

ANÁLISIS ECONÓMICO-JURÍDICO DEL § 54A DE LA LEY DE CRÉDITO

LEY BANCARIA ALEMANA (GESETZ ÜBER DAS
KREDITWESEN. KREDITWESENGESETZ-KWG)
COMO INCENTIVO NEGATIVO DEL BANQUERO

por SEBASTIÁN ALBERTO DONNA¹

SUMARIO: Introducción. *Parte I. Ley de crédito alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz-KWG)*. 1. El § 54a de la ley de crédito alemana. 2. Análisis de los §§ 25c y 54a. a) El § 25c de la KWG. b) El § 54a de la KWG (*Strafvorschriften*). 3. Síntesis. *Parte II. Análisis económico*. 1. La función de la pena de los §§ 25c y 54a desde el análisis de un juego de decisión. *Parte III. Conclusión final*. Bibliografía.

Resumen

Este trabajo es la publicación de mi tesis para obtener el grado en magíster en Economía Aplicada por la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Es un análisis económico que consiste en entender a la pena del § 54a y la probabilidad de ser capturado del § 25c de la KWG como un *incentivo o motivación* dentro del sistema bancario; un incentivo *ex ante* a que se produzca el hecho contrario al Derecho.

De esta manera, se trata de un mecanismo de alineación de intereses; lo que harían los §§ 25c y 54a es incorporar a la función del banquero en su *cálculo costo-beneficio*, esto es que deberá añadir dentro de sus costos la posibilidad de una pena o de tener que afrontar un proceso penal.

¹ Doctor en Derecho Penal, UBA. Abogado, UBA. Magíster en Derecho & Economía, UBA + Magíster en Economía Aplicada, Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Antiguo Gastwissenschaftler Georg-August, Universität Göttingen, Institut für Kriminalwissenschaften (Alemania). Docente, UBA.

En esta idea como incentivo del comportamiento, la pena no está basada en el grado de maldad, sino en un cálculo libre que realiza el banquero o funcionario bancario.

Abstract

This paper is the publication of my thesis to obtain the degree of Master in Applied Economics at the University Torcuato Di Tella (UTDT). It is an economic analysis that consists of understanding the penalty of § 54a and the probability of being caught of § 25c of the KWG as an incentive or motivation within the banking system; an *ex ante* incentive to the occurrence of the unlawful act.

In this way, it is a mechanism for the alignment of interests; what §§ 25c and 54a would do is incorporate the role of the banker in its cost-benefit calculation, that is that the possibility of a penalty or of having to face criminal proceedings should be added to their costs.

In this idea as an incentive for behavior, the penalty is not based on the degree of evil, but on a free calculation made by the banker or bank official.

Palabras clave

§ 54a. Ley de crédito. Penal. Bancos.

Keywords

§ 54a. Credit Law. Criminal. Banks.

Introducción

Este trabajo es la publicación de mi tesis para obtener el título de magíster en Economía Aplicada por la Universidad Torcuato Di Tella (2019-2020), defensa que realicé en julio de 2021, en esta ocasión bajo la dirección del profesor doctor César Marcelo Ciappa, a quien también tuve la suerte de tenerlo como profesor en la materia Evaluación de Proyectos de Inversión. Le estoy muy agradecido al profesor Ciappa por su predisposición y claridad en todo momento de enseñar,

sin importar los días u horas de la semana, lo que demuestra su pasión y compromiso por transmitir el conocimiento y enseñar.

Esta publicación implica la última de la trilogía del § 54a de la Kreditwesengesetz (KWG) alemana (y no habrá una cuarta) que sale en esta *Revista*. En esta oportunidad es pura y exclusivamente un análisis económico del párrafo.

Recordemos que la primera de la trilogía fue *El § 54a de la ley de crédito. Ley Bancaria – KWG alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz – KWG) y la prevención general negativa* (investigación realizada en la Universidad de Göttingen, Alemania), en *Revista de Derecho Penal Económico*, N° 2020-1, *Derecho Bancario, Cambiario y Financiero. Relación con el Derecho Penal – I*; la segunda: *La pena como desincentivo al incentivo negativo que genera el seguro de depósito y el “too big to fail” en el sistema bancario*, en *Revista de Derecho Penal Económico*, N° 2020-2 *Derecho Bancario, Cambiario y Financiero. Relación con el Derecho Penal – II*.

