

**LA SUPERVISION PUBLICA DE LAS ENTIDADES
DE CREDITO EN EL CONTEXTO DE LA UNION
EUROPEA. NOTAS SOBRE EL MODELO
FEDERAL NORTEAMERICANO (*)**

CARLES PAREJA I LOZANO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pompeu Fabra. Barcelona*

(*) El estudio del sistema de supervisión bancaria norteamericano se deriva del proyecto de investigación llevado a cabo en la Stanford Law School (California, USA), en la que permanecí como *visiting scholar* durante el curso académico 1992-93. Mi estancia en la Stanford University fue posible merced a las ayudas recibidas del Ministerio de Educación y Ciencia

INDICE

- I. INTRODUCCION
- II. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE ENTIDADES DE CREDITO EN EL MARCO DE LA UNION EUROPEA. BREVE CARACTERIZACION DE LA SEGUNDA DIRECTIVA BANCARIA
- III. LA SUPERVISION BANCARIA EN EL CONTEXTO DE LA UNION MONETARIA EUROPEA
- IV. LA SUPERVISION BANCARIA EN EL ORDENAMIENTO NORTEAMERICANO: CARACTERIZACION GENERAL
- V. EL MODELO REGULADOR Y DE SUPERVISION DEL *DUAL BANKING SYSTEM*
- VI. LAS COMPETENCIAS DE NIVEL PRIMARIO Y SECUNDARIO EN MATERIA DE *CHARTERING*
- VII. EL REGIMEN DE IMPLANTACION TERRITORIAL DE LAS ENTIDADES DE CREDITO
- VIII. LA REGULACION DE LAS ACTIVIDADES DE LAS ENTIDADES DE CREDITO EN EL MARCO DEL *DUAL BANKING SYSTEM*
- IX. BIBLIOGRAFIA

(DGCYT) y el Institut d'Estudis Autònoms de la Generalidad de Cataluña. Para que ello fuera posible fue decisiva la colaboración de los profesores Heller (Stanford University), Argullol (Universidad Pompeu Fabra) y Bisbal, Viladés y Llebot (Universidad de Barcelona). En Stanford trabajé bajo la supervisión del profesor Kenneth E. Scott, a quien agradezco sus sugerencias y observaciones. Las omisiones y errores que puedan encontrarse en el presente estudio son obviamente responsabilidad exclusiva del autor.

I. INTRODUCCION

La supervisión pública de las entidades de crédito constituye sin duda uno de los aspectos más destacados de la intervención de los poderes públicos en la economía. La existencia de dicha supervisión se traduce en una importante disciplina administrativa sobre la actuación de las entidades de crédito mediante un conjunto de medidas por las que se regulan y controlan las condiciones de acceso al sector del crédito, la estructura de las instituciones financieras, su gestión y funcionamiento en aspectos tales como inversiones que puedan llevar a cabo, control de cartera, etc., hasta la regulación de la intervención en las posibles situaciones de crisis de tales entidades. Este conjunto de medidas se ha justificado tradicionalmente en base a la necesaria consecución de objetivos como garantizar la estabilidad del sistema financiero, el buen funcionamiento de los sistemas de pago, la situación de los usuarios del sistema, así como en relación a las medidas de control de la política monetaria (1).

La regulación en el derecho español de las potestades públicas en materia de supervisión bancaria destaca, en primer lugar, por su enorme dispersión, que permite afirmar la inexistencia en el ordenamiento español de una regulación general de las obligaciones y cargas a que están sometidas las entidades de crédito de tal forma que pueda definirse en forma completa cuál es su estatuto jurídico.

Como se ha señalado (2), tal estatuto, o, en otras palabras, el régimen jurídico de las entidades de crédito, hay que deducirlo en muchas ocasiones por la vía indirecta o negativa estableciéndose las obligaciones positivas como contrapunto de la amplia tipificación de las infracciones sancionables. A ello debe añadirse la indefinición que aún en la actualidad padece nuestro ordenamiento en cuanto a la regulación del alcance de las competencias atribui-

(1) Sobre el objeto y sentido de los poderes públicos de ordenación bancaria, ver a T. R. FERNANDEZ (1989), págs. 409 y ss.

(2) MARTIN RETORTILLO, S. (1989), pág. 13.

das a diversas Comunidades Autónomas sobre desarrollo y ejecución de legislación básica en materia de banca y entidades de crédito (3).

Este conjunto de elementos permite constatar las dificultades para la definición de un modelo preciso y objetivable del régimen de supervisión bancaria en el ordenamiento español. Tal régimen se ve por otra parte afectado por la importante incidencia del proceso de construcción de la Unión Europea, de la que constituye el ejemplo más reciente la entrada en vigor, el 1 de enero de 1993, de los aspectos más significativos de la segunda directiva bancaria de 15 de diciembre de 1989 (4), reguladora de la libre prestación de servicios y de establecimiento de entidades financieras en los estados miembros. Junto a ello conviene reflexionar asimismo sobre la incidencia en este ámbito del proceso encaminado a la consecución de la Unión Monetaria Europea, ratificada y estructurada en diversas fases a partir del Tratado de Maastricht.

En el plano institucional, dicho proceso debe dar lugar a la creación del Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo. Si bien el objeto fundamental de la creación de estas instituciones está directamente relacionado con la política monetaria, ello no excluye que pueda llegar a tener también incidencia importante en el ámbito de la supervisión bancaria, dada la directa relación que tradicionalmente han presentado ambos ámbitos.

En esta perspectiva, presenta indudable interés el estudio del ordenamiento crediticio vigente en los Estados Unidos de América a la vista de sus propias características, entre las que destacan, en relación a la cuestión apuntada, aspectos como la propia estructura del *Dual Banking System*, caracterizada por la competencia reguladora entre Estados y agencias federales, que presenta en los últimos tiempos un importante proceso de federalización, así como también el estudio de las funciones de supervisión bancaria atribuidas a la Reserva Federal, a quien a su vez corresponde llevar a cabo la política monetaria bajo un estatuto de independencia. Destacan también otros aspectos como la importancia del sistema de garantía de depósitos de las entidades de crédito y el progresivo papel que, como consecuencia de ello, está jugando en el ordenamiento norteamericano la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), en lo que constituye la última manifestación del indicado proceso de "federalización" del sistema de supervisión bancaria en el referido ordenamiento norteamericano.

(3) Esta indefinición, puesta de manifiesto por GARCIA DE ENTERRIA (1989), pág. 194, se produce sin perjuicio de las diversas sentencias del Tribunal Constitucional formuladas sobre todo respecto al régimen organizativo de las Cajas de Ahorro.

(4) 89/646/CEE.

II. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE ENTIDADES DE CREDITO EN EL MARCO DE LA UNION EUROPEA. BREVE CARACTERIZACION DE LA SEGUNDA DIRECTIVA BANCARIA

1. El principio de reconocimiento mutuo

La segunda directiva comunitaria en materia bancaria tiene por objeto garantizar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios financieros entre los distintos Estados miembros. A tal efecto, el esquema utilizado por dicha directiva es el de reconocimiento mutuo, de conformidad con el cual resulta suficiente la obtención de una única licencia para actuar en el mercado del crédito, constituyendo dicha licencia, a otorgar por cualquiera de los Estados miembros, habilitación suficiente para el establecimiento de sucursales en cualquier estado miembro (5).

Tales principios de reconocimiento mutuo y única licencia se traducen en la sujeción de las entidades de crédito al ordenamiento del estado que concedió dicha licencia originaria (*Home State*), constituyendo requisito suficiente para el establecimiento en otros estados simplemente el de la comunicación a la autoridad supervisora del estado en que se va a producir el establecimiento (*Host State*).

Hay que destacar la diferencia cualitativa entre tal sistema y el vigente anteriormente, que permitía únicamente la apertura de entidades subsidiarias en otros Estados miembros, lo que daba lugar a que tales entidades subsidiarias debieran obtener a su vez la correspondiente licencia del estado en que pretendían establecerse, con la consecuente sujeción a su ordenamiento.

Parece, pues, ocioso resaltar los indudables efectos positivos a que da lugar la nueva regulación, en cuanto implica una reducción del número de autoridades supervisoras y de la diversidad de requerimientos exigibles para la actuación en los diversos Estados miembros de las entidades de crédito, con la consiguiente incidencia en el proceso de creación de un único mercado bancario. La nueva regulación constituye asimismo una respuesta a la progresiva internacionalización de los mercados financieros, además de su virtualidad en el fomento de la competencia entre las entidades de crédito, tanto por lo que se refiere a la concesión de créditos como a la obtención de depósitos de clientes provenientes de los distintos estados miembros (6).

(5) Para una descripción general del contenido de la segunda directiva bancaria, ver a LLEBOT (1990).

(6) Algunas críticas se han formulado respecto a la dinámica que pueda generarse en la aplicación del indicado principio de reconocimiento mutuo. Puede verse en este sentido a KANE

2. La intervención del estado de acogida

Respecto a la dinámica concreta que presenta el mecanismo del reconocimiento mutuo, y pese a exigirse para el mismo únicamente la ya indicada comunicación del supervisor del *Home State* al supervisor del *Host State*, debe señalarse que el contenido de la segunda directiva bancaria no excluye alguna capacidad de intervención por parte de las autoridades supervisoras del *Host State*, lo que ha dado lugar a que la indicada figura del reconocimiento mutuo se califique como reconocimiento mutuo imperfecto (7). Pueden citarse al respecto ejemplos como la determinación de las reglas de conducta de las entidades bancarias en aspectos como las previsiones sobre conflictos de intereses en la actuación de los bancos, el área de la protección al consumidor, o incluso en el campo del derecho privado, así como también la previsión, ciertamente indefinida, contenida en el preámbulo de la segunda directiva bancaria, sobre la necesidad de que las sucursales establecidas en estados foráneos deban cumplir también necesariamente las previsiones que se establezcan por parte de la autoridad supervisora del *Host State* por razones de interés general, en relación a la utilización de determinadas técnicas financieras.

Otras excepciones destacables al principio de supervisión por el Estado de origen son aquellas contenidas en los apartados 2.º y 3.º del artículo 14 de la segunda directiva bancaria, conforme al cual seguirá siendo responsabilidad de las autoridades del estado de acogida la supervisión de la liquidez de las sucursales establecidas en su territorio, así como la adopción de las medidas necesarias para la aplicación de su política monetaria, sin perjuicio en este caso de las medidas necesarias para el fortalecimiento del sistema monetario europeo. Junto a ello se habilita a las autoridades supervisoras del *Host State* para exigir a efectos estadísticos un informe periódico sobre las operaciones efectuadas en su territorio por parte de las sucursales (artículo 15.3), así como para llevar a cabo la inspección *in situ* de las mismas, pudiéndose requerir igualmente a tales sucursales el suministro de las mismas informaciones exigibles a las entidades de crédito nacionales para el ejercicio de las funciones de supervisión.

Se contemplan, asimismo, mecanismos específicos de cooperación entre las autoridades supervisoras de los distintos Estados miembros, en aspectos

(1991), que pone de manifiesto los riesgos de generación de un cártel regulador derivado de la cooperación entre los distintos Estados miembros que se vería fomentada por el mecanismo de reconocimiento mutuo, o también la hipotética inoperancia en cuanto al mercado bancario al detalle de la nueva dinámica generada por el indicado reconocimiento mutuo. Ver al respecto a HERTIG (1993), págs. 10-11.

(7) HERTIG (1993), págs. 12 y ss.

como el requerimiento a las entidades de crédito para que adopten las medidas necesarias para la provisión de la denominadas posiciones de riesgo de mercado, cuando los mismos se deriven de operaciones efectuadas en mercados financieros de otros estados miembros distintos al de origen.

Se prevé por otra parte, para el supuesto de infracción de las disposiciones que en materia de su competencia se adopten por parte del *Host State*, y en caso de resistencia de las entidades supervisadas a poner fin a tales actuaciones irregulares, la posibilidad de que la autoridad supervisora del *Host State* informe de ello a las autoridades del estado de origen a fin de que se adopten las medidas ejecutivas necesarias para poner fin a la actuación irregular, sin perjuicio de que en casos de urgencia los supervisores del *Host State* pueden adoptar, por su parte, medidas cautelares apropiadas en orden a la protección de intereses de depositantes, inversores, etc., pudiéndose llegar incluso, en el supuesto de persistencia de actuaciones irregulares, a que la autoridad del *Host State* pueda adoptar, previa comunicación al estado de origen, las medidas apropiadas para evitar tal actuación irregular, incluso mediante la prohibición de iniciar nuevas operaciones en su territorio (art.º 21).

3. Reconocimiento mutuo y armonización de regulaciones

La referida dinámica del principio de reconocimiento mutuo sugiere una reflexión sobre dos aspectos de transcendencia directamente relacionados entre sí, a saber: Por una parte la aparición de una indudable necesidad de proceder a una homogeneización de los regímenes bancarios de los distintos estados miembros y en contraposición a tal necesidad, la viabilidad de que el principio de reconocimiento mutuo genere una real dinámica competitiva entre los reguladores bancarios de los distintos estados miembros.

En el primer aspecto, hay que destacar que la regulación comunitaria ha renunciado a tener unos efectos totalmente armonizadores de la regulación bancaria de los distintos estados miembros centrándose, en cambio, únicamente en la regulación de diversos aspectos esenciales, y siempre con la naturaleza de *standards* mínimos a observar necesariamente por parte de los distintos estados miembros (8). Así, la segunda directiva bancaria pretende la armonización de los *standards* relativos al capital mínimo para obtener la autorización de actividad en el mercado del crédito, las participaciones de las entidades de crédito en los sectores no bancarios, así como también el control de los supervisores sobre los titulares de participaciones significativas en las entidades de crédito.

(8) Así lo pone de manifiesto entre otros, GRUSON & FEURING (1991), págs. 27 y ss., y COSTI (1990), pág. 74.

La renuncia a establecer una homologación total de las regulaciones bancarias de los distintos estados miembros y la opción alternativa adoptada de establecer únicamente los referidos *standards* mínimos o requisitos esenciales, ha sido valorada positivamente, tanto desde el punto de vista de la facilidad que ello ha supuesto para que la Unión Europea adoptara el referido principio de reconocimiento mutuo, como también debido a que ello permite la generación de una cierta dinámica competitiva entre los reguladores bancarios de los distintos estados miembros (9). A tal efecto, hay que destacar la importancia de la relación de actividades contenida en el anexo de la segunda directiva bancaria, todas las cuales se consideran incluidas en el principio de reconocimiento mutuo de tal forma que la obtención de una licencia bancaria en cualquiera de los estados miembros permite llevar a cabo el conjunto de tales actividades en la totalidad de los estados miembros de la Unión Europea (10).

Así, y en relación a las actividades incluidas en el referido anexo, la licencia obtenida en el *Home State*, siempre que la regulación del mismo autorice determinada actividad, permite llevar a cabo la misma en estados distintos sin perjuicio de que en la regulación del estado de acogida tal actividad pueda no estar autorizada a las entidades de crédito. Asimismo, y a *contrario sensu*, si la regulación del estado de origen no permita a las entidades de crédito llevar a cabo alguna de tales actividades, las mismas no podrán realizar-

se en estados distintos aunque en los mismos dicha actividad se autorice a las instituciones financieras (11).

Parece claro en este sentido que las desventajas competitivas que tal dinámica puede generar respecto a las entidades de crédito en una u otra situación constituirán un indudable incentivo para una mayor adecuación de las distintas regulaciones bancarias a las necesidades del mercado (12).

