo existen las reservas legales expresas señaladas por la Constitución, habría que admitir, o bien que la libertad de contratación forma parte del contenido del derecho de libertad de empresa, y por ello se trataría de una materia reservada, lo que es muy discutible dogmáticamente, como ya se ha adelantado, o bien que la libertad de contratación no se encuentra amparada por la reserva de ley, lo que, cuanto menos, resultaría sorprendente en una Constitución del significado de la nuestra.

Otros sectores doctrinales sostienen, sin embargo, que además de las reservas de ley concretas y expresas, en nuestra Constitución se contiene una reserva general de ley a favor de la libertad (18), derivada de la proclamación de la propia libertad como valor superior hecha en el artículo 1.1 de la Constitución y del reconocimiento, por el artículo 10.1 de la misma Constitución, del libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden jurídico y de la paz social.

De manera muy bien trabada, y resolviendo en parte los obstáculos que esta tesis ha de sortear, y que son, en sustancia, que de un valor difícilmente puede derivarse una reserva de ley y que el artículo 10.1 está situado fuera del Capítulo 2.º del Título I (al que se contrae la reserva establecida en el artículo 53.1 de la Constitución), se ha podido así sostener (19) que «hay, en efecto, en nuestro sistema normativo, una reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos» (20) y en consecuencia que la libertad de contratación se encuentra, pues, incluida en tal reserva.

Sería posible, sin embargo, interpretar que aquí, en esta materia, en lu-

(17) Por todos, I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 155-157.

(18) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1989, p. 166. También, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, pp. 49-51.

(19) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pp. 780-783.

(20) *Ibidem*, p. 781.

gar de jugar estrictamente el principio de la reserva de ley (por entender que sólo caben las reservas constitucionalmente «expresadas» como tales) jugaría el principio de legalidad (entendido en su mejor y más estricto significado), estableciéndose un enlace entre los artículos 1.1 (del que se derivaría, aparte de un «valor», un «principio general de libertad») y 9.3 de la Constitución. Ese parece ser el sentido de la doctrina contenida en la Sentencia 83/1984 del Tribunal Constitucional, cuando, pese a admitir que alguna determinada libertad de actuación no cabe entenderla incluida en cualquiera de los derechos del Capítulo 2.º de la Constitución, declara que «no significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal» (FJ 3.º).

Este razonamiento podría completarse considerando que al enlace establecido entre el artículo 1.1 y el 9.3 ha de unirse la cláusula del artículo 10.1, donde el libre desarrollo de la personalidad, aunque pudiese discutirse su naturaleza de derecho, se manifiesta, de manera indudable, al menos, como principio (como un verdadero principio general de libertad). La consecuencia práctica, de todos modos, es la misma a que se llega con la tesis de la reserva: sólo por ley puede limitarse la libertad, esto es, y en relación con la materia que nos ocupa, sólo por ley puede limitarse la libertad de contratación, que es casi lo mismo que decir que la contratación bancaria es materia reservada a la ley (21).

Ello no significa, por supuesto, que en tal materia no quepa el reglamento, pero sí que está excluido el reglamento independiente, que sólo cabe la remisión normativa (y no la deslegalización), que la habilitación legal ha de ser expresa, la atribución normativa concreta, o sea a órgano determinado, y que, además, el ámbito del reglamento no puede sobrepasar el de la regulación de cuestiones adjetivas y de detalle.

(21) Es claro que entre reserva de ley y principio de legalidad existen diferencias significativas. Sin embargo, lo que aquí importa es que, entendido este último de la manera que en nuestro ordenamiento parece más correcta (y que se apunta en la Sentencia 83/1984 del Tribunal Constitucional, ya citada), esto es, como necesidad de que cualquier limitación de la libertad venga regulada, en sus líneas esenciales, por la ley, la consecuencia obligada es la prohibición, en dicho ámbito, de la deslegalización y, por supuesto, del reglamento independiente.

5. *La incompetencia del Banco de España para dictar normas reguladoras de la contratación bancaria. El artículo 48.2 de la Ley 26/1988 y los problemas de la Orden del Ministerio de Hacienda de 12 de diciembre de 1989 y de la Circular del Banco de España 8/1990*

El artículo 48 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito es un excelente ejemplo de cómo debe concebirse (y así lo ha hecho el legislador) en nuestro sistema constitucional la posición del Banco de España. Su competencia en la ordenación del crédito sólo se extiende a lo que, en sentido estricto, esa ordenación es: relaciones de la Administración con los Bancos (más propiamente, relaciones de la Administración con las entidades de crédito), lo que puede dar lugar al establecimiento de normas que impongan a dichas entidades, y sólo a ellas, determinadas obligaciones, con la previsión de las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento. Normas que afectan, pues, sólo a la Administración y los banqueros pero no a terceros ajenos a esta relación. Aquí, de ninguna manera, puede incluirse la materia de contratos bancarios, esto es, la regulación de unas relaciones contractuales que no unen a la Administración con los banqueros, sino a éstos con su clientela.