Ahora bien, la crisis subprime (2008) resultó ser un período en el que se puso de relieve la vulnerabilidad del sistema financiero mundial, que es cuando se produce el desplome de la burbuja inmobiliaria, nutrida del aumento desproporcionado de los activos inmobiliarios y préstamos hipotecarios, el endeudamiento de las familias y el crecimiento de las transacciones opacas².

El resultado de la última crisis (subprime) llevó a tratar de condenar a banqueros o funcionarios bancarios de sociedades financieras por el comportamiento económico. El resultado fue que no había un tipo penal que pudiera aplicarse a dichas conductas, toda vez que cuando se intentó imputar por admiración fraudulenta (§ 266, StGB), la conducta no cumplía los requisitos necesarios del tipo; lo mismo ocurrió cuando se intentó una imputación por la vía del § 283 del StGB (*Bankrott*), que tampoco pudo ser aplicada³.

² GÓMEZ INIESTA, Diego, *La responsabilidad penal de las agencias de calificaciones crediticias*, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, B de F, Madrid, 2014, ps. 658/659.

³ Ver BERND, Rudolph, *Bankregulierung zur Lösung des “too big to fail”. Problems*, en <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0042-059X-2014-2-72/bankregulierung-zur-loesung-des-too-big-to-fail-problems-jahrgang-68-2014-heft-2>; NESTLER,

Dadas las complicaciones mencionadas, Alemania modifica la KWG incorporando en ésta el tipo penal del § 54a y del § 25c con la finalidad de aumentar la probabilidad de imputar al banquero o funcionario bancario (probabilidad de captura).

Como se verá, el tipo penal del § 54a busca sancionar penalmente el *mal análisis de riesgo* que realizan los bancos a la hora de conceder créditos; la idea está puesta en que este tipo penal permitiría, *ex ante*, evitar una crisis económica o corrida bancaria, haciendo que el banco baje el riesgo de incobrabilidad a quienes asigna un crédito.

Asimismo, el tipo penal tendría la función de bajar los riesgos que podría decidir afrontar el banquero o funcionario bancario, sabiendo que el Estado lo salvaría mediante el TBTF a fin de evitar corridas bancarias y una posible crisis del sistema económico-financiero.

Así las cosas, este trabajo consiste en entender a la pena del § 54a y la probabilidad de ser capturado del § 25c de la KWG como un incentivo o motivación dentro del sistema bancario; un incentivo “ex ante” a que se produzca el hecho contrario al Derecho.

De esta manera, se trata de un mecanismo de alineación de intereses. Lo que harían los §§ 25c y 54a es incorporar a la función del banquero en su cálculo costo-beneficio, esto es que deberá añadir dentro de sus costos la posibilidad de una pena o de tener que afrontar un proceso penal.

En esta idea como incentivo del comportamiento la pena no está basada en el grado de maldad, sino en un cálculo libre que realiza el banquero o funcionario bancario.

Ello implica que, en el mercado bancario y financiero, es muy importante la credibilidad y el prestigio. El mero hecho de que un funcionario bancario deba afrontar un proceso penal haría caer su prestigio y con ello la posibilidad de trabajar.

La forma seleccionada para encarar este proyecto es la denominada como definición característica de la visión de la Escuela de Chicago,

Nina, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht*, Springer, Berlin, 2017; GEHLEN, Leonhard, *Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach § 54a, KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El Derecho Penal español frente a fraudes bursátiles transnacionales. ¿Protege el Derecho Penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?*, en DEMETRIO CRESPO (dir.), ob. cit.

conocida como *Law & Economics*⁴ (Derecho & Economía), que consta de la aplicación directa del análisis de la teoría de precios o microeconómica al Derecho, en este caso particular al Derecho Penal. Esta visión se caracteriza por las siguientes premisas: i) los individuos son maximizadores racionales de sus preferencias en temas que están fuera del mercado, como también en su comportamiento dentro del mercado; ii) los individuos responden a los incentivos de precios en sus comportamientos en temas que estén fuera del mercado, como los comportamientos dentro del mercado, y iii) las normas y las decisiones jurídicas pueden ser analizadas teniendo en cuenta sus características de eficiencia. Asociado con esto está la visión normativa que dice que la toma de decisiones sobre derechos debe promover la eficiencia⁵.