Respecto al alcance que puede llegar a tener la competencia entre distintos reguladores hay que destacar la prohibición expresada en la segunda directiva bancaria del denominado *Forum Shopping*, entendiéndose como tal la práctica consistente en intentar obtener una licencia bancaria en un estado miembro con una regulación menos restrictiva para, al amparo de tal regulación, llevar a cabo su actividad en otros estados. Se establece al respecto, en el preámbulo de la segunda directiva, la necesidad de que por parte de las autoridades de cada uno de los estados miembros no se otorgue una autorización cuando factores tales como el programa de actividades de la entidad de crédito o su distribución geográfica, hagan evidente que la institución financiera opta por el sistema regulador de un estado miembro, con el propósito de evadir los *standards* más estrictos vigentes en otro estado, en el cual se pretende llevar a cabo o se llevaban a cabo ya anteriormente la mayor parte de sus actividades.

La prohibición de tal práctica, que como veremos más adelante difiere claramente de la dinámica seguida en el ordenamiento norteamericano (13), plantea asimismo algunos problemas de aplicación especialmente en relación a la definición de lo que debe entenderse por estado de origen. Así, si bien el párrafo 8 del preámbulo de la segunda directiva bancaria requiere que la oficina principal de la entidad de crédito esté situada en el estado en el que se obtuvo la correspondiente licencia, otras regulaciones, como por ejemplo la *Banking Act* de Gran Bretaña de 1987, no utilizan el criterio de la oficina ejecutiva o sede social en la concepción de nuestro ordenamiento, sino el de principal lugar de actividad (*principal place of business*) como criterio para la determinación del regulador de origen, a quien como hemos visto corresponden las principales funciones de supervisión (14).

(9) HERTIG (1993), pág. 4.

(10) Anexo a la segunda directiva:
1. Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables.
2. Préstamos, comprendiéndose en especial lo siguiente:
Crédito al consumo. Crédito hipotecario, *Factoring* con o sin recurso. Financiación de transacciones comerciales (incluido el *factoring*).
3. Arrendamiento financiero.
4. Operaciones de pago.
5. Emisión y gestión de medios de pago (tarjetas de crédito, cheques de viaje, cartas de crédito).
6. Concesión de garantías y suscripción de compromisos.
7. Transacciones por cuenta propia de la entidad o por cuenta de su clientela que tengan por objeto:
a) Instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etc). b) Mercados de cambios. c) Instrumentos financieros a plazo y opciones. d) Instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés. e) Valores negociables.
8. Participaciones en las emisiones de títulos y prestaciones de los servicios correspondientes.
9. Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia industrial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de la fusión y la compra de empresas.
10. Intermediación en los mercados interbancarios.
11. Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios.
12. Custodia de valores negociables.
13. Informes comerciales.

(11) GRUSON & FEURING (1991), págs. 24-25.
(12) Obsérvese no obstante que la pretensión de entidades de crédito de llevar a cabo actividades no incluidas en dicho anexo, no puede considerarse sujeta al principio de reconocimiento mutuo y requerirá por tanto la correspondiente autorización y sujeción a supervisión en el estado de acogida, tal y como señala GRUSON & FEURING (1991), pág. 25.
(13) Es significativo al respecto que diversos autores como DASSESSE (1991), págs. 69-70, y USHER (1991), pág. 4, señalan que tal previsión tiene el objetivo de impedir un *Delaware banking* en el contexto europeo.

(14) Ver al respecto SHEA (1991), págs. 19-29.

En esta rápida caracterización del alcance de la segunda directiva bancaria, deben señalarse finalmente algunos aspectos que no parecen del todo resueltos, tales como el acceso a los sistemas de compensación y pago de los distintos estados miembros, los problemas relativos al sistema de garantía de depósitos, así como el acceso a las "líneas de descuento" de los bancos centrales de los países de acogida.

En el primer aspecto se ha señalado el hecho de que la segunda directiva bancaria, si bien permite el acceso de cualquier ciudadano de la Unión Europea a los sistemas de pago y compensación de cualquier estado (15), no garantiza en cambio la posibilidad de que a un banco establecido en cualquiera de los estados miembros se le conceda la condición de miembro del sistema de pagos y compensaciones en otro estado distinto del de origen. A juicio de Cranston (16), la determinación sobre la viabilidad de esta hipótesis quedaría sujeta a que se considere que tal denegación constituye una política discriminatoria contra bancos de otros estados miembros o que tales restricciones tengan efectos anticompetitivos.

Con referencia al sistema de garantía de depósitos, presenta igualmente ciertas dudas la viabilidad de que sea el sistema de garantías propio del *Host State* el que deba asumir los problemas de liquidez que se plantean a los depositantes de las sucursales establecidas en dicho *Host State*, cuando por otra parte las principales potestades de supervisión en orden a determinar la seguridad y solvencia de las entidades de crédito recaen sobre las autoridades del estado de origen (17). Si bien ya existe una armonización de dicho sistema en la mayoría de estados miembros, hay que destacar la existencia de algunas diferencias importantes en aspectos tales como la cuantía de los depósitos garantizados, o la cuestión sobre si únicamente las personas físicas o también las personas jurídicas están acogidas a dicho régimen de garantía de depósitos (18).

Por fin, la atribución a los supervisores del *Host State* de la responsabilidad primaria en la implantación de su propia política monetaria y la supervisión de la liquidez de las sucursales de entidades de crédito provenientes de otro estado miembro, no impide que puedan plantearse también dificultades en orden al acceso a la liquidez del Banco Central del *Host State*, atendido el

(15) Así, un banco establecido en un estado miembro puede abrir una cuenta y emitir un libro de cheques a favor de cualquier cliente perteneciente en otro estado miembro, o puede asimismo establecer cajeros automáticos en otros estados para uso de sus clientes.

(16) CRANSTON (1991), pág. 211.

(17) La necesidad de establecer una armonización de mínimos entre el régimen de garantía de depósito de los distintos estados miembros se ha establecido por parte de la recomendación 87/63/CEE.

(18) Ver al respecto a GRUSON & FEURING (1991), págs. 46-47.

dato ya señalado de que las principales funciones de supervisión sobre la solidez del conjunto de la entidad son ejercidas por otra autoridad supervisora. Sin duda tales aspectos tienen mucho que ver con el mayor retraso que el proceso de implantación del sistema monetario europeo presenta respecto a la regulación hasta aquí analizada de la libertad de establecimiento y prestación de servicios financieros en el conjunto de la Unión. Procede, pues, ocuparse de los efectos que la prevista Unión Monetaria puede tener en el régimen de supervisión de las entidades de crédito europeas.

III. LA SUPERVISION BANCARIA EN EL CONTEXTO DE LA UNION MONETARIA EUROPEA

1. Los Acuerdos de Maastricht

Las previsiones contenidas en los Acuerdos de Maastricht sobre consecución de la Unidad Monetaria Europea, especialmente en su definición institucional a través del Sistema Europeo de Bancos Centrales y la creación del Banco Central Europeo, presentan una indudable indefinición respecto al alcance de las facultades que tales instituciones pueden llegar a ejercer en el ámbito de la supervisión bancaria. Así, las referencias a las funciones de supervisión prudencial de las entidades de crédito contenidas en los indicados Acuerdos de Maastricht, se limitan a establecer diversos principios generales pendientes de concretar en muchos aspectos.

Pueden citarse en este sentido previsiones como las contenidas en el artículo 105.5 y 6 TM. En el primer apartado, se atribuyen al SEBC funciones "cooperadoras" en la buena gestión del ejercicio por parte de las autoridades competentes de los estados miembros de sus funciones de supervisión. Obsérvese al respecto que la mención a las autoridades competentes implica una aceptación implícita de que en esta materia los ordenamientos de los estados miembros pueden regular con especificidades propias el ejercicio de estas funciones. De hecho, en la actualidad existe una cierta dualidad en el ámbito de la Comunidad Europea entre aquellos ordenamientos que unifican el ejercicio de las funciones monetarias de supervisión en el Banco Central, otros como el español que contemplan un régimen de concurrencia entre el Banco Central y las autoridades administrativas y aquellos otros que atribuyen tales funciones a dos instancias plenamente diferenciadas (19).

(19) Sobre la estructura reguladores de los distintos estados miembros, ver a LOUIS (1989). También CEPR (1991), pág. 93.

El apartado sexto del indicado artículo 105 TM prevé, por su parte, la posibilidad de que por acuerdo unánime del Consejo se encomienden al Banco Central Europeo tareas específicas respecto a políticas relacionadas con la indicada supervisión, lo que implicaría en tales supuestos la atribución a dicho órgano del SEBC de la capacidad de elaborar reglamentos y adoptar decisiones.

En el protocolo sobre los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales, aprobado también en los Acuerdos de Maastricht, se limita el ámbito funcional de las actividades que pueden llevarse a cabo por parte del SEBC en relación a la supervisión bancaria a aspectos como las actuaciones relativas a promover un buen funcionamiento de los sistemas de pago (art. 3.1), o la contribución con las autoridades competentes para una buena gestión de las políticas que se lleven a cabo respecto a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero. La voluntad de dicho protocolo de no establecer en forma expresa una implicación del SEBC en las funciones de supervisión bancaria se pone asimismo de manifiesto en su artículo 14.4, cuando se indica que la integración de los bancos centrales de los distintos estados miembros en dicho sistema europeo se producirá sin perjuicio de que puedan ejercer tales bancos centrales, bajo su responsabilidad, funciones distintas a las previstas en los indicados estatutos, funciones estas que no se pueden considerar parte de las actividades propias del SEBC.

El protocolo de estatutos es en cambio más explícito, en relación a aquellas funciones de control administrativo sobre las entidades de crédito que aparecen más relacionadas directamente con los objetivos de la política monetaria, mediante facultades como la de exigir a las entidades de crédito establecidas en los estados miembros el mantenimiento de unas reservas mínimas en las cuentas del BCE y los bancos centrales respectivos, de conformidad con los objetivos de la política monetaria y pudiéndose imponer directamente sanciones por parte del BCE en los casos de incumplimiento (art. 19) así como establecer otros métodos operativos de control monetario (art. 20) y la aprobación de reglamentos destinados a garantizar unos sistemas de compensación y liquidación eficientes y solventes en el marco de la Unión (art. 22).

2. Sobre la implicación del SEBC en las funciones de supervisión

En concordancia con la previsión antes citada contenida en el artículo 105 del Tratado de Maastricht, el art. 25 del protocolo de estatutos contempla expresamente la posibilidad de que por parte del Banco Central Europeo, junto con las funciones de asesoramiento y cooperación con las autoridades competentes de los estados miembros, se lleven a cabo, previo acuerdo uná-

nime de la Comisión Europea, funciones específicas relativas a la supervisión bancaria, lo que implica la posibilidad de dictar reglamentos y adoptar decisiones e imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones establecidas.

Es destacable el hecho de que tales previsiones, que no suponen al menos directamente una implicación del Banco Central Europeo en las funciones de supervisión bancaria, difieren notablemente de las propuestas formuladas en el "informe Delors" y apoyadas por el comité de gobernadores de los bancos centrales europeos, en los que se atribuían importantes funciones de supervisión de los establecimientos de crédito a favor del Banco Central Europeo. Se proponía en efecto encomendar al mismo la coordinación de dicha supervisión, atribuyéndosele a tal efecto funciones como velar por la interpretación y la ejecución coordinada de la legislación comunitaria aplicable a la actividad de las entidades de crédito por parte de las autoridades de control de los estados miembros, pudiendo intervenir en casos individualizados directamente o a iniciativa de las autoridades de control de los estados miembros y estableciendo la sujeción de tales autoridades de control a la autoridad del Banco Central Europeo para la aplicación de tales medidas de supervisión (20).

La disminución del alcance de las funciones de supervisión del banco central europeo operada en los Acuerdos de Maastricht ha sido objeto de diversas críticas. Así, los autores del denominado informe Louis (21) constatan la conveniencia de una organización de supervisión de ámbito comunitario en la perspectiva de la existencia de establecimientos de crédito desarrollando sus actividades en diversos estados miembros. Así, se considera adecuada la exigencia de una autorización acordada por el Banco Central Europeo para aquellas entidades de crédito que alcancen una cierta dimensión, planteándose incluso la oportunidad de ofrecer a los establecimientos de crédito la posibilidad de elección entre dos estatutos, estatuto europeo o del estado miembro, en cuyo caso serían únicamente controlados por las autoridades del estado de origen, todo ello en función del alcance que pretendan tener sus actividades en el conjunto de la Unión Europea.

Se ha señalado asimismo (22) la inconveniencia del modelo de Banco Central de alcance limitado o ceñido exclusivamente a las funciones de política monetaria, sin una definición clara de su papel en el ámbito de la supervisión bancaria. Se destaca al respecto la importancia de un eficiente sistema de pagos en el conjunto de un mercado financiero europeo integrado, con in-

(20) Ver al respecto a LOUIS (1989), pág. 73.

(21) LOUIS (1989), pág. 75.

(22) PÉREZ (1992), págs. 4 y ss.

mediatas transferencias de fondos para la mejor liquidez de los mercados, considerándose en este sentido el papel irremplazable de un Banco Central en la gestión de tal sistema.

Se considera asimismo que tales funciones requieren un control de los riesgos de las entidades de crédito, así como la interdependencia entre las distintas funciones tradicionalmente llevadas a cabo por un Banco Central, tales como la participación y organización del sistema de pagos, su función como *lender of last resort*, la supervisión de un elemento clave del sistema financiero como son las entidades de crédito y la responsabilidad por la conducción de la política monetaria, señalándose en fin que si el Banco Central Europeo debe actuar como "prestador en última instancia" debe asumir una clara función supervisora para reducir los riesgos del crédito y para prever situaciones traumáticas que afecten a las actividades bancarias, así como evitar los riesgos de expansión sistémica a través del sistema de pagos, constatándose por tanto la necesidad de una agencia central de supervisión en el marco de un mercado financiero europeo integrado (23)

Los pronósticos sobre una inevitable centralización de la regularización bancaria en el ámbito de la Unión Europea o, dicho en otras palabras, de la creación de un sistema propiamente europeo de regulación y supervisión de las entidades de crédito son también frecuentes en otros autores (24), destacándose asimismo las dificultades de conseguir un mercado integrado de servicios financieros en un marco inestable de fluctuaciones monetarias (25). Tal perspectiva ha suscitado no obstante algunas dudas respecto a la legitimidad de que por parte de una organización independiente como el Banco Central Europeo se lleven a cabo funciones de coordinación y, por tanto, de ejercicio de autoridad, cuando no existen razones claras que avalen la necesidad de tal estatuto de independencia para llevar a cabo muchas de las funciones que implica la supervisión bancaria, destacándose en todo caso la procedencia de aplicar en este aspecto el principio de subsidiariedad en el sentido de atribuir a las organizaciones comunitarias solamente las funciones necesarias para poder conseguir los objetivos de interés comunitario, confiando el resto de actividades a la autoridad de los distintos estados miembros, lo que en el ámbito que nos ocupa significaría atribuir al Banco Central Europeo exclusivamente funciones reguladoras, quedando las funciones de supervisión y de ejecución de tales regulaciones en todo caso en manos de las autoridades nacionales (26).

(23) CEPR (1991), págs. 69 y ss.