Ahora bien: precisamente porque en materia de estricta «ordenación del crédito» puede afectarse a la libertad de empresa, se hace necesaria la pertinente habilitación legal expresa para que el Banco de España pueda dictar circulares en esos supuestos. Y ello es, exactamente, lo que se dispone en el apartado primero del artículo 48. Y se hace de manera impecable: se faculta, en primer lugar, al Ministerio de Economía y Hacienda y en segundo lugar, al propio Banco de España, siempre que el Ministerio así lo decida (es decir, lo habilite por reglamento). El Banco de España, en ese ámbito material específico delimitado en el artículo 48.1, puede dictar circulares, pero ello por dos causas justificativas: en primer lugar porque la ley expresamente así lo habilita y, en segundo lugar porque el Ministerio de Economía y Hacienda, en cada caso, habrá de efectuar la pertinente delegación.

Ni el Banco de España podría ejercer, en este supuesto, poder normativo si la ley no lo habilitase de manera concreta (insistimos en que no caben habilitaciones genéricas en esta materia), ni sería correcto que la ley realizase directamente la atribución normativa al Banco de España sin utilizar la mediación del Ministerio de Economía y Hacienda bajo cuya dependencia está (dependencia inexcusable, dado lo que establecen las leyes y lo que imponen los artículos 97 y 98 de la Constitución). Por lo demás, las facultades de re-

gulación que aquí se dejan al reglamento (a la Orden del Ministerio y a la Circular del Banco de España) parecen enteramente respetuosas con la dimensión material, en este caso, de la reserva de ley.

Muy distinto es el supuesto reflejado en el apartado segundo del artículo 48. Aquí ya no se trata de la materia estricta de ordenación del crédito, sino de otra bien distinta (aunque esté relacionada) como es la de contratos bancarios. Y de nuevo la ley opta por una solución correctísima. En esa materia el Banco de España carece de competencias, y no sólo de competencias «propias» (que ello es claro), sino también de competencias «por delegación», ya que su función no es la de regular las relaciones económicas *entre* los particulares, sino entre la Administración y las entidades de crédito. Sus normas no pueden afectar a terceros extraños a esa relación.

De ahí que el artículo 48.2 no habilite al Banco de España, sino sólo al Ministerio de Economía y Hacienda. Las relaciones de Derecho privado pueden, claro está, encontrarse reguladas por los Reglamentos (que no contienen sólo, como es enteramente obvio, normas de «Derecho administrativo», y que son fuente del Derecho aplicable por los jueces y tribunales de *todos* los órdenes jurisdiccionales, como reconocen los artículos 9.1 de la Constitución, 1.7 del Código civil y 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Pero aquí sólo por reglamentos emanados del Gobierno o (aunque la cuestión no es pacífica) todo lo más de los ministros que lo componen, siempre, por supuesto, previa la pertinente y concreta habilitación legal y el respeto a los límites materiales que impone la reserva de ley (o aquí, más correctamente, el principio de legalidad). El Derecho privado no puede ser establecido por el Banco de España. Por ello, como decíamos, es enteramente acertada la ausencia de habilitación alguna a favor del Banco de España en el artículo 48.2 de la ley. Sólo se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, haciéndose, además, de modo muy correcto, esto es, y literalmente, «sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela». Como puede observarse, se reconoce y se respeta el dominio de la ley en la materia, abriéndose la colaboración del Reglamento en términos constitucionalmente aceptables.

Sin embargo, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 faculta a su vez al Banco de España para desarrollar la regulación de las materias objeto del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina y, efectivamente, por Circular 8/1990, el Banco de España realiza dicha regulación, mencionado expresamente (podría decirse que sin rubor alguno) que se trata, en parte, de la materia contenida en el artículo 48.2 de la Ley.