Parte I – Ley de crédito alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz-KWG)

1. El § 54a de la ley de crédito alemana

El párrafo a estudio se encuentra en la Ley Bancaria alemana (KWG) que data de 1961 y constituye la base de la supervisión bancaria en Alemania. Para ello se cuenta con una serie de supervisiones especiales a las entidades de crédito e instituciones de servicios financieros, la cual es ejercida por la autoridad. Su objetivo central es garantizar un correcto funcionamiento de la industria bancaria. Al mismo tiempo, la KWG se aplica específicamente a las instituciones bancarias, mientras que una gran variedad de otras leyes especiales se circunscriben sólo al control del mercado⁶.

En dicho país la planificación de contingencia ya se introdujo en la ley de reducción de riesgos y en la planificación de la reorganización y resolución de bancos y grupos financieros (*Trennbankengesetz*) de mayo de 2013. Las instituciones que la Autoridad Federal de Super-

⁴ *Law & Economics* es el análisis económico del Derecho. Define un camino para seguir, pero no razones para actuar. Esto quiere decir que nos dirá cuál es la solución más eficiente, pero no si hay que hacerlo o no.

⁵ SOLA, Juan Vicente, *Constitución y economía*, 1ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 81.

⁶ NESTLER, ob. cit., p. 314, nm. 759.

visión Financiera, BaFin⁷, clasifica como potencialmente sistémicas deben elaborar planes de reestructuración en Alemania desde el 1º de enero de 2014 y enviarlos a las autoridades de supervisión, los que se revisan periódicamente. Los planes están destinados esencialmente a indicar qué partes del banco son sistémicamente importantes y cuáles no. Sobre esta base, la autoridad de supervisión (BaFin) desarrolla un plan resolutivo para cada banco, con la finalidad de garantizar que sea capaz de tomar una decisión rápida sobre el futuro de la institución en una situación de crisis. Los planes de recuperación deben incluir, por ejemplo, propuestas sobre qué medidas concretas se pueden tomar en caso de pérdidas significativas o un déficit de capital para garantizar la viabilidad de la institución⁸, basado en la estructura básica del panorama crediticio alemán y la supervisión bancaria dualista por parte de la BaFin, la que se encarga de la totalidad de la supervisión financiera. Entre los distintos institutos financieros en Alemania se hace una distinción entre instituciones públicas, privadas y cooperativas. La propia KWG también procede de acuerdo a esta asignación (ver § 40 [1], N° 1, KWG)⁹.

La ley regula todos los servicios bancarios que brindan tanto los bancos comerciales como los bancos especiales o de inversión. Los hechos penales establecidos en la KWG tienen un párrafo en particular (el § 54a), el cual impone la responsabilidad penal a los gerentes de las entidades bancarias, por la mala gestión de riesgos.

Alemania, con la sanción del § 54a de la KWG, permite, por un lado, ampliar la capacidad de imputabilidad del banquero y del funcionario bancario y, por el otro, que la pena cumpla una función de incentivar a que el banquero incorpore en su cálculo *costo-beneficio* la posibilidad de una sanción o afrontar un proceso penal.

Uno de los resultados a los que podríamos arribar es la necesidad de tipos penales que sancionen el mal desempeño de los banqueros en el sistema económico, o en otras palabras que generen que el funcionario bancario incorpore en sus *trade off* la posibilidad de un proceso penal y una sanción.

⁷ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

⁸ BERND, ob. cit., p. 83.

⁹ NESTLER, ob. cit., p. 313, nm. 758.