(24) GOODE (1991), pág. 148, y NORTON (1991), págs. 169 y ss.

(25) USHER (1991), págs. 1-2.

(26) COSTI (1990), págs. 78 y ss.

Estas observaciones se efectúan con referencia obviamente al contenido del informe Delors y del comité de gobernadores de bancos centrales europeos, claramente matizado como hemos visto por parte de los Acuerdos de Maastricht. Espero que las consideraciones que se efectúan a continuación sobre el sistema de supervisión bancaria vigente en los Estados Unidos de América ofrezcan alguna luz respecto al debate hasta aquí planteado.

IV. LA SUPERVISIÓN BANCARIA EN EL ORDENAMIENTO NORTEAMERICANO: CARACTERIZACIÓN GENERAL

El ordenamiento bancario norteamericano, definido como *Dual Banking System*, tiene como uno de sus aspectos más característicos y significativos la multiplicidad de agencias administrativas que tienen atribuidas responsabilidades y potestades en el ámbito de la supervisión bancaria. Esta diversidad da lugar a la coexistencia de un sistema bancario de base estatal o federal en función de cuál sea la autoridad administrativa responsable del otorgamiento de la necesaria autorización (*charter*) para la intervención de los particulares en el negocio bancario.

La denominación de este sistema como *Dual Banking System* no refleja en su globalidad la complejidad del mismo, ya que si bien se puede hablar de una dualidad en tanto que da lugar a la existencia de bancos estatales (*state banks*) y federales (*national banks*) en función del ente que otorgue la correspondiente autorización, a su vez cada uno de los estados dispone de su propio ordenamiento y régimen bancario específico, por lo que resulta más apropiado hablar de un sistema bancario múltiple en el que coexisten tantos ordenamientos como estados, además del de base federal que da lugar a la existencia de los *national banks*.

A la complejidad derivada de esta multiplicidad de ordenamientos deben añadirse otros elementos fundamentales para la explicación del ordenamiento bancario norteamericano.

En primer lugar, la existencia de diversas autoridades de ámbito federal con competencias en materia bancaria, cuyo ejercicio se produce además frecuentemente en régimen de concurrencia. Pueden citarse en este sentido la *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC), agencia federal integrada en el Departamento del Tesoro a quien corresponde la autorización y supervisión de los *national banks*; la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), integrada en el mismo Departamento del Tesoro y encargada de gestionar el régimen de garantía de depósitos y a la que además corresponden como veremos importantes funciones supervisoras y reguladoras, y finalmente la *Federal Reserve* (FED), autoridad monetaria con estatuto de independen-

cia que ejerce las funciones propias de banco central pero que juega también un papel destacado en el ámbito de la supervisión bancaria (27).

Debe destacarse por otra parte que la configuración del *Dual Banking System* no da lugar a la creación de compartimientos estancos entre los diversos sistemas estatales y el sistema federal, sino todo lo contrario, ya que con excepción del OCC, cuyas competencias se centran exclusivamente en los *national banks*, tanto el FED como la FDIC ejercen importantes funciones supervisoras respecto a los bancos estatales. Así, y en función tanto del origen de la autorización administrativa obtenida para el ejercicio de actividades bancarias como de su relación con las diversas agencias federales se puede hablar de la existencia de distintas modalidades de entidades de crédito, a saber:

— *National Banks*, o aquellas entidades que han obtenido su *charter* del OCC, agencia en la que se centralizan la mayor parte de funciones supervisoras sin perjuicio de que tales *national banks* pertenezcan tanto a la Reserva Federal como a la FDIC.

— *State Member Banks*, denominados bancos estatales por haber obtenido el *charter* de la agencia propia del estado en que se produce su actuación, la cual ejerce también funciones de supervisión, pero que al mismo tiempo son miembros de la Reserva Federal y están asimismo sometidos a su supervisión y regulación en concurrencia y sobreposición con la estatal, perteneciendo por otra parte tales bancos al sistema federal de garantía de depósitos.

— *State non Members Insured Banks*, que son objeto también de *charter* y supervisión estatal y que, pese a no pertenecer a la Reserva Federal, son también objeto de supervisión y regulación de base federal por parte de la FDIC, en tanto que agencia encargada de la gestión del sistema de garantía de depósitos, del que también forman parte esta modalidad de bancos.

— *State non Insured Banks*, categoría ésta muy residual en tanto que se trata de bancos no integrados en el sistema de garantía de depósitos y que son objeto solamente de *charter* y supervisión estatal.

Esta estructura múltiple de las entidades de crédito difícilmente puede entenderse sin tener en cuenta algunas peculiaridades del contenido sustantivo

(27) A estos diversos entes federales con responsabilidades de supervisión bancaria hay que añadir asimismo los propios de determinadas entidades con régimen específico tales como las *Saving & Loans (S&L)* sometidas a la supervisión de la *Office of Thrift Supervision (OTS)* y las *Credit Union*. Atendida su importancia cuantitativa en el sistema de entidades de crédito norteamericano, el presente estudio se refiere fundamentalmente al análisis del régimen propio de la denominada banca comercial, sin perjuicio de las referencias específicas que convenga hacer a la regulación de estas otras entidades.

del ordenamiento bancario que nos ocupa, en especial en lo relativo a dos tipos de restricciones que confieren especificidad propia al régimen bancario norteamericano, a saber: en primer lugar las limitaciones sobre expansión geográfica de las entidades de crédito, cuyo ámbito de actuación es en todo caso de base estatal sin perjuicio que se trate de *national o state banks*. En segundo lugar, las relativas a las actividades distintas del concepto estricto de negocio bancario entendido como la aceptación de créditos y la concesión de préstamos, actividades aquéllas sometidas a un régimen restrictivo muy alejado del modelo de banco universal vigente en Europa. Es precisamente este doble ámbito de restricciones el que explica la importancia de las *Bank Holding Companies* o compañías mercantiles que controlan uno o diversos bancos y que tienen su propio régimen de supervisión, ejercido por la Reserva Federal sin perjuicio del régimen propio de los bancos subsidiarios de las indicadas compañías, que se inscriben en alguna de las modalidades antes indicadas.

La existencia de tan sustanciales diferencia respecto a los modelos reguladores vigentes en el contexto europeo no disminuye el interés del estudio de la dinámica que presenta en la actualidad el sistema norteamericano, en el que cabe destacar las tendencias relativas al proceso de federalización del ordenamiento bancario, en detrimento de la capacidad reguladora y supervisora de los estados, tendencias en las que además juega un papel predominante la necesidad de superación de las restricciones geográficas aún vigentes. Es significativa por otra parte la dinámica creada por las distintas propuestas de ampliación del campo de actividad de las entidades de crédito inscritas en el concepto de banca comercial.

V. EL MODELO REGULADOR Y DE SUPERVISION DEL DUAL BANKING SYSTEM

1. La concurrencia entre diversas agencias

El sistema descrito no genera, como he apuntado, compartimientos estancos, sino que da lugar a una confluencia de jurisdicciones tanto entre las diversas agencias federales como también entre éstas y los correspondientes reguladores estatales; debe recordarse así que excepto en la categoría como hemos visto muy residual de los *state non insured banks*, el resto de bancos estatales están sometidos a algún tipo de supervisión por parte de agencias federales, bien la *Federal Reserve* para aquellos casos en que el banco estatal pertenezca a su sistema, bien la FDIC para aquellos en que, a pesar de no ser miembros de la *Federal Reserve*, formen parte del sistema de garantía de depósitos federal. Por otra parte, los bancos nacionales, que obtienen su *charter* de una agencia federal como lo es la OCC, forman parte necesariamente, por prescripción legal, tanto de la *Federal Reserve* como de la FDIC.

Este sistema de concurrencia hace, pues, necesario detenerse en la estructura de las funciones supervisoras y reguladoras ejercidas por cada uno de los diversos agentes implicados en la supervisión bancaria. El profesor Scott (28) propone una explicación del sistema partiendo de la existencia de dos niveles de regulación, uno primario que corresponde a la *chartering authority* o agencia que otorga la correspondiente autorización, y un nivel secundario exclusivamente federal y mucho más especializado, derivado bien de pertenecer a la *Federal Reserve* o a la FDIC. El nivel primario es aquel en que según el mencionado autor, se concentran las más básicas funciones supervisoras, tales como la definición de los ámbitos de actividades e inversiones autorizables en el marco del negocio bancario, o la concesión de autorizaciones, con el consecuente control de la estructura de mercado a través además de las autorizaciones para fusiones y apertura de nuevas sucursales, o la autoridad para ordenar la clausura de un banco o semeterlo a un régimen de intervención (*receivership*). La función supervisora abarca asimismo la inspección regular de las correspondientes instituciones, y un conjunto de específicos poderes de aprobación respecto las actividades cotidianas de las entidades de crédito. Este nivel primario puede ser tanto de base estatal como federal respecto a los *national banks* sometidos a la supervisión del OCC.

Respecto al segundo nivel de supervisión, ejercido por las agencias federales que pueden considerarse más especializadas, esto es, la *Federal Reserve* o la FDIC, tiene una intensidad variable según de qué agencia se trate, así como si la actuación se produce sobre *state* o *national banks*. En estos últimos, el haz más importante de funciones supervisoras se sigue ejerciendo por parte del OCC (29), sin perjuicio de tener que aplicar en determinados supuestos las normas establecidas por las otras agencias federales, en lo que supone en la práctica una delegación de las mencionadas funciones.

El ejercicio de funciones supervisoras por parte del FED respecto de los *state members banks* tiene en cambio mayor intensidad, ya que implica entre otros el ejercicio de funciones inspectoras, la posibilidad de dictar *cease and desist orders*, la necesaria obtención de autorización para fusiones y apertura de sucursales o el sometimiento a las regulaciones del FED en materias como capital mínimo, pago de dividendos, autorización de inversiones, y en fin la propia cancelación de la condición de miembro de la *Federal Reserve*.

Aquellos bancos sometidos únicamente a la autoridad de la FDIC por razón de pertenecer al sistema federal de garantía de depósitos pueden, entre otros aspectos, ser objeto de inspección, *cease and desist authority*, necesidad

(28) SCOTT (1977), págs. 5-7.

(29) Así lo señala GLIDDEN (1980), pág. 371.

de obtener la aprobación para la apertura de sucursales, fusiones, adquisiciones, etc.

La dualidad reguladora tiene por otra parte una especificidad propia en el ámbito de los *Bank Holding Companies* (30) sometidas como ya sabemos a un régimen especial de supervisión por parte de la *Federal Reserve*, además del propio de cada uno de sus bancos subsidiarios, que en el seno de la misma compañía pueden tener diferente *charter* y condición, con las correspondientes consecuencias en cuanto al régimen de supervisión.

2. El debate sobre el DBS

Pese a que es unánime la opinión de atribuir a un accidente histórico el nacimiento del DBS, así como el reconocimiento generalizado de que si fuera necesario instaurar ex novo un sistema de supervisión pública bancaria difícilmente se generaría la estructura actual, ello no impide que se le considere a su vez una "vaca sagrada" del sistema bancario norteamericano, y que incluso las propuestas más federalizantes mantengan al menos algunos de sus rasgos más característicos.

Los argumentos más comunmente utilizados para defender las cualidades del DBS giran en torno a criterios como la necesidad de evitar una excesiva concentración de poder en una agencia federal que pretendiera centralizar las competencias de supervisión bancaria, o la conveniencia de mantener unos ciertos vínculos locales de la industria del crédito. Se constata asimismo que el DBS, combinado con el régimen de restricciones geográficas antes mencionado y que podremos estudiar más adelante con detalle, permite proteger los bancos locales de la competencia de las grandes compañías bancarias que, a pesar de la utilización de las *Bank Holding Companies*, encuentran sin duda más dificultades para obtener una posición de mercado predominante que las que encontrarían en un sistema de supervisión centralizada. De hecho, es corriente la explicación que atribuye al DBS la atomización del sistema bancario norteamericano (31).

Otros argumentos comúnmente utilizados hacen referencia a los efectos beneficiosos de la existencia de una competición entre reguladores, fomentada por la operatividad del *principle of choice*, que al dar a las entidades de crédito la posibilidad de escoger régimen regulador y de supervisión, fomenta una dinámica de sucesiva mejora en el ejercicio de las funciones supervisoras, consecuencia y efecto del interés de los diversos operadores públicos de

(30) Lo que lleva a GINSBURG (1981), pág. 55 a hablar del *Triple Banking System*.

(31) FRANKEL (1987), pág. 55.

no perder su cuota de mercado regulador, integrada por el número e importancia de los activos de las entidades sometidas a su régimen. Se ha señalado, en este sentido (32), que la operatividad del indicado *principle of choice* constituye un elemento clave, sobre todo si se tiene en cuenta que el cambio de regulador necesita únicamente la conformidad de la nueva *chartering authority*, es decir, aquella en cuyo ámbito se incorpora la entidad, sin que por parte de la autoridad anterior se pueda plantear ninguna objeción (33).

La dinámica así generada permitiría una constante mejora en la actuación de los diversos supervisores, operando el DBS como un "laboratorio" para la consecución de las normas más idóneas, obteniéndose así los efectos más beneficiosos tanto para el conjunto del sector como para los intereses públicos en juego (34). Se constata así la necesidad, para que exista un verdadero *Dual Banking System*, de una tangible separación de funciones entre reguladores estatales y federales, así como que tal separación dé lugar a la existencia de normas con contenido diferente (35).

Es necesario preguntarse hasta qué punto ésta competición no puede dar lugar a una disminución de los *standards* de una regulación que tiene como objetivo fundamental mantener la seguridad y solidez de las entidades de crédito en el desarrollo de sus actividades. Así, el *Dual Banking System* ha sido a menudo criticado por generar en la práctica una *competition in laxity*, que generaría finalmente efectos negativos respecto al mantenimiento de las mencionadas notas de seguridad y solidez de las entidades de crédito.

Excedería sin duda del alcance de este estudio intentar establecer hasta qué punto tal crítica se corresponde con la crisis que el sistema financiero norteamericano ha experimentado durante los años 80. Conviene señalar no obstante que el sistema de crédito norteamericano ha estado rodeado de una total estabilidad desde la crisis bancaria de 1933, y que la mencionada crisis de los años 80, excepto algún caso aislado, como el del *Continental Illinois Bank* (36), se ha concentrado especialmente en las *Saving & Loans*, sector éste que

(32) SCOTT (1977), págs. 8-9.

(33) 12 USC 214.

(34) Respecto a las dinámicas que pueden derivarse del *principle of choice*, SCOTT (1977), págs. 24-27, señala el número importante de conversiones hacia *National Banks* que se produjeron en el periodo 1961-66 correspondiendo con el mandato de James Saxon como *Comptroller of the Currency*, mandato que se caracterizó por una regulación más liberal respecto a la establecida por la *Federa Reserve* o incluso por diferentes interpretaciones de la misma regulación legal, como la establecida en 12 USC 24 respecto al alcance de la autorización por los bancos para llevar a cabo todas aquellas actividades incidentales pero inherentes al negocio bancario (*all such incidental powers as shall be necessary to carry on the business of banking*).

(35) SAXON (1963), pág. 317.

(36) Ver al respecto a LAPIDUS (1987), págs. 49-50 (11. 2-60).

representa una problemática específica (37) y en el que además la *competition in regulation* opera de forma bastante más atenuada, debido al papel claramente predominante jugado antes por la FHLBB y por la OTS a partir de 1989 en la regulación de esta modalidad específica de entidades de crédito.