Ante esta situación lo menos que puede decirse es que estamos ante una clarísima transgresión de la Ley, efectuada por la Orden y, por supuesto, por la Circular. Una vulneración de los requisitos que nuestro sistema constitucional de fuentes del Derecho impone a la regulación por reglamento de las materias reservadas, donde no cabe la habilitación del reglamento por el reglamento (22), sino sólo la habilitación del reglamento por la ley, sin que después quepan subdelegaciones (o subhabilitaciones) no legalmente determinadas. Una exorbitancia, por lo demás, de las competencias del Banco de España, cuyas circulares no deben crear normas que sean oponibles a terceros ajenos a la estricta relación Banco de España-entidades de crédito. No cabe, por lo demás, encontrar título justificativo alguno en cláusulas genéricas atributivas de competencia al Banco (como las contenidas en el artículo 15.9 de la Ley 30/1980 y en la Disposición adicional 8.^a de la Ley 26/1988), ya que, de un lado, tales competencias se ciñen a la política monetaria y a la ordenación del crédito, y de ninguna manera incluyen la contratación mercantil, y de otro lado, incluso para el ejercicio de sus competencias (entre las que ésta no se encuentra) el Banco de España no puede, en modo alguno, dictar circulares en uso de esas cláusulas generales, sino sólo en virtud de una habilitación legal expresa, concreta y determinada cuando se afectan materias reservadas a la ley.

Realmente no se entiende muy bien por qué el buen camino marcado por el artículo 48.2 de la Ley de Disciplina se ha abandonado (ilícitamente) por el Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Orden. Si las cuestiones de detalle de la regulación reglamentaria hacían necesaria la colaboración del Banco de España en su redacción, nada impedía (la Ley de órganos rectores del Banco lo prevé expresamente) que se solicitase y se prestase esa colaboración para dictar una norma que *siempre* (por imperativos legales y constitucionales) debería haber emanado del Ministerio y *nunca* del propio Banco de España. Quizás, el Ministerio de Economía y Hacienda se ha dejado seducir por alguno de los efectos de la antes aludida doctrina del «ordenamiento sectorial», que no es precisamente, como ya dijimos anteriormente, la que parece haber aceptado el legislador, pero ni siquiera a través de esa doctrina (que justificaría muchas cosas en el ámbito de la estricta ordenación bancaria) podría justificarse, en modo alguno, esta ilícita habilitación de la Circular por la Orden y esta improcedente inmisión de la Circular en una materia que al Banco le está vedada.

(22) Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, p. 718.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Ante esta situación, parece que, aparte de denunciar públicamente las irregularidades que se han cometido mediante la Orden y la Circular, lo que podría decirse es que, desde luego, los particulares (los clientes) no están vinculados, en modo alguno, por las normas contenidas en esa Circular del Banco de España, cuyo incumplimiento (si fuera una norma válida, que no lo parece) sólo podría dar lugar a sanciones para los Bancos, pero no a nulidad, total o parcial (sobre la única base de tales normas), de los contratos celebrados por el Banco con su clientela. En consecuencia, dicha Circular no puede considerarse como fuente de la contratación bancaria.

Más aún, es que ninguna Circular del Banco de España podría constituirse, a nuestro juicio, en fuente de esa contratación, ya que, como se dijo, no creemos que en dicha materia la ley pueda habilitar al Banco de España para ejercer su poder reglamentario. Aquí sólo cabrían el Decreto y la Orden (del Estado y de las Comunidades Autónomas) pero no las Circulares.

Es probable, sin embargo, que pueda disentirse de esta tesis (aunque a nosotros nos parezca una tesis correcta) y sostenerse que, con motivo de la «ordenación del crédito» puede el Banco de España incidir, mediante circulares, en la regulación de la contratación bancaria. En todo caso, precisaría, inexcusablemente, de la habilitación legal oportuna. Bajo esas condiciones, las circulares podrían considerarse fuentes de la contratación mercantil. Como en Derecho no caben dogmatismos tajantes, sería ésta una tesis que habría que respetar, aunque, desde luego, no la compartimos. Nos parece más acorde con nuestro sistema constitucional de fuentes del Derecho la solución de que sólo el reglamento «gubernamental» (y no las disposiciones generales dictadas por órganos o entidades inferiores al ministro) puede normar, respetando la reserva de ley (o aquí, mejor, el dominio de la ley) y previa la correspondiente habilitación legal, de manera directa o a propósito de la regulación de materias conectadas (ordenación del crédito, derecho de los consumidores y usuarios, u otras), la contratación mercantil y, por lo mismo, los contratos bancarios.

Todo esto lo que revela, una vez más, es la necesidad de que los organismos públicos se tomen en serio los límites que el Derecho impone, aparte de ponerse en evidencia otra necesidad cada vez más acuciante: la de una ley de contratos bancarios que introduzca racionalidad, sistema y, por lo mismo, seguridad jurídica, en una materia demasiado huérfana, desde siempre, de las previsiones legales. Porque es evidente que el Ministerio y el Ban-

co de España, al fin y al cabo, no han hecho más que intentar mejorar las condiciones de esa contratación en beneficio de los particulares que la utilizan. Pero las buenas intenciones no legitiman, en modo alguno, los malos planteamientos.