Una función importante de la KWG es especificar qué *evaluaciones de riesgo* debe realizar un banco antes de otorgar un préstamo. Este proceso generalmente se conoce como verificación de crédito e incluye los siguientes componentes: riesgo de crédito, riesgo de la información, riesgo de mercado, riesgo de liquidez y riesgo operacional.

Así las cosas, la auditoría analiza las posibles complicaciones que pueden surgir como resultado de la insolvencia (riesgo de incumplimiento) o la falta de conocimiento (riesgo de información) de un prestatario. Sin embargo, también se tienen en cuenta los problemas que podrían surgir de los movimientos del mercado (riesgo de mercado) y la posible insolvencia del banco (riesgo de liquidez). Incluso la falla potencial de las personas y los sistemas (riesgo operacional) debe estimarse de acuerdo con la KWG.

2. Análisis de los §§ 25c y 54a

a) *El § 25c de la KWG*

Este párrafo resulta importante en la combinación con el § 54a dado que el órgano controlador, al entender que los bancos o entidades financieras han quebrantado algún punto de esta ley en el análisis del riesgo, permite imputar penalmente al funcionario bancario responsable.

En el § 25c (3) de la KWG, bajo el título *Geschäftsleiter*, enumera los requisitos que se deben cumplir en la gestión de riesgos. El párrafo explícitamente indica que el gerente general es responsable por una organización empresarial adecuada. Los líderes empresariales deben adherirse a los principios de buena conducta comercial/empresarial y comportarse de acuerdo a ellos, así como implementar estos principios; establecer dentro de la empresa o banco los principios de una gestión adecuada para garantizar los cuidados necesarios en la gestión de la institución, particularmente mediante el establecimiento de una separación de funciones en la organización y las medidas para prevenir conflictos de intereses y asegurar la aplicación de éstos.

El § 25c (3) exige que el gerente se dedique el tiempo suficiente a definir estrategias y evaluación de riesgos, en particular a lo que

implica riesgos de mercado y riesgos operacionales; debe garantizar una estructura corporativa apropiada y transparente que se encuentre alineada con las políticas de la compañía, que tenga en cuenta la transparencia de las actividades comerciales de la institución que se requirieren para una gestión de riesgos efectiva y adecuada. El artículo exige que el gerente tenga los conocimientos necesarios para manejar la estructura de la compañía y conocer los riesgos asociados a su labor institucional. Esta obligación también se les exige a los gerentes de la casa matriz de cualquier empresa.

La KWG pone en cabeza del gerente la obligación de garantizar la exactitud de los informes contables y financieros; esto incluye los controles necesarios, el cumplimiento de los requisitos legales y las normas pertinentes, así como la obligación de monitorear los procesos de publicidad y comunicación.

Así las cosas, el banquero o funcionario bancario debe comportarse como un buen hombre corporativo; esto quiere decir que posee un status especial frente a la sociedad. Esta idea también surge de la ley: las instituciones bancarias, cuando realizan una mala gestión del riesgo, no sólo se afectan a ellas mismas, sino que también afectan a las personas que dependen de los bancos, por esa mala gestión del riesgo.

b) *El § 54a de la KWG (“Strafvorschriften”)*

Dicho párrafo reza lo siguiente: “(1) Se impondrá una pena de prisión de hasta cinco años o una multa a toda persona que, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 25 quáter, apartado 4, letra a), o en el artículo 25 quáter, apartado 4, letra b), segunda frase, no garantice que una institución o un grupo de instituciones a las que se hace referencia en la misma tenga una estrategia, un proceso, un procedimiento, una función o un concepto de los que se mencionan en la misma y que, por lo tanto, ponga en peligro la continuidad de la existencia de la institución, de la empresa del Estado o de una institución que pertenezca a dicho grupo.

”(2) Quienquiera que cause negligentemente el peligro en los casos del párrafo 1º será castigado con una pena de prisión de hasta dos años o con una multa.