A mi entender, merecen más consideración las reflexiones relativas a la existencia o no de un interés estatal en la regulación bancaria que justifique el otorgamiento a los legisladores y supervisores estatales de un papel destacado en la intervención administrativa en este sector. La defensa de la existencia de un interés estatal en la regulación bancaria, más allá de la relativa a los efectos positivos derivados de la *competition on regulation*, hace referencia a aspectos tan diversos como la protección de consumidores, o el interés por disponer de un cierto control sobre la actividad bancaria a fin de generar inversiones locales y facilitar el desarrollo de las propias industrias. En otras palabras, se considera que los bancos controlados localmente tendrán mayor sensibilidad para prestar atención a las necesidades crediticias de su comunidad, argumento éste juzgado de dudosa legitimidad frente a la operatividad constitucional de la *commerce clause*, en tanto que podría suponer algún tipo de restricción al principio de equidad que ha de presidir las relaciones económicas en el conjunto de la federación (38).

Son así comunes las argumentaciones relativas a la existencia de un interés federal preeminente derivado de aspectos como las consecuencias en el conjunto del sistema económico de la seguridad y solidez del sector bancario (39), o su incidencia en el sistema de pagos (40), pese a que los argumentos de más peso giran en torno a los efectos derivados de un sistema de garantía de depósito de base federal, tanto en su gestión como en su financiación, por lo que cabe hablar de la existencia de una *Moral Hazard* de los reguladores estatales en el ejercicio de unas funciones supervisoras que, caso de no cumplir su función esencial de asegurar la seguridad y solidez de las entidades bancarias, ninguna repercusión tienen en el indicado supervisor estatal, ya que las consecuencias negativas tendrán que ser asumidas a nivel federal, mientras que repercuten directamente en la economía estatal los posibles efectos beneficiosos derivados de la autorización por parte de los supervisores estatales de actividades más arriesgadas para la seguridad del negocio bancario.

(37) Para una diagnosis de la crisis de los S&L durante los años 80, ver a SCOTT (1990), y también a *US Treasury Department* (1991), págs. 1-14 y ss.

(38) Ver al respecto a MILLER (1986), págs. 341-342. Sobre el alcance de la *commerce clause* y el principio de *competitive equality* y su incidencia en el ordenamiento bancario, ver también a BUTLER & MACEY (1988), págs. 681 y ss.

(39) Así, FRANKEL (1987), pág. 64, señala los efectos negativos que para la cotización internacional del dólar tuvo la crisis del sistema bancario en los Estados de Ohio y Maryland.

(40) *US Treasury Department* (1991), págs. 1-67.

3. La relación entre regulaciones federales y estatales

A. El marco constitucional del DBS

Sin perjuicio de la mayor o menor bondad del referido modelo, se constata en cualquier caso la existencia de un sistema de competencia necesariamente imperfecto (41), especialmente en lo relativo a la dualidad regulación estatal-federal, ya que cuanto mayor sea la intensidad de la supervisión atribuida a las agencias federales, mayor será la homogeneidad a la que están sometidas las entidades supervisadas y menor el campo de juego para la competencia entre diversas opciones reguladoras (42). Para establecer el alcance real de tal dinámica, se hace necesario efectuar una breve reflexión sobre el marco constitucional en que se produce la confluencia entre reguladores estatales y federales.

En un sistema como el norteamericano, de base estrictamente federal en su proceso de creación, no resulta sorprendente que el debate sobre la regulación constitucional de los poderes de intervención pública en el sector del crédito se planteara originariamente respecto a la capacidad de la Unión para llevar a cabo tal intervención, capacidad que se vio confirmada por resolución judicial en 1819 en relación a la creación del *Second National Bank* (43). Esta resolución tuvo importancia fundamental en la interpretación del *Federal Commerce Power* y la consiguiente operatividad de la *preemption* en el ámbito que nos ocupa (44).

Los autores que se han ocupado del tema desde la perspectiva concreta del ordenamiento bancario se pronuncian de forma unánime respecto a la operatividad prácticamente absoluta de la *preemption* en este ámbito (45). Se puede, pues, afirmar, siguiendo la mencionada resolución de 1819, que el mayor o menor alcance de las competencias estatales en el ámbito del crédito depende exclusivamente de la voluntad del Congreso como consecuencia de la *Supremacy Clause* contenida en el artículo VI de la Constitución, sin perjuicio de que el mencionado ámbito material no esté incluido específica-

(41) Esta constatación lleva a LAPIDUS (1980), pág. 18, a definir el DBS como la coexistencia entre un National System y un State/Federal System, el cual a su vez presenta dos modalidades según se trate de *state members* o *state non members insured banks*.

(42) Así, GARTEN (1989), págs. 544-545, pone de manifiesto los efectos limitadores de una verdadera competencia derivados del dato de que todas las entidades de crédito están sometidas a alguna modalidad de regulación federal.

(43) *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316, (1819), *vid.* al respecto a MACEY & MILLER (1992), págs. 7-8.

(44) Para una consideración general sobre la operatividad de la *preemption* y el alcance de la *commerce clause*, véase por todos a TRIBE (1988), págs. 297 y ss.

(45) Pueden citarse entre otros a SCOTT (1980), págs. 690-95; REDFORD (1966), pág. 753; BUTLER & MACEY (1988), págs. 678 y ss; MILLER (1988), pág. 20.

mente en la relación de poderes o competencias expresamente atribuidas a la Federación.

No existiendo, pues, un marco jurídico rígido que configure el alcance de las legislaciones estatales y federal, el contenido y operatividad del *Dual Banking System* es susceptible de evolución constante, así como del correspondiente debate sobre su mayor o menor cualidad o las correcciones que puede convenir introducir.

B. La relación entre grupos normativos

En aplicación del examinado mecanismo de *preemption* del ordenamiento federal depende así de la voluntad del *Congress*, expresada en su actividad legislativa, que la virtualidad del DBS mantenga un mayor o menor alcance. Se hace pues necesario examinar con un cierto detenimiento el esquema de relaciones actualmente operativo entre regulaciones federales y estatales en el ámbito bancario.

Para la consideración del mencionado esquema de relaciones hay que recordar que la *competition in regulation* no se produce sólo en un sentido vertical, es decir, entre estados y regulador federal, sino que en determinados supuestos puede tener también carácter horizontal, operando por tanto entre diversos reguladores situados todos ellos en el ámbito federal.

Respecto a la relación federación-estados, conviene señalar las diferentes modalidades en que tal relación se puede poner de manifiesto; de acuerdo con la sistemática propuesta por el profesor Scott (46), pueden producirse diversas situaciones, en función de cuál sea el contenido concreto de las regulaciones establecidas sobre las diversas materias que integran el ámbito bancario, a saber:

— *Federal domination*, en base a la cual la regulación federal se aplica a todo tipo de bancos, en aplicación directa de la *preemption*, de acuerdo con la voluntad expresada por el Congreso.

— *Overlay requirements*, de aplicación en aquellos supuestos en que la falta de una contradicción manifiesta da lugar a que las entidades de crédito tengan que dar cumplimiento a la regulación federal y estatal.

— *Independence of regulatory system* supuesto en que los *national Banks* están sometidos a la regulación federal, y los *state banks* por su parte, lo están a la regulación del estado a que pertenecen.

(46) SCOTT (1980), págs. 688 y ss.

— *State domination*, en la que es la regulación estatal la que gobierna la relación tanto de los bancos estatales como de los nacionales, pudiéndose producir esta situación, a pesar de la *preemption*, bien por aceptación implícita deducida del silencio del legislador federal (47), bien por contener la regulación federal una remisión expresa al respecto.

Obviamente, la aplicación de este esquema puede variar de un estado a otro, según cual sea el contenido de sus regulaciones, complementario o no de las normas federales, pudiéndose también alterar la aplicación del modelo según la modalidad de banco de que se trate, como puede ser el caso de aplicación exclusiva de una norma federal al *national bank*, mientras que la misma norma puede ser de aplicación complementaria con la norma estatal para el *state bank*.

La relación entre grupos normativos no tiene, pues, carácter unidireccional, ya que junto con los ejemplos clásicos de *preemption*, puede haber también la remisión a las regulaciones estatales de aplicación incluso a los *national banks*. Por otra parte, como ya hemos señalado, la coexistencia entre diversas regulaciones sobre un mismo objeto se produce también en el ámbito bancario entre diversos reguladores federales, a cada uno de los cuales les corresponde la supervisión de diferentes bancos. Además, se debe tener en cuenta la situación específica en que se encuentran las *Bank Holding Companies*, cuya supervisión corresponde de forma exclusiva a la *Federal Reserve*, sin perjuicio del régimen propio de los bancos controlados por las mencionadas compañías, a las que se les aplica plenamente el esquema descrito según la modalidad de banco de que se trate.

Teniendo en cuenta este contexto, el presente estudio se centrará a partir de aquí en el análisis de algunos de los aspectos más significativos de la regulación bancaria norteamericana y que presentan especial interés desde la perspectiva del ordenamiento europeo en proceso de creación.

VI. LAS COMPETENCIAS DE NIVEL PRIMARIO Y SECUNDARIO EN MATERIA DE *CHARTERING*

1. Autorización administrativa previa para la creación de entidades de crédito como competencia de nivel primario

En la distribución de funciones entre los niveles primario y secundario de supervisión a los que hemos hecho mención anteriormente, las competencias que menos dudas aparentes suscitan en su atribución son precisamente las re-

lativas al proceso de *chartering* o autorización administrativa para intervenir en el negocio bancario, así como la consecuente potestad para acordar la revocación de ésta autorización. Tanto es así que, como ya se ha señalado, la titularidad de esta potestad de autorización constituye uno de los hechos más característicos del *Dual Banking System*. Ello se debe por una parte a que es precisamente la autoridad que concede la autorización el elemento decisivo para determinar la modalidad de banco y el sistema normativo de nivel primario que le es de aplicación, estatal si se obtuviera la autorización de una agencia estatal, o nacional si tal autorización fuera concedida por la agencia federal competente, esto es, la *Office of the Comptroller of the Currency*.

Por otra parte, esta dualidad de orígenes del *chartering* es también característica del DBS puesto que da lugar a la operatividad del *principle of choice* o posibilidad no tan sólo de escoger el tipo de *chartering* o régimen autorizador y regulador a que se quiere someter el particular interesado en entrar en el negocio bancario, sino también de cambiar tal régimen y optar por la autorización alternativa.

Esta posibilidad de escoger entre una regulación federal o estatal genera sin duda un cierto nivel de "competencia reguladora" en los términos antes descritos, competencia que, como consecuencia de las restricciones geográficas que podremos estudiar más adelante, se produce únicamente entre la regulación del estado en el que fundamentalmente se pretende llevar a cabo la actividad crediticia o bien la del OCC como agencia federal competente para la concesión del *charter*, autorización ésta que pese a dar lugar a la creación de un *national bank* permite el desarrollo de la actividad bancaria exclusivamente en el mismo ámbito territorial del estado en que originariamente se radique tal *national bank*.

Este elemento, que elimina de inicio una posible competencia reguladora horizontal, esto es, entre los diversos estados, si que podría generar en cambio una clara dinámica competitiva entre reguladores federales y de cada uno de los estados, dinámica que se ve no obstante fuertemente matizada por la presencia de las agencias federales de segundo nivel.

2. La intervención de las agencias federales de nivel secundario en el proceso de autorización

Ya se ha apuntado anteriormente el carácter emblemático que para la operatividad del *principle of choice* como elemento esencial del DBS tiene la existencia de una dualidad de autoridades administrativas competentes, en el ámbito federal y en el de cada uno de los estados para la concesión de un *charter* bancario.

(47) *Federal acquiescence*, según expresión utilizada por Scott, (1980), pág. 688.

No obstante, hay que destacar la circunstancia de que ya en el momento inicial de determinar las condiciones exigibles para la obtención de un *chartering* bancario, o adoptar la correspondiente decisión administrativa sobre concesión o no del mismo, el alcance de la decisión estatal se verá condicionado por la decisión que respecto a la misma autorización se pueda adoptar por el regulador federal de nivel secundario.

Debe recordarse al respecto el ya comentado carácter absolutamente residual que en el sistema bancario norteamericano tiene la modalidad de los bancos estatales que ni pertenecen a la reserva federal ni forman parte del sistema federal de seguros de depósitos (48). Así, la obtención de un *charter* estatal tiene por sí misma poco sentido si no va acompañada bien por la admisión en el *Federal Reserve System* en caso de que los solicitantes hayan optado por la creación de un *state member bank* bien por la aceptación en la *Federal Deposit Insurance Corporation* cuando se pretenda la creación de un *state non member insured bank*, por lo que se puede hablar de la exigencia de un *charter* secundario para la creación de una entidad de crédito estatal.

En este procedimiento secundario de autorización, las agencias federales disponen de plena autonomía de criterio, por lo que en ningún caso suponen un apoyo automático del *charter* inicial concedido por la autoridad estatal. Así, la solicitud de un *State Bank* para entrar a formar parte como miembro del *Federal Reserve System* deberá adecuarse a las normas y regulaciones establecidas por el propio *Fed Board*, el cual está sujeto, como única prescripción legal, a la necesaria consideración de aspectos como la condición financiera del banco solicitante, la cualificación de sus gestores y la coherencia entre las actividades a llevar a cabo y las prescripciones de la *Federal Reserve Act* (49).

La resolución positiva de incorporación al *Federal Reserve System* comporta, a su vez, la automática adscripción del nuevo banco a la FDIC, ante la que el *Fed Board* debe acreditar que se han tenido en cuenta los factores exigidos para el ingreso en el sistema federal de garantías de depósitos.

La incorporación en el sistema de garantía de depósitos de un banco estatal que no forme parte de la *Federal Reserve* requiere por su parte una resolución expresa de admisión por parte de la agencia federal aseguradora, en la que se tendrá en cuenta los mencionados factores.

(48) Tal y como señala HUBER (1992), pág. 132, éste carácter residual se ha convertido prácticamente en una "sentencia de muerte" para los *state non insured Banks* con la promulgación de la FDICIA de 1991, que en su párrafo 151 impone severas restricciones a su actuación.

(49) 12 USC 321 y 322.

Es destacable al respecto el hecho de que mientras la obtención del *chartering* estatal requiere la producción simultánea de dos resoluciones, es decir, la propiamente autorizatoria y la aceptación bien en la Reserva Federal, bien en el sistema federal de garantía de depósitos, las resoluciones que se adopten en la esfera federal, a pesar de tratarse de diversas agencias totalmente independientes entre sí, tienen en cambio efectos comunicantes por lo que respecta a su adscripción.

Debe observarse en este sentido que la obtención de un *charter* federal, a conceder por parte del OCC y que da lugar a la creación de un *national bank* tiene como efecto inmediato y simultáneo la incorporación de la nueva entidad a la Reserva Federal y al sistema de garantía de depósitos, siendo suficiente para ésta doble incorporación la obtención del *charter federal* concedido por el OCC. Para ello, a partir de la creación de la FDIC con la *Banking Act* de 1935, se requiere al *Comptroller* que certifique ante la FDIC que en el proceso de concesión del *charter* bancario se han contemplado los mismos aspectos exigibles por la agencia aseguradora de depósitos para la admisión de los bancos estatales en el referido sistema de garantía de depósito (50). El OCC juega así un papel de ejecutor de las regulaciones establecidas por las restantes agencias federales, así como de las suyas propias, ejerciendo para los *national banks* un papel casi exclusivo de supervisión, en ejecución de sus propias regulaciones, así como en delegación de las restantes agencias federales (51). La creación de un *national bank* en virtud del *charter* otorgado por el OCC da lugar asimismo a su inmediata adscripción como miembro de la *Federal Reserve*, previo desembolso del capital requerido.