”(3) El delito sólo será punible si la Autoridad Federal de Supervisión Financiera ha ordenado al infractor remediar la violación del artículo 25c, apartado 4a o del artículo 25c, apartado 4b, segunda frase, mediante una orden de conformidad con el artículo 25c, apartado 4c, el infractor ha contravenido esta orden ejecutiva y, por tanto, ha puesto en peligro la existencia del delito”.

En este caso, el § 54a se encuentra bajo el título *Disposiciones penales, reglamentación de multas*; no sólo impone penas de multas, sino que tiene sanciones que van de los 3 a los 5 años de prisión para el gerente que no ha cumplimentado con el correcto análisis de gestión de riesgos o que no cumplió con los modos exigidos por la ley para la gestión de riesgos.

Así, la KWG especifica concretamente cuáles son las obligaciones de los directivos de las instituciones financieras, cuáles son los requisitos administrativos legales de riesgo y cuáles son las posibilidades de penalizar a los gerentes por dicho incumplimiento; la sanción al gerente por la mala gestión de riesgos puede ir hasta 5 años (§ 54a).

Al momento en el que el legislador sancionó el § 54a, KWG, lo hizo basándose en la idea de que hasta el momento no había posibilidades de imputar una responsabilidad penal en aquellos casos en los que los bancos o la institución financiera habían realizado una mala gestión financiera o una mala gestión de riesgos. Los hechos existentes en la última crisis económica no encontraban soluciones ni en la Parte general ni en la Parte especial del Derecho Penal, siendo posible sólo castigar otras acciones (por ej., la administración desleal), que la doctrina y la jurisprudencia entendieron que esos tipos penales no entraban en la acción realizada por los banqueros. Bajo estos argumentos y uno de los más importantes, *que en la mala gestión de riesgos no sólo está en juego la estabilidad de la empresa, sino del sistema financiero en su conjunto, es que los legisladores alemanes entendieron que debía sancionarse el § 54a*¹⁰.

Simplificado, el § 54a de la KWG es penalizar las violaciones de los directores de las empresas contra las obligaciones de gestión de riesgos, sin importar si es la casa matriz o una sucursal, si genera tal

¹⁰ GEHLEN, ob. cit., p. 80.

infracción supone una amenaza para la existencia de la institución. Sin embargo, la responsabilidad penal sólo es posible si hay una orden ejecutiva de que la entidad bancaria ha infringido la obligación impuesta por la KWG; en otras palabras, es la BaFin la que indica si las entidades bancarias o financieras han incumplido las obligaciones de gestión de riesgos; a partir de ese momento puede iniciarse el proceso penal contra el CEO o gerente (§ 54a [3], KWG). De la misma manera, es la autoridad de la BaFin la que dispone si el CEO ha cumplimentado correctamente con la obligación de gestión de riesgo. Como medida preventiva, el § 54a de la KWG exige que siempre la entidad designe gerentes responsables de la gestión de riesgos para evitar futuras crisis corporativas causadas por una mala administración; así, en el caso de que la crisis financiera ponga en peligro la estabilidad financiera, las personas a nivel gerencial responderían de forma individual frente a la acusación penal por el mal desempeño de la gestión de riesgos¹¹.

El § 54 de la KWG es prácticamente el más importante de la ley, ya que le da un poder de expansión de los poderes de investigación a la BaFin. Dicha investigación también le permite combatir el lavado de dinero, el uso ilegal de empresas y las operaciones no autorizadas de transacciones bancarias y de servicios financieros a través de una investigación centralizada. Los bancos, a partir de la KWG, están comprometidos a participar en la aclaración de los hechos que les exija la BaFin si no quieren terminar en un proceso penal por el § 54 de la KWG¹².

En un primer momento, el § 54 recibió la crítica basada en que no tenía ningún sentido toda vez que la sanción era muy baja, y el proceso de imputación muy complejo; por consiguiente, se discutía si tenía algún sentido haber sancionado esta norma penal¹³.

Los objetivos de esta supervisión bancaria dejan en claro que la norma se centra principalmente en la prevención. El elemento clave aquí son las amplias obligaciones que carga un gerente en relación con la aprobación de la gestión de riesgo. Para lograr este propósito preventivo, la BaFin también emite una gran cantidad de circulares y

¹¹ Ídem, ps. 27/28.