El régimen de concurrencia que se produce en cambio en el nivel estatal entre la autorización administrativa a conceder por parte del supervisor de primer nivel, esto es, la correspondiente agencia estatal y la resolución que necesariamente debe adoptar el supervisor de segundo nivel, implican a mi entender una fuerte matización en la dinámica que hipotéticamente se podría generar como consecuencia de la operatividad teórica del *principle of choice*, ya que se hace difícil pensar en la existencia de diferencias tan sustanciales en el momento de determinar los requisitos exigibles para la incorporación a alguna de las agencias federales, produciéndose por tanto una importante homogeneización en este nivel federal de las posibles diferencias que puedan generarse entre los requisitos a cumplimentar para la obtención de un *charter* federal o estatal.

Así, a pesar de que se puede hablar de un modelo normativo en esta materia de independencia entre las diversas regulaciones, estatales y federales,

(50) USC 12.1814. Ver al respecto a MACEY & MILLER (1992), págs. 84 y ss.

(51) Así lo señala GLIDDEN (1980), págs. 370-371.

en realidad este modelo se ve fuertemente matizado tanto por la necesidad práctica de obtener el *charter* secundario como también por la general homogeneidad que se produce en la regulación de los criterios a tener en cuenta para la concesión de las autorizaciones que nos ocupan (52).

3. La intervención de las agencias de nivel primario y secundario en las situaciones de crisis

Los efectos condicionantes que de facto genera la intervención de las agencias federales de segundo nivel no se limitan a la determinación de los requisitos exigibles para la obtención de la adscripción federal (a la reserva federal o al menos a la FDIC), sino que también se extienden, además de al conjunto de la actividad supervisora tal y como se verá más adelante, a los aspectos relativos a las situaciones de crisis de las entidades de crédito, que pueden dar lugar a la adopción de medidas de intervención o incluso de clausura, mediante la revocación de la correspondiente autorización.

En este aspecto, si bien la potestad de revocación del *charter* corresponde a la misma autoridad que lo concedió, es innegable el efecto homogeneizador derivado de los poderes que ostentan las agencias federales de segundo nivel en aspectos como la posibilidad de dictar *cease and desist orders*, o de acordar la exclusión del sistema, en el caso de la Reserva Federal, así como las facultades que ostenta la FDIC también para dictar *cease and desist orders*, sus poderes en materia de intervención en situaciones de crisis, o su capacidad para acordar la suspensión de la adscripción de la entidad al sistema de garantía de depósitos, aspectos todos ellos que condicionan evidentemente la autonomía que pueda existir en la adopción de una resolución revocatoria por parte de la *charter authority*. Así, la adopción de una decisión de suspensión de la adscripción al sistema de garantía de depósitos por parte de la FDIC puede suponer en la práctica la inmediata revocación del *charter* otorgado por la agencia de nivel primario y muy probablemente los mismos efectos tenga la suspensión en la condición de miembro del *Federal Reserve System*.

(52) Así lo señalan MACEY & MILLER (1992), págs. 110 y 111. Tal como indican estos autores, esta homogeneidad puede llegar a niveles de verdadera supeditación a la resolución federal, en la que por tanto deja de ser operativo el mencionado esquema de independencia en materia de *charter*. Esto es lo que por ejemplo sucede en el estado de Florida, en el que no se contempla la existencia de bancos estatales no integrados en el sistema federal de garantía de depósitos. Ello da lugar a que una vez obtenido el *charter* estatal, se concede un plazo máximo de 6 meses para que se solicite la adscripción a la FDIC, bien directamente, bien solicitando la incorporación como miembro del *Federal Reserve System*. Si no se cumple el plazo, o la solicitud es denegada, se producirá la automática revocación de la autorización concedida por la agencia estatal.

Debido a causas como la crisis bancaria de los años 80, así como por la innegable implicación que en su círculo específico de intereses generan las situaciones de crisis de las entidades de crédito, la promulgación de recientes normas como la FIRREA 1989 y la FDICIA 1991 ha otorgado mayor relevancia al papel de la FDIC frente a la existencia de estos procesos, refuerzo que se produce no tan sólo delante de los reguladores estatales, sino también respecto al resto de agencias federales.

En el esquema tradicional de gestión de las crisis bancarias, la iniciativa de intervención frente a las situaciones de insolvencia se sitúa en las autoridades de nivel primario, a quienes corresponde acordar la intervención de la entidad y el correspondiente nombramiento de un gestor fiduciario (*receiver-ship*), función ésta ordinariamente ejercida por la FDIC. Este nombramiento se produce dentro del proceso de revocación de la autorización y consecuente clausura de la entidad como consecuencia de su situación de insolvencia, decisiones todas ellas que corresponde adoptar al supervisor de nivel primario (53). Este esquema ha sido muy criticado (54), en cuanto que genera una demora en la adopción de las correspondientes decisiones, que se adoptan además por parte de unas agencias supervisoras que no son las directamente implicadas *a posteriori* en la situación de insolvencia, ya que deberá ser precisamente la FDIC quien gestione la entidad afectada como *receivership*, debiendo asumir también el coste económico de la crisis producida.

Es por tal razón que la FDICIA 1991 introduce entre sus prescripciones la doctrina de "intervención preventiva" (*early intervention doctrine*), de acuerdo con la cual, mediante un refuerzo de las funciones supervisoras de la FDIC, se permite a esta agencia federal requerir a las otras agencias reguladoras, federales o estatales, para la adopción de determinadas acciones respecto a entidades con problemas de solvencia, tales como imponer mayores restricciones en sus actividades y funciones a medida que decline su salud financiera, establecida en términos de niveles de capital para responder del pasivo contraído por la entidad, todo ello con el objeto de conseguir el mínimo coste posible a largo plazo para el fondo de garantía de depósitos (55). Puede asimismo requerir la FDIC a la correspondiente agencia de nivel primario para que declare a la entidad en cuestión en situación de *conservatorship*, o en caso de que las otras agencias no adopten tales medidas, adoptarlas la FDIC por sí misma, en lo que supone de hecho una habilitación para subrogarse en la posición de las agencias reguladoras de primer nivel, generándose así una posición privilegiada de la agencia aseguradora

(53) En el caso del OCC, de acuerdo con lo establecido a 12 USC 191, 203.

(54) Ver al respecto a DOUGLAS (1992), pág. 26.

(55) 12 USC 1821 c. 5.

tanto respecto a los supervisores estatales como también en relación a las otras agencias federales (56).

Estas facultades de intervención preventiva se ven completadas por la capacidad, introducida también por la FDICIA 1991, de acordar directamente la clausura de una entidad bancaria que presente problemas de solvencia, si bien ello se prevé especialmente para los *state insured non member banks*, esto es, los bancos estatales que no son miembros de la Reserva Federal, pero están integrados en el sistema de seguros de depósitos (57). Tal capacidad de acordar directamente la clausura se extiende asimismo al resto de entidades de crédito, en aquellos casos en que concurren las circunstancias que justifiquen la intervención de la entidad, y la misma resulte necesaria para evitar o mitigar las pérdidas para el fondo de garantía de depósitos.

VII. EL REGIMEN DE IMPLANTACION TERRITORIAL DE LAS ENTIDADES DE CREDITO

1. La limitación de la actividad bancaria interestatal a las subsidiarias de las *Bank Holding Companies*

Frente a un modelo originario que circunscribía la actividad bancaria a la plaza en que se iniciaron sus actividades, que actualmente puede considerarse superado con carácter general tanto para *national banks* como para *state banks*, la regulación vigente se caracteriza por el modelo de *state dominance* conforme al cual corresponde a los estados la regulación del régimen de expansión territorial tanto de las entidades sometidas a su supervisión como también respecto a los *national banks*, todo ello de conformidad con la *McFadden Act* de 1927. Junto con la remisión establecida por esta norma, que al mismo tiempo prohibió la expansión interestatal tanto de los *national banks* como de los *state banks* miembros de la Reserva Federal, hay que señalar asimismo el contenido de la *Douglas Amendment* (58), por la que se prohibió expresamente a las BHC la adquisición de subsidiarias bancarias en otros estados que no fuera el de origen excepto en aquellos casos en que la legislación del estado así lo permita de forma expresa.

La introducción de esta prohibición otorgó una gran virtualidad a las indicadas BHC, dado que en tanto que se atribuyó a los legisladores estatales la capacidad para autorizar la presencia en su territorio de *bank holding*

(56) 12 USC 1818 (t). Ver al respecto a HUBER (1992), pág. 3 10. También a MACEY & MILLER (1992), págs. 279 y ss.

(57) 12 USC 1821 (C) (9).

(58) 12 USC 1842 (d).

companies radicadas en otros estados, se estaba aceptando indirectamente la posibilidad de que a través de las BHC se estableciera un modelo de *nationwide banking*. Dicho en otras palabras, se confirió a los estados el poder de controlar la expansión de las BHC a través de los límites de los diferentes estados.

Es significativo asimismo el hecho de que con anterioridad a la *Douglas Amendment* esta posibilidad de expansión dependía únicamente del FED Board (59) en tanto que agencia supervisora de las BCH, poder éste que quedaría limitado por la indicada regulación a establecer por los distintos estados (60).

La legislación de la mayor parte de los estados acepta, con diversos matices, la adquisición de bancos del propio estado por parte de compañías bancarias provenientes de otros estados. Se ha afirmado en consecuencia que la principal finalidad que tiene actualmente la creación de *bank holding companies* es precisamente la de poder mantener una presencia en el negocio bancario más allá de los límites territoriales del estado de origen (61).

Tal regulación de la actividad bancaria interestatal ha sido no obstante objeto de frecuentes críticas. En primer lugar en relación a los efectos generados por la necesidad de que la actividad bancaria interestatal deba articularse a través de compañías subsidiarias de la compañía matriz, cada una

(59) Así lo señala CROCKETT (1986), pág. 838.

(60) Tal y como señala FEIN (1980), págs. 692-693. La *Supreme Court* ha declarado en diversas ocasiones la sujeción del *Fed Board* a la legislación del correspondiente estado en materia de autorización de adquisiciones de entidades de crédito por parte de *bank holding companies* provenientes de otros estados.

(61) Hay que destacar no obstante la aparición del fenómeno del regional banking derivado de la estrategia de diversos estados de aceptar la presencia de *bank holding companies* foráneas en un estricto régimen de reciprocidad, limitándolo a determinados estados normalmente colindantes y teniendo en cuenta la existencia de similitudes en aspectos como importancia de los respectivos mercados financieros, legislación bancaria y dimensión de las instituciones, pero no haciendo extensiva tal reciprocidad al conjunto de la nación en un intento de evitar así la expansión y predominancia de las compañías bancarias provenientes de los mayores centros financieros como Nueva York o California. HOFFMAN & EDGE (1984), págs. 392 y ss. citan diversos ejemplos de regional banking como el *New England Compact* o la propuesta de *Southern Region* contenida en la legislación sobre esta materia producida por el estado de Georgia. GINSBURG (1981), págs. 1227 y ss., ofrece también algunos ejemplos de regional banking. Según se indica en *US Treasury Department*, (1991), en esta fecha 33 estados permitían el *Nationwide banking* a través de BHC, 13 tenían una regulación de regional banking y solamente 4 mantienen una prohibición total de cualquier actividad bancaria interestatal. La indicada práctica del regional banking ha sido criticada por algunos autores al considerarla contraria a la *Commerce Clause* tales como CROCKETT (1986), págs. 823 y ss., y también MACEY & MILLER (1992), págs. 135-136. Ello no obstante, la *Supreme Court* se ha pronunciado a favor de la habilitación de los estados para crear tales regiones bancarias en el caso *Nort East Banking Corp Inc. v. Board of Governon of the Federal Freserve System* 472 US 159 (1985).

con personalidad jurídica propia y dotada de su propia estructura independiente y completamente separada, que establece su relación con la *holding company* exclusivamente a través de la titularidad de la totalidad o parte de su capital.

Junto a los problemas de eficiencia que tal modelo comporta hay que referirse también a la complejidad que ello plantea en cuanto al sistema de supervisión, en el que se producen numerosos fenómenos de concurrencia y superposición entre diversas instancias supervisoras. Ello es debido al hecho de que el indicado modelo no condiciona la modalidad de banco subsidiario a que puede acogerse la compañía bancaria en sus actividades interestatales. Así, tales compañías pueden ser titulares indistintamente de bancos nacionales, bancos estatales miembros de la Reserva Federal o bancos estatales que no sean miembros pero estén integrados en el sistema federal de garantía de depósitos, sin perjuicio además de que tales diversas modalidades de bancos subsidiarios puedan coexistir en el mismo estado o en diversos estados. En consecuencia cada modalidad de banco subsidiario tiene su propio régimen de supervisión sin perjuicio del propio de la *bank holding company* que corresponde ejercer a la Reserva Federal.

2. La crítica a las restricciones geográficas

Junto a tales problemas, se aducen asimismo razones de inadecuación de las restricciones geográficas respecto a la estructura económica del mercado norteamericano y sobre todo en relación a los avances tecnológicos que en materia de transferencia de fondos y prestación de nuevos productos financieros se ha producido en los últimos años (62). Se señala asimismo que las restricciones geográficas dan lugar al surgimiento de "cárteles reguladores" especialmente sensibles a los intereses de las entidades bancarias de base local y con tendencias por tanto proteccionistas respecto a la entrada de entidades foráneas, esto es, provenientes de otros estados de la Unión, con los consiguientes efectos negativos respecto a la capacidad de elección de los consumidores y en general respecto a los efectos favorables que se generarían en un contexto de mercado de servicios bancarios más abierto (63).

Los efectos desfavorables que para el conjunto de la actividad bancaria se derivan de las restricciones geográficas se extienden también al agravio comparativo que tales restricciones producen en relación a las actividades de otras

(62) Este fenómeno se pone en manifiesto entre otros por parte de WILMARTH (1990), págs. 1140-41.

(63) Ver al respecto a BUTLER & MACEY (1988), págs. 708 y ss., WILMARTH (1990), págs. 1139 y ss., y GINSBURG (1981), págs. 1165 y ss.

compañías que intervienen asimismo en el sector financiero pero no están sometidas a la regulación bancaria y a las que por tanto no se aplican las restricciones de constante referencia. Pueden citarse en este sentido proveedores de servicios financieros tan diversos como los fondos de inversión colectiva (*Mutual Funds*), agencias que actúan en el mercado de valores (*Securities firms*), compañías de seguros, de *leasing* o los sistemas de pago y crédito como los suministrados por *American Express* o los recientemente promovidos por otras compañías (64). Finalmente se señala también la contribución de tales restricciones a la pérdida de peso relativo de los bancos norteamericanos en el contexto internacional, especialmente en relación a los bancos japoneses y europeos, poniéndose especial énfasis en los efectos que en orden a incrementar esta diferencia pueden derivarse de la segunda directiva bancaria promulgada por la Comunidad Europea (65).

Como consecuencia de todo este conjunto de disfunciones, la inevitabilidad de una evolución hacia el *natiowide branching* y la supresión o al menos importante disminución de las actuales restricciones geográficas constituyen un denominador común en los pronunciamientos de la literatura especializada, habiéndose manifestado asimismo en este sentido de forma explícita la administración federal en sus más recientes reflexiones sobre la estructura de la regulación bancaria (66). Es no obstante revelador que pese a este conjunto de pronunciamientos, ninguna de las propuestas de *nationwide branching*, la más reciente incluida en el proyecto de ley que daría lugar a la FDICIA 1991, haya conseguido superar los trámites del Congreso en una clara demostración de la influencia de que aún disfruta el cártel regulador bancario en diversos estados.

3. Incidencia de las propuestas de supresión de las barreras geográficas en el actual sistema de regulación y supervisión

A. La función de las agencias estatales

Si casi unánime es el criterio respecto a la conveniencia de suprimir tales restricciones geográficas, distintas son en cambio las posturas respecto a sus efectos sobre el actual sistema de regulación y supervisión. Así, algunos autores consideran que para generar una verdadera dinámica competitiva entre

(64) Ver sobre esta cuestión a Ryan, (1992), pág. 2 y también a Ginsburg, (1981), pág. 1248.

(65) Así se señala en *US Treasury Department* (1991), págs. 1-16.

(66) A favor de la desregulación de los vigentes restricciones geográficas se pronuncian en efecto los más recientes informes oficiales tales como el *US Treasury Department* (1991), págs. 10 y ss., y BUSH (1984). Entre los autores especializados puede mencionarse a BUTLER & MACEY (1988), págs. 713 y ss., GINSBURG (1981), págs. 1314 y ss., FEIN (1990), págs. 698 y ss., WEINSTEIN (1992), págs. 1110 y ss., y MACEY & MILLER (1992), págs. 122 y ss.

reguladores, la supresión de las restricciones territoriales debena ir acompañada de la desaparición del *charter* federal, proponiendo la atribución en exclusiva a los diversos estados de la capacidad de concesión de autorizaciones administrativas para intervenir en el negocio bancario, siendo así suficiente la obtención de este *charter* estatal para el desarrollo de la actividad bancaria en todo el territorio de la Unión, en un régimen análogo al del *corporate charter* o autorización administrativa necesaria para la actuación de las compañías mercantiles (67). Una propuesta de este tipo no está exenta de problemas, en tanto que en el proceso de supervisión de entidades de este tipo se produce una clara implicación de los intereses de diversos estados de forma análoga a los problemas contemplados por la segunda directiva bancaria europea.

Así, en la hipótesis más sencilla de un banco radicado en el estado A que decida abrir una sucursal en el estado B (68), el estado A no puede renunciar a ejercer un control de las actividades de la sucursal radicada en el estado foráneo dado que podría ponerse en riesgo la solvencia del conjunto de la entidad. El estado B por su parte está también razonablemente implicado en controlar las prácticas de la sucursal instalada en su ámbito, tanto respecto a la legalidad de tales prácticas como por el hecho de que tal sucursal está aceptando depósitos de residentes en el estado B en beneficio de la entidad bancaria radcada en el estado A. Se plantea pues, al igual que en el caso europeo, la disyuntiva entre atribución de las principales funciones supervisoras bien al estado de origen, bien a cada uno de los estados de acogida en que se produzca la implantación de sucursales.

En las propuestas de la administración federal sobre *nationwide banking* a través de la apertura de sucursales (69), constituye elemento teleológico de las mismas el de favorecer la libre prestación de servicios de tal que forma que se niega la capacidad de un estado para impedir la apertura de una sucursal perteneciente a un estado diferente. Ello no obstante, se recomienda la aplicación de las regulaciones propias del *Host State* a fin de evitar la existencia de incentivos reguladores que favorezcan la obtención de *charter* en el estado con una regulación más liberal para con posterioridad expandirse al resto de estados mediante la abertura de sucursales. Se considera en definitiva que cada estado ha de disponer de autoridad para supervisar las actividades de los bancos que operen dentro de su ámbito territorial.

Más allá de las recomendaciones antes comentadas sobre la necesidad de atribuir funciones supervisoras al *Host State* en un hipotético contexto de su-

(67) En este sentido se pronuncian BUTLER & MACEY (1988), pág. 713, y de forma más matizada MILLER (1987), págs. 12 y ss.

(68) Se sigue aquí el ejemplo propuesto por GINSBURG (1981), pág. 1254.

(69) Ver al respecto *US Treasury Departernent*, (1991), pág. 53.

presión de las restricciones geográficas, ninguna otra referencia se formula respecto a las funciones que quedarían en manos de los estados dentro de la compleja estructura de supervisión que aquí se examina. Tal falta de referencia, tal y como se hace constar expresamente (70), se debe a que el pronunciamiento de la administración federal pretende ser respetuoso con las competencias propias de los estados respecto a la regulación del régimen de expansión de sus entidades de crédito. La aprobación de la propuesta federal se hubiera traducido así en la sustitución del actual esquema de *state dominance* en materia de restricciones geográficas por el de independencia de sistemas reguladores, según el cual se produciría la desregulación de las limitaciones territoriales exclusivamente respecto a los *national banks*., dejando sin efecto la vigente remisión a la regulación de cada uno de los estados contenida en la *McFadden Act* y la *Douglas Amendment*. Se puede considerar no obstante como muy previsible que una medida federal de este tipo iría seguida de desregulaciones similares de los estados respecto a sus bancos, al menos en aquellos que constituyen centros financieros importantes, a fin de evitar una desventaja competitiva que pudiera dar lugar a una fuga de bancos estatales hacia el *chartering* y la regulación federal mediante su conversión en *national banks*.

Junto a las necesidades de coordinación entre las distintas agencias estatales que tal propuesta generaría, se confirma el criterio de mantener en todo caso las actuales funciones supervisoras de ámbito federal, por lo que parece claramente predecible que la hipótesis de supresión de las restricciones geográficas repercuta en una mayor federalización del sistema de supervisión bancario norteamericano. Se constata así que las propuestas de regulación basadas en *charter* estatales con desaparición del *charter* federal, no dan respuesta a los problemas ya referidos de *moral hazard* propios de la regulación estatal de las entidades de crédito.

En relación al papel supervisor y regulador que podrían jugar los estados en un contexto de total liberalización de la expansión territorial de las entidades de crédito, hay que mencionar las propuestas contenidas en el ya citado informe Bush sobre reforma de la legislación bancaria. Se pone de manifiesto en este informe (71) el dato de que en el ámbito donde se producen más duplicidades es en el de los bancos estatales, que están sometidos a una doble supervisión del estado como regulador primario y del FED o la FDIC como regulador secundario, siendo esta última cada vez más importante debido al proceso de federalización progresiva de la legislación bancaria. En este contexto, el informe de referencia pone el acento, como una de sus propuestas más significativas, en el *certification program* de acuerdo con el cual se propone articular un proceso de

(70) *US Treasury Departament* (1991), pág. 61.

(71) BUSH (1984), págs. 32 y ss.

delegación de funciones supervisoras y de ejecución de la legislación federal a las agencias supervisoras estatales, pero no indiscriminadamente sino supeditada a la obtención de la correspondiente certificación, que se otorgaría de forma selectiva únicamente a favor de aquellas agencias estatales que ofrezcan suficientes garantías en el ejercicio de tales funciones (72).

B. La incidencia en la estructura federal. El papel de la autoridad monetaria

Parece claro en todo caso que la implicación de los intereses federales y por tanto la necesidad de mantener una estructura de supervisión centralizada para el conjunto de la unión a través del mecanismo constitucional de la *preemption* se mantiene en todos aquellos campos relacionados con la solidez y solvencia de las entidades de crédito, debido a la naturaleza federal del sistema de garantía de depósitos que como se ha apuntado anteriormente tiene naturaleza pública y está directamente vinculado a los presupuestos federales (73).

Se constata también que el interés federal no se agota en el sistema de garantía de depósitos; así, y con argumentos similares a los formulados en la crítica a los Acuerdos de Maastricht de la que nos hemos ocupado mas arriba, debe tenerse en cuenta que la situación de solvencia de las entidades de crédito afecta directamente a la Reserva Federal en cuanto actúa como Banco Central encargado de garantizar la liquidez de las entidades a través de mecanismos como la ventanilla de descuento y su papel de *lender of last resort*. Pueden mencionarse también otros elementos como la conveniencia de mantener un sistema de pagos y compensación de alcance federal ya existente en la actualidad, así como la implicación entre política monetaria y supervisión bancaria con la consecuente conveniencia de mantener o incluso incrementar las funciones supervisoras de la Reserva Federal, o incluso la necesidad de mantener un sistema específico de supervisión por razones directamente ligadas a la política económica general.

Por todos estos motivos se ha incrementado ya sensiblemente el proceso de federalización del sistema bancario norteamericano, siendo ejemplo de ello el régimen de reservas obligatorias establecido con alcance general para

(72) Se contempla asimismo que la delegación de funciones no sea general para todas las entidades sino condicionada al tamaño de las mismas, BUSH (1984), pág. 32.

(73) Hay que destacar al respecto el dato de que la naturaleza federal del sistema de garantía de depósitos y su vinculación a los presupuestos de la Unión puede afectar directamente a los mismos en aquellos casos en que las obligaciones a que debe responder la FDIC no puedan ser afrontadas por sus propios fondos, tal y como sucedió durante la pasada década de los 80 a consecuencia de la crisis de las SAVING & LOANS.

todo tipo de entidades, incluidos los *state non member insured banks*, a partir de la *Depository Institutions Deregulation & Monetary Control Act* de 1980, que atribuye a la Reserva Federal la capacidad para establecer dicho régimen de reservas.

Este aspecto, junto con los efectos derivados de la naturaleza federal del sistema de garantía de depósitos, ha dado lugar a otras propuestas de reestructuración del *Dual Banking System* que, propugnando también la supresión de las actuales restricciones geográficas, ponen el acento en una mayor federalización del sistema de supervisión. Se considera en este sentido (74) que la supremacía federal en materia de comercio interestatal así como la progresiva globalización de los mercados financieros no tan sólo a nivel federal sino también internacional, justifican cada vez más la indicada federalización de la regulación bancaria y ponen de manifiesto la necesidad de establecer una única autoridad reguladora de ámbito federal.

Por otra parte, las propuestas de reestructuración del vigente sistema de supervisión no se refieren únicamente a la dialéctica poderes federales *versus* poderes estatales, sino que alcanza también a la propia estructura federal, que en su organización actual también presenta serias disfunciones (75), lo que ha dado lugar a una propuesta de reducción de las actuales agencias federales con poderes de supervisión bancaria (76). Para llevar a término esta reducción, se propone el mantenimiento de las funciones supervisoras de la Reserva Federal centradas únicamente en los bancos estatales y sus *holdings companies*, incluyendo en este ámbito también aquellos que no son miembros de la Reserva Federal, por lo que en este caso la Reserva Federal asumiría las funciones supervisoras actualmente ejercidas por la FDIC, que pasaría a tener así un papel estrictamente de gestión del sistema de garantía de depósitos. Se prevé por otra parte la creación de una nueva agencia, la *Federal Banking Agency* (FBA) que asumiría las funciones de supervisión sobre las *Saving & Loans* así como las del OCC respecto a los *nationals banks* a las que se añadirían las de supervisión de las BHC de tales *national banks*.

A mi parecer, tal criterio de división de funciones es del todo arbitrario, ya que ninguna justificación se aporta para atribuir la supervisión de los *state banks* y sus BHC a la Reserva Federal y no en cambio los *national banks* y sus BHC, que no tienen por qué ser de menor dimensión o tamaño, sobre to-

(74) Por parte de FEIN (1980), págs. 698-70.

(75) Como ejemplo de tales disfunciones, en *US Treasury Department* (1991), pág. 63, se pone el ejemplo de una *bank holding company* propietaria de un banco estatal no miembro de la Reserva Federal que es supervisada por tal Reserva en tanto que BHC, mientras que correspondería a la FDIC la supervisión del banco subsidiario que a su vez estaría sujeto a la supervisión del estado correspondiente.

(76) *US Treasury Department* (1991), págs. 65 y ss.

do en un contexto de *nationwide branching*. Se justifica en dicha propuesta la implicación del Departamento Federal del Tesoro en la supervisión de las BHC de los bancos nacionales a través de la FBA en la necesidad de que la administración federal asuma sus responsabilidades en el correcto funcionamiento del sistema financiero y económico, jugando a tal efecto un papel relevante en la regulación y supervisión bancaria, a lo que se añade la implicación del presupuesto federal en la gestión del sistema de garantía de depósitos y las medidas de intervención de las entidades con problemas de solvencia. No se explica en cambio por qué tal asunción de responsabilidades no se extiende al conjunto del sistema bancario y se mantienen en cambio importantes funciones supervisoras en manos de la Reserva Federal que tiene un estatuto de agencia independiente, no extendiéndose por tanto a su actuación la responsabilidad de la administración federal (77).

En un informe anterior, emitido también por la administración federal (78), se defiende la necesaria implicación de la agencia responsable de la política monetaria en las funciones de regulación y supervisión bancaria por su interrelación directa con las funciones de política monetaria y especialmente en relación a la función de la Federal Reserve respecto a la liquidez de las entidades de crédito a través de sus líneas de descuento y su papel como *lender of last resort*. Ello da lugar, según dicho informe, a la necesidad de que la Reserva Federal disponga de información adecuada sobre las condiciones de solvencia de las instituciones financieras con acceso a sus líneas de crédito. Este criterio es evidentemente contradictorio con el antes expuesto sobre asunción de responsabilidades de la administración federal en la regulación del sector bancario. La más relevante doctrina económica norteamericana pone por su parte en duda tal implicación entre política monetaria y supervisión bancaria (79), destacando en cambio el importante papel que juegan el sistema de garantía de depósitos respecto a las situaciones de insolvencia y la garantía de liquidez de la Reserva Federal para evitar el fenómeno de las *bank runs*.

En el contexto de los Estados Unidos, hay que tener en cuenta que la creación de la Reserva Federal se produjo por la *Federal Reserve Act* de 1913, a raíz de los pánicos bancarios que periódicamente afectaban al sistema financiero americano. Tal creación no tenía como objetivo fundamental la elaboración de la política monetaria, sino otros más específicos, como mejorar el

(77) Es muy amplia y diversa la literatura sobre la reserva federal y su estatuto de independencia, cuestión ésta cuyo análisis excede del objeto del presente estudio. Entre las obras más significativas pueden citarse a KETTL (1986) y SAINT PHALLE (1985).

(78) BUSH (1983).

(79) Ver al respecto a KAUFFMAN (1988), págs. 30 y ss., ENGLAND (1988), págs. 317 y ss., MACEY (1989), págs. 1282 y ss., y FRIEDMAN (1963), pág. 440.

funcionamiento del sistema de pagos en el conjunto de la Unión y garantizar la liquidez del sistema, al mismo tiempo que dar soporte a la solvencia de las entidades de crédito mediante sus líneas de crédito y descuento, todo ello con la atribución de funciones supervisoras sobre las instituciones con acceso a tales facilidades. Las opiniones contrarias al mantenimiento de estas funciones por parte del FED, que, como se ha visto, son las más frecuentes entre los autores que se pronuncian al respecto, se refieren a aspectos como la inconveniencia de atribuir tales funciones a una agencia con un régimen de independencia casi absoluto, con la consecuente inexistencia de responsabilidades políticas o administrativas por la mayor o menor bondad de sus prácticas (80).

Este estatuto de independencia, junto con el importante poder que otorga el control de la política monetaria y de las líneas de crédito que garantizan la liquidez de los bancos, confieren por otra parte al FED una posición claramente predominante en sus relaciones con las entidades sometidas a su supervisión, aspecto éste que también se considera de forma negativa (81). Se plantea incluso no tan sólo la mayor o menor conveniencia de que una agencia de estas características ejerza funciones supervisoras, sino también la necesidad de separar tales funciones de las relativas a la política monetaria, a fin de evitar una confusión entre las actuaciones tendentes a conseguir estos objetivos, por ejemplo en un momento de restricciones monetarias, con las propias de la supervisión, como puede ser la calificación de los créditos a conceder por la entidad supervisada (82).

En cualquier caso, tanto el *status quo* actual como el que se podría derivar de las propuestas examinadas, acreditan que disponer de la indicada información sobre la solvencia de las entidades, no debe identificarse necesariamente con el ejercicio de funciones supervisoras. Así, tanto la viabilidad de disponer de información sobre la solvencia de instituciones como la de implantar la política monetaria sin que ello requiera el ejercicio de funciones supervisoras se pusieron claramente de manifiesto con la promulgación de la *Depository Institution Deregulation and Monetary Control Act* de 1980. En virtud de esta norma, como se ha visto, se produjo la federalización de toda la regulación relativa a la reservas mínimas de las instituciones de crédito, haciéndola extensiva incluso a los *state non members banks*, los cuales obtuvieron así acceso a las líneas de crédito y descuento de la Reserva Federal (83), sin que ello significase su sujeción a la supervisión del FED.

(80) SAINT PHALLE (1985), págs. 204 y ss.

(81) Son de esta opinión RUBIN (1989), págs. 1270-71, y AMAN (1989), págs. 845 y ss.

(82) Esta es la opinión de ROBERTSON (1966), págs. 692-693.

(83) Esta regulación ocasionó la desaparición de uno de los campos en que más significativamente era la competencia reguladora en el seno del DBS entre regulaciones federales y estatales, caracterizadas estas últimas por una menor exigencia de tales reservas, tal y como señalan BUTLER & MACEY (1988), pág. 677.

VIII. LA REGULACION DE LAS ACTIVIDADES DE LAS ENTIDADES DE CREDITO EN EL MARCO DEL DUAL BANKING SYSTEM

1. Las restricciones en la actividad bancaria: el modelo de *narrow banks*

Como ya se ha apuntado anteriormente, junto con las restricciones geográficas, el régimen relativo a las actividades e inversiones que se permiten llevar a cabo a las entidades bancarias (*banking powers*) constituye el otro eje fundamental definidor del *Dual Banking System*, que como veremos en este apartado ha tenido una importante incidencia en la dinámica de competencia reguladora propia de este sistema.

La regulación federal de los *bankings powers*, contenida en sus aspectos más esenciales en la *National Bank Act* de 1863-64 y la *Glass Steagal Act* de 1933, tiene una naturaleza claramente restringida basada en el principio que los bancos se han de dedicar exclusivamente al negocio bancario. Estamos, pues, ante un modelo de *narrow bank* bastante alejado del de banca universal vigente en el ámbito europeo.

El criterio utilizado para definir el alcance de las actividades e inversiones permisibles a las entidades de crédito en la legislación federal es el de los *incidental powers* conforme al cual, para llevar a cabo determinadas actividades por parte de las instituciones financieras, debe concurrir el requisito de que las mismas sean convenientes o de utilidad en conexión con algunas de las actividades citadas expresamente en la *National Bank Act*. Ello ha generado una importante dinámica interpretativa por parte de las agencias federales y los tribunales de justicia a fin de establecer el encaje en dicho concepto de diversas actividades acometidas por las entidades de crédito (84).

La naturaleza restringida del ordenamiento bancario federal se extiende también a las modalidades de inversiones que pueden llevar a cabo los bancos comerciales, aspecto éste caracterizado, entre otros elementos, por la prohibición de inversión en bienes inmuebles con la excepción de aquellos

(84) Así, pueden citarse como ejemplos polémicos de los intentos de expansión de la industria hacia otros ámbitos más o menos relacionados los relativos a la prestación de servicios de agencias de viajes, declarados improcedentes por sentencia 472 F.2d 427 (1st Cir. 1972); el *leasing* para la adquisición de vehículos, aceptado en 436 US 956 (1978); los servicios de procesamiento informático de datos, autorizado para los *national banks* por una regulación del OCC, anulada por la sentencia 604 F.2d 32 (9th Cir. 1979) por tener un alcance excesivamente amplio, no restringido a actividades relativas a la concesión de préstamos sino extendido a la previsión de un conjunto de información económica de compañías; las actividades de agencias de seguros autorizadas también por regulación del OCC y anuladas por la resolución 399 F.2d 1010 (5th Cir. 1968). Para un análisis de estos pronunciamientos jurisdiccionales, ver a MACEY & MILLER (1992), págs. 136 y ss.

destinados a ser la sede de los propios bancos, así como por la existencia de importantes limitaciones a la actividad bancaria en el mercado de valores, limitada a la suscripción de obligaciones de deuda pública y unas pocas modalidades de obligaciones vinculadas a inversiones concretas, estableciéndose por lo demás una prohibición prácticamente generalizada para la referida intervención en el mercado de valores. Tales principios fueron establecidos por la *Glass Steagal Act* de 1933, la cual ha sido calificada como la línea "Maginot" entre banca comercial y banca de inversión (85).

Este contenido tan restrictivo de la legislación bancaria federal en materia de actividades e inversiones ha sido objeto de fuertes críticas, considerándose que tales limitaciones, junto con las restricciones geográficas, generan una importante desventaja competitiva frente a las compañías dedicadas a la gestión de fondos de inversión o a la participación en el mercado de valores, sin que existan motivos razonables relacionados con la solidez y solvencia de las entidades de crédito que justifiquen tales restricciones, atribuibles solamente a una histórica preocupación por evitar una excesiva concentración de poder en manos de las instituciones financieras, así como también por las mayores facilidades que para el ejercicio de las funciones supervisoras confiere la concentración de actividades establecidas por la comentada regulación (86).

Ello que ha dado lugar, en los últimos años, a la aparición de diversas fisuras en la indicada línea "Maginot", como consecuencia de la referida desventaja competitiva y el continuado descenso en los beneficios obtenidos por la banca comercial, habiéndose formulado incluso por parte del presidente Greenspan de la Reserva Federal en 1987 propuestas de revocación de la *Glass Steagal Act*, sin perjuicio de erigir *fire walls* entre las entidades bancarias y aquellas que puedan llevar a cabo sus compañías subsidiarias en el campo de los mercados de valores (87).

(85) La sección 21 de la *Glass Steagal Act* declara ilegal "For any person, firm corporation, association, business trust, or other similar organization, engaged in the business of issuing, underwriting, selling or distributing, at wholesale or retail, or through syndicate participation, stocks, bonds, debentures, notes, or other securities, to engage at the same time to any extent whatever in the business of receiving deposits..." Sobre el alcance y efectos de esta separación establecida por la *Glass Steagal Act* ver a MACEY & MILLER (1992), págs. 491 y ss. Respecto a las limitaciones de la actividad inversora de las entidades bancarias, ver también a SCOTT (1980), págs. 703 y ss.

(86) Ver al respecto a MCCOY (1989), págs. 520 y ss., MACEY & MILLER (1992), págs. 514 y ss., y ENGLAND (1988), págs. 257 y ss.

(87) GREENSPAN (1987).

2. Competencias de los distintos niveles reguladores respecto a los "banking powers"

La estructura de regulación y supervisión propia del sistema norteamericano ha dado lugar a diversas polémicas interpretativas respecto al alcance de la indicada legislación federal y las funciones que en este ámbito tienen los diversos entes públicos responsables de la regulación y supervisión bancaria. Puede citarse así, en primer lugar, la determinación del alcance de las actuaciones permisibles a las *bank holding companies* a través de sus *non bank subsidiaries* o entidades no bancarias dependientes de las BHC, que a su vez no se ven afectadas por las restricciones territoriales propias de las entidades de crédito.

Por otra parte, el alcance de las competencias de la Reserva Federal como supervisora de estas BHC respecto a los bancos subsidiarios de las mismas, que pueden tener manifestaciones distintas según se trate de *national, state members o non member banks*, así como el papel supervisor de la FDIC como regulador federal del nivel secundario sobre los *state non member banks* y, en fin, las funciones que en este campo corresponden a los reguladores de nivel primario, esto es, el OCC para los *national banks* y las agencias estatales para los *state banks*, con distintas matizaciones según se trate o no de miembros de la Reserva Federal.

A. Las funciones de los supervisores de nivel primario y secundario en la regulación de las actividades propias de las entidades de crédito

La conveniencia de preservar un ámbito propio de decisiones a los reguladores de nivel primario en la determinación de los *banking powers* se ha venido considerando como uno de los aspectos esenciales del *dual banking system*, en cuanto permiten un real desarrollo de la competencia reguladora propia de este sistema y el consiguiente papel de los estados como "laboratorios reguladores", en los que pueden experimentarse nuevas regulaciones susceptibles de extenderse posteriormente a otros ámbitos (88).

Se considera así imprescindible, para la supervivencia del DBS, que los reguladores de nivel primario, tanto los estados como la OCC, puedan ofre-

(88) En este sentido se pronuncia FRANKEL (1987), págs. 53 y ss., en referencia al *South Dakota experiment*, consistente en la autorización a favor de los bancos con *charter* de este estado para llevar a cabo actividades aseguradoras. Subraya esta autora las ventajas de experimentar los efectos de esta regulación sobre el comportamiento y solvencia de los bancos a nivel estrictamente estatal. Si el experimento es positivo, otros estados, o incluso los reguladores federales, lo adoptaran como propio; si el resultado es en cambio negativo, sus efectos perjudiciales se quedarán limitados al ámbito del estado que los autorizó, evitando así una mayor expansión de tales e hipotéticos efectos perjudiciales.

cer sus opciones reguladoras a los efectos de optar los bancos por uno u otro *charter*, mediante una diversificación en la determinación de las actividades e inversiones permitidas a la banca comercial. Ante las acusaciones de que este fenómeno pueda generarse en la práctica una *competition in laxity* con efectos negativos sobre la solvencia de las entidades, se sostiene el hecho de que ninguna demostración empírica se puede hacer respecto a que los bancos con *charter* estatal, sujetos a regulaciones que permiten llevar a cabo inversiones y servicios en renta variable, propiedades inmuebles, o seguros tengan por ello mayores problemas de solvencia que aquellos que no pueden llevar a cabo tales actividades (89).

Esta dinámica ha dado lugar asimismo a la aparición de fenómenos como las *Wild Cards* establecidas por la mayor parte de los estados. Mediante esta técnica, los legisladores estatales garantizan a los bancos acogidos a su *charter* una igualdad competitiva con los *national banks*, mediante la autorización general a los *state banks* de todas aquellas actividades permitidas a los *national banks*, sin perjuicios de poder disponer de un régimen más liberal en otros aspectos, de acuerdo con la propia regulación de cada estado (90).

Pese a ello, no puede hablarse de un modelo "puro" de independencia de regulaciones entre los estados y la Unión en materia de delimitación del alcance de los *banking powers*, dado que se detecta una progresiva presencia de los reguladores federales de nivel secundario en este ámbito, en una manifestación más del proceso de federalización que presenta el ordenamiento bancario norteamericano. Este proceso ha dado lugar a uno de los debates más amplios e importantes que han centrado la atención de los especialistas en los últimos años.

En relación a los bancos estatales miembros de la Reserva Federal, y pese a algunas opiniones doctrinales en contra (91), la definición de su ámbito de actividades ha venido siendo establecida ordinariamente por el FED, al amparo de la previsión que permite condicionar la incorporación al sistema de la Reserva Federal a su sujeción a las regulaciones establecidas por dicha agencia respecto a las actividades no estrictamente bancarias que se pudieran llevar a cabo.

Tal protagonismo responde a una reacción del FED por su discrepancia con los criterios reguladores que respecto a la definición de los *bank powers* se han venido siguiendo por parte de algunas agencias estatales. Junto a ello,

(89) Así lo indica WILMARTH (1990), págs. 1240 y ss.

(90) Sobre el alcance de las *Wild Cards*, ver a SCOTT (1977), pág. 36, y BUTLER & MA-CEY (1988), págs. 705-706.

(91) Como la de WILMARTH (1992), págs. 1191 y ss.

el proceso informal de toma de decisiones y la utilización de procedimientos como la *moral suasion* tan característico del ordenamiento bancario, ha sido en la mayor parte de los casos elemento suficiente para que el FED convenciera a los bancos estatales miembros del mismo para mantener el contexto de sus actividades en el ámbito de la regulación federal.

Tal procedimiento de regulación informal ha operado también de forma similar en relación con los *state non member banks* y su regulador federal de nivel secundario, la FDIC. Lo que sucede en este caso es que se ha producido la coincidencia entre un criterio más liberal por parte de esta agencia respecto a los *banking powers* y la falta de una atribución estatutaria clara de tales poderes, lo que se ha traducido en una mayor dinámica de las regulaciones estatales en este ámbito.

Se constata, en este sentido, la falta de atribución de una capacidad reguladora general a favor de la FDIC. La *Federal Deposit Insurance Act* de 1950 (92) contempla así únicamente una capacidad de intervención singular sobre las entidades supervisadas o sus filiales en aquellos casos en que se lleven a cabo prácticas que puedan resultar contradictorias, por su carácter arriesgado, con el sistema de garantía federal de depósitos (93). La inexistencia de una regulación que permita establecer una sujeción general a normas federales de los *state non member banks* en materia de actividades ha dado lugar a que el alcance del control de la agencia aseguradora de nivel secundario sobre este tipo de bancos sea considerablemente inferior que para el resto de entidades de crédito, en especial en comparación con los *state members banks*.

Esta situación se ha visto no obstante sustancialmente alterada con la promulgación de la *Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act* de 1991 (FDICIA), que ha introducido modificaciones importantes en este aspecto dando un paso más en el proceso de federalización del ordenamiento del crédito y haciéndolo precisamente a través de la aplicación de la legislación federal sobre *banking powers* a los *state non members banks*. Así, la sección 303 de la FDICIA prohíbe a los bancos estatales llevar a término actividades que no estén permitidas a los bancos nacionales, estableciéndose no obstante la posibilidad de que por parte de la FDIC se hagan excepciones a esta prohibición en general en el caso de entidades con un adecuado nivel de capitalización y cuando la actividad en cuestión no suponga un riesgo significativo para los fondos a los que son de aplicación el sistema de garantía de depósitos. Además de esta remisión general al régimen de actividades propio

(92) 12 USC 1818 (A) Y (B).

(93) Ver al respecto a FEIN (1987), págs. 160 y ss., y WILMARTH (1990), págs. 1196 y ss.

de la legislación federal, se establecen asimismo en la FDICIA otras prohibiciones específicas, como la de la prestación de servicios de seguros, en lo que se ha calificado como una victoria de la industria aseguradora (94).

Parece, pues, evidente el efecto homogeneizador que tales previsiones normativas han de tener sobre la estructura del sistema bancario, efecto que repercute indudablemente en la pérdida de relevancia de la capacidad reguladora estatal respecto a los bancos acogidos a su *charter*, incluso cuando los mismos no tengan la condición de miembros de la Reserva Federal.

B. El ámbito de actuación de las Banks Holding Companies.

La virtualidad instrumental de las *bank holding companies* no se limita al aspecto anteriormente analizado relativo a la posibilidad de utilizar tales compañías para la expansión en estados foráneos distintos del de origen a través de la creación de bancos subsidiarios, sino que se extiende también a la posibilidad de creación de otras compañías mercantiles, subsidiarias de las BHC, para llevar a cabo una diversificación de las actividades permitidas a las entidades de crédito. La proliferación de las BHC llevó a la promulgación de la *Bank Holding Act* de 1956, en virtud de la cual se sometió la actividad de dichas *holding companies* a la regulación y supervisión por parte de la Reserva Federal. Se introdujeron además importantes limitaciones a las actividades permitidas a las mismas, utilizando una vez más el concepto de vinculación incidental, de tal forma que dichas actividades debían estar directamente relacionadas (*closely related*) a la actividad bancaria o bien a la gestión o control de los bancos controlados por las BHC, concediéndose por otra parte un plazo de dos años para que las compañías bancarias procedieran a la venta de sus compañías subsidiarias cuya actividad no encaje dentro de la indicada definición legal (95).

La definición concreta de las actividades que se consideran incluidas en el *standard closely related* fue establecida por parte de la Reserva Federal a través de la *regulation Y* (96). Del contenido de dicha regulación Y, así como de la interpretación de la misma efectuada por la Reserva Federal y los tribunales, se deduce que ofrece un espectro de actividades más amplio que no el an-

(94) MACEY & MILLER (1992), págs. 169-170. Sobre el alcance de la FDICIA respecto a las actividades de los bancos estatales, véase también a HUBER (1992), págs. 312-313.

(95) Este plazo de dos años es asimismo aplicable actualmente a las compañías mercantiles que adquieran una entidad de crédito y se conviertan por tanto en BHC conforme a la definición establecida por la *Bank Holding Company Act*.

(96) 12 CFR 225.25. En esta regulación se enumeran un total de 24 actividades que se consideran incluidas en el indicado concepto. Sobre el alcance de la misma, ver a BROECKEL (1990), págs. 179 y ss.

teriormente referenciado propio de los bancos sometidos a la regulación federal (97). Este elemento, junto con el dato de que las compañías subsidiarias de las BHC pueden actuar sin estar sujetas a las limitaciones territoriales propias de las entidades de crédito, explican, junto con su instrumentación para llevar a cabo actividad bancaria interestatal, la referida proliferación de estas compañías en la estructura bancaria norteamericana (98), constituyendo por otra parte un ejemplo de regulación unificada y centralizada a nivel federal a cargo de la Reserva Federal.

Tal modelo de regulación unificada y centralizada se limita no obstante a las *banks holding companies* y sus subsidiarias para llevar a cabo las indicadas *closely related activities*, pero no se extiende en cambio a la regulación y supervisión de las actividades que puedan llevar a cabo los bancos subsidiarios de estas compañías o las filiales de los mismos.

Se produce en tales casos, especialmente en relación a los bancos subsidiarios que tengan la condición de *state non members banks* una clara diversidad entre el alcance de las *closely related activities* como *standard* propio de las BHC y la regulación más liberal que de los *banking powers* pueda establecerse a través de la regulación estatal o los criterios utilizados por la FDIC. Tal diversidad permitió que las BHC, a través de sus bancos subsidiarios o más propiamente a través de compañías filiales a su vez de tales bancos subsidiarios, pudieran llevar a cabo actividades que la Reserva Federal no permite a los *members banks* y no entran tampoco en el marco de las referidas *closely related activities*.

Ello ha dado lugar a una cierta polémica sobre a qué agencia supervisora corresponde el control de tales actividades, especialmente en aquellos casos de concurrencia entre FED como supervisor de la compañía bancaria y FDIC como supervisor de segundo nivel del banco subsidiario. La postura de la Reserva Federal al respecto pasa por el reconocimiento de su falta de autoridad bajo la *Bank Holding Company Act* para regular las actividades de los *state non member insured banks* pertenecientes a tales compañías, pero reivindicando en cambio autoridad para regular las actividades de las entidades filiales de tales bancos.

Se fundamenta este criterio en la directa vinculación existente entre la

(97) Así lo ponen de manifiesto MACEY & MILLER (1992), págs. 302 y ss., citando al respecto resoluciones como la 516 F.2D 1229 (DC Cir. 1975) y la 745 F.2D 677 (DC Cir. 1984), en las que respectivamente se consideran como actividades *closely related* y por tanto incluidas en el ámbito de la regulación Y, las de prestación de servicios de mensajería o de procesamiento informático de datos.

(98) Según se indica en *US Treasury Department* (1991), XIX-2, las BHC controlan un 70% del número total de entidades de crédito.

BHC y la compañía filial del banco subsidiario, subrayando que de considerarse la actividad de estas compañías filiales exenta de la regulación establecida por el FED Board y por tanto del *standard* de *closely related activities* se podría producir un vaciado de las prescripciones establecidas al respecto en la *Bank Holding Company Act*. Este argumento ha sido criticado por diversos autores (99) que atribuyen a tal postura un gran efecto distorsionador de la dinámica del *Dual Banking System*, así como la generación de una nueva categoría de regulación bancaria probablemente artificiosa, ya que entre los *state non member insured banks* debería distinguirse entre los que tienen o no la condición de subsidiarios de una BHC, con la consiguiente determinación de un régimen de actividades diferenciados para sus compañías filiales.

Los tribunales se han pronunciado también en este sentido, negando la capacidad del FED para regular el régimen de actividades propio de las compañías filiales indicadas, a las que es por tanto de aplicación el régimen de *banking powers* establecido por la correspondiente autoridad estatal, sin perjuicio por supuesto de la autoridad de segundo nivel ejercida por la FDIC (100).

En conclusión se constata cómo la dinámica de actividades susceptibles de ser llevada a cabo por los bancos subsidiarios y sus compañías filiales resulta en la práctica más amplia que la propia de las subsidiarias directas de las BHC, especialmente en el caso de los *state non member insured banks*, pese a que probablemente no era ésta la intención inicial de los legisladores que aprobaron la *Bank Holding Company Act*. La indicada situación permite constatar una vez más la importancia de las tendencias generadas por un estatuto ciertamente restrictivo, así como el papel que en este proceso ha tenido la diversidad de centros decisorios que caracteriza al *Dual Banking System*, sin perjuicio de las recientes tendencias federalizantes de las que la FDICIA de 1991 constituye la última expresión.

IX. BIBLIOGRAFIA CITADA

- Aman, Alfred C. Jr.: "Bargaining for justice: An examination of the use and limits of conditions by the Federal Reserve Board", *Iowa Law Review*, vol. 74, n.º 4, may 1989.
- BROECKEL, Janet: "Regulation of bank holding companies state bank subsidiaries that engage in nonbanking activities: an unjustified extension of the Federal Reserve Board's regulatory power", *Administrative Law Journal*, vol. 4, n.º 1, Spring 1990.
- BUSH TASK GROUP: "Blueprint for reform: the report of the task group on regulation of financial services", *US Government Printing Office*, Washington DC, July 1984.
- BUTLER, H. & MACEY, J.: "The myth of competition in the DBS", *Cornell Law Review*, vol. 73, n.º 4, may 1988.

(99) Como WILMARTH (1990), págs. 1218 y ss., FISHER (1989), págs. 340 y ss., y JAMES (1991-92), pág. 455.

(100) 936 F.2D66 (2D CIR 1991).

- CEPR (Centre of Economic Policy Research): "Monitoring European Integration", *A CEPR Annual Report. The Making of Monetary Union* 1991.
- COSTI, R.: "Unita Monetaria Europea e ordinamenti nazionali della moneta, del credito e del sistema dei pagamenti", *Banca Impresa Società*, n.° 1, 1990.
- CRANSTON, Ross: *Payment and clearing systems in the European community. The single market and the Law of Banking*, Cranston, Ross Ed. Lloyd's of London Press Ltd, New York, 1991.
- CROCKETT, Margaret: "The constitutionality of Regional Banking Laws", *Boston College Law Review*, vol. XXVII, n.° 4, July 1986.
- DASSESE, Marc: "Retail banking services in 1992. The single market and the Law of Banking", *Cranston, Ross Ed. Lloyd's of London Press Ltd.*, New York, 1991.
- DOUGLAS, John L.: "Deposit insurance reform", *Wake Forest Law Review*, vol. 27, n.° 1, 1992.
- ENGLAND, C.: "Non Banks banks. The financial services revolution. Policy directions for the future", England Catherine; Huertas, Thomas, F. (eds.), Cato Institute-Kluwer Academic Publishers, Boston, 1988.
- ENGLAND, C.: "Agency costs and unregulated banks. The financial service revolution. Policy directions for the future", England Catherine; Huertas, Thomas F. (eds.), Cato Institute-Kluwer Academic Publishers, Boston, 1988.
- FEIN: "The fragmented depository institutions system. A case for unification", *29 American University Law Review*, 1980.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva", *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, ed. Civitas, Madrid, 1989.
- FISHER: "Federal contra federal reservism. Bank Holding companies and State Bank Powers", *23 University of San Francisco Law Review*, Spring 1989, n.° 3.
- FRANKEL, Tamar: "The dual State-federal regulation of financial institutions", *A policy proposal. Brooklyn Law Review*, vol. 53, n.° 1, 1987.
- FRIEDMAN, M. & SCHWARTZ, A. J.: "A Monetary History of the United States, 1867-1960", *Princeton University Press*, Princeton, 1963.
- GARCÍA DE ENTERRÍA: *Banco de España. Vers un Systeme Européen de Banques Centrales*. Louis, J. V. (dir.), Université de Bruxelles, Bruselas, 1989.
- GARTEN, Helen: "Regulatory growing pains: a perspective on bank regulation in a deregulatory age", *57 Fordham Law Review*, 1989.
- GINSBURG: "Interstate Banking", *Hofstra Law Review*, 1981.
- GLILDDEN, William: "Legal constraints on bank expansion. Can they be removed without destroying the DBS?", *Illinois Law Forum*, vol. 1, n.° 2, 1980.
- GOODE, Roy: 1992: "The insolvency implications for banks. The single market and the Law of Banking", *Cranston, Ross Ed. Lloyd's of London Press Ltd*, New York, 1991.
- GREENSPAN: "Statement before the Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs", *74 Fed. Reserve Bull*, 91, 1988.
- GRUSON, M. & FEURING, W.: "A European community banking law: the second banking and related directives. The single market and the Law of Banking", *Cranston, Ross Ed. Lloyd's of London Press Ltd.*, New York, 1991.
- HERTIG, G.: *The European passport and rules of conduct*, 1993 (inérito)
- HOFFMAN, C. & EDGE, K.: "State regulation of bank holding companies and the future of interstate banking: a Tennessee perspective", *Tennessee Law Review*, vol. 51, n.° 3, Spring 1984.
- HUBER, Stephen: "The federal deposit insurance corporation Act of 1991", *The Banking Law Journal*, vol. 109, n.° 4, July-August 1992.
- JAMES III, C. M.: "Delaware versus the Federal Reserve Board. Different views on Banking Holding Companies involvement in Insurance", *Howard Law Journal*, vol. 34, 1991-2.
- KANE, E.: *Tension between Competition and Coordination in International Financial regulation. Governing Banking Future*, C. England, Ed. Boston, 1991.
- KAUFFMAN, George: *The truth about bank runs. The financial service revolution. Policy directions for the future*, England Catherine; Huertas, Thomas F. (eds.), Cato Institute-Kluwer Academic Publishers, Boston, 1988.
- KETTL, Donald: *Leadership at the Fed*. Yale University Press. 1986.
- LAPIDUS, Leonard: "State and federal deposit insurance schemes", *Brooklyn Law Review*, vol. 53, n.° 1, 1987.
- LLEBOT, J.O.: "El mercado interior del crédito en el ámbito de la CEE", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1990.
- LOUIS, J. V.: *Vers Systeme Européen de Banques Centrales*, J. V. Louis (dir.), Université de Bruxelles, Bruselas, 1989.
- MACEY, Johnathan: "The political science of regulating bank risk", *Ohio state Law Journal*, vol. 49, n.° 5, 1989.
- MACEY, Johnathan & MILLER, Geoffrey: "Banking Law and Regulation", *Little Brown & Cia*, Boston USA, 1992.
- MARTIN RETORTILLO: "Reflexiones sobre la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria", *RAP* n.° 118, 1989.
- McCOY, John: "The future of US banking: A modest legislative agenda to encourage competitiveness", *Ohio state Law Journal*, vol. 49, n.° 5, 1986.
- MILLER, Geoffrey: "Interstate branching and the Constitution", *The Business Lawyer*, vol. 41, n.° 2, febrero 1986.
- MILLER, Geoffrey: "The future of the DBS", *Brooklyn Law Review*, vol. 53, n.° 1, 1987.
- NORTON, Joseph: "The EC banking directives and international banking regulation", *The single market and the Law of Banking Cranston, Ross Ed. Lloyd's of London Press Ltd.*, New York, 1991.
- PÉREZ, J.: *Monetary union and European Central Bank. Notes for a round table in the International Conference on Financial Intermediation in the construction of Europe*, San S. bastián, marzo 1992.
- ROBERTSON, J. L.: "Federal regulation of banking: A plea of unification", *Law and contemporary problems*, vol. 31, n.° 4, Autumn 1966.
- Rubin, Edward: "Uniformity Regulation and the Federalization of State Law: some lessons from the payment system", *Ohio State Law Journal*, vol. 49, n.° 5, 1989.
- RYAN, Timothy: "Speech", *Wake forest Law Review*, vol. 27, n.° 1, 1992.
- SAINT PHALLE, Thibaut de: "The Federal Reserve. An Intentional Mystery", *Praeger Publishers*, New York, 1985.
- SAXON: "Branching Powers and the DBS", *101 Comp. Curr. Ann. Rep.*, 1963.
- SCOTT, Kenneth: "The dual Banking System: A model of competition in Regulation", *Stanford Law Review*, vol. 30, n.° 1, 1977.
- SCOTT, Kenneth: "The Patchwork Quilt: State and Federal roles in bank regulation", *Stanford Law Review*, vol. 32, n.° 4, April 1980.
- SCOTT, Kenneth: "Never Again. The savings and Loan Bailout Bill", *Hoover Institution*, Stanford University, 1990.
- SHEA: "EC Banking directive, who is the responsible regulator?", *Clifford chance EC financial services*, September, 1991.
- TRIBE, Laurence H.: "American Constitutional Law. (second edition)", *The Foundation Press, Inc.*, New York, 1988.
- US Treasury Department: "Modernizing the financial system. US Treasury Department recommendations for safer, more competitive banks", *Commerce Clearing House Inc.*, Chicago, 1991.
- USHER, John: "1992 and the implications for banking and finance: an overview. The single market and the Law of Banking", *Cranston, Ross Ed. Lloyd's of London Press Ltd.*, New York, 1991.
- WEINSTEIN, Harris: "Moral Hazard, deposit insurance and banking regulation", *Cornell Law Review*, vol. 77, n.° 5, July 1992.
- WILMARTH, Arthur E. Jr.: "The expansion of state bank powers, the federal response and the case for preserving the DBS", *Fordham Law Review*, vol. LVIII, n.° 6, May 1990.