¹² NESTLER, ob. cit., p. 320.

¹³ GEHLEN, ob. cit., p. 336.

comunicaciones como normas administrativas estándar, que tienen un efecto vinculante con el proceso penal y la aplicación de la pena¹⁴.

Ahora bien, independientemente de las particularidades del Derecho Penal Económico, no es fácil determinar en qué medida, según los estándares de los autores, tendría un efecto preventivo a través de la disuasión penal. Los trabajos empíricos han demostrado que la disuasión desde el Derecho Penal no es algo seguro. Pero en el campo del Derecho Penal Económico los actores pueden ser particularmente sensibles a la disuasión de la pena mediante la utilización de la prevención, debido a que actúan de una manera particularmente racional y son especialmente sensibles al ostracismo social asociado con un castigo estatal¹⁵.

3. Síntesis

Podríamos decir que la pena del § 54a de la KWG en el sistema bancario tiene la función de incentivo *ex ante*, con la idea de que el banquero, a la hora de realizar sus cálculos (costo-beneficio), incluya dentro de éste la posibilidad de ser capturado y en consecuencia una sanción penal.

Otro punto que podría influir serían los procedimientos preliminares y, en particular, la audiencia principal, que suponen una carga enorme para el trabajo de los gerentes altamente involucrados. Un ejemplo puede ser un caso penal presentado contra el ex Co-CEO de Deutchen Bank Fitschen y otros exdirectores de bancos ante el Tribunal de Distrito de Múnich I, en el que fueron acusados de fraude. Esto trajo serios problemas para los bancos alemanes. En vista de esto, resulta una preocupación de los directores o gerentes evitar la responsabilidad penal que impone el § 54a de la KWG; incluso realizan un esfuerzo por evitar la mínima sospecha a fin de evitar que la BaFin comience las instrucciones contra la autoridad de la empresa¹⁶.

Las investigaciones preliminares y cualquier proceso penal posterior contra los acreedores comerciales de instituciones financieras o bancos

¹⁴ NESTLER, ob. cit., p. 314.

¹⁵ GEHLEN, ob. cit., p. 337.

¹⁶ *Ibíd.*

suscitan un fuerte interés en los medios de comunicación¹⁷, lo que implicaría que la actuación de los banqueros o funcionarios bancarios sería pública, y ello los llevaría a un posible ostracismo de sus pares.

Así, a pesar de la gran falta de importancia represiva del § 54a, debido a que la cuantía de la pena es baja, se espera que esto aumente la preparación de los funcionarios bancarios para adherirse a las pautas de la BaFin con respecto a la gestión de riesgos. En la medida en que el § 54 de la KWG tiene un efecto preventivo, esto no se debe a una condena inminente según el § 54a de la KWG, sino al interés de los directores o gerentes investigados a fin de evitar un proceso penal¹⁸, toda vez que una de las cosas más importantes en la vida empresarial y bancaria es el nombre que se hagan dentro del mercado, o lo que se conoce como la reputación.

Parte II – Análisis económico

1. La función de la pena de los §§ 25c y 54a desde el análisis de un juego de decisión

Un árbol de decisión es un método analítico que a través de una representación esquemática de las alternativas disponibles facilita la toma de mejores decisiones, especialmente cuando existen riesgos, costos, beneficios y múltiples opciones.

Es el momento de traer los conceptos de *racionalidad secuencial* y el de la *inducción hacia atrás (backward induction)*. El primero de ellos es un concepto para indicar que el jugador debe demostrar racionalidad al momento de tomar decisiones, esto es que un jugador debe maximizar sus pagos esperados en cada conjunto de información en el que al jugador le toque mover. En otras palabras, la estrategia debe ser óptima y debe especificar la acción óptima en cada conjunto de información, aunque el jugador piense *ex ante* que dicho conjunto de información no será alcanzado en el juego. La *racionalidad secuencial* es de conocimiento público.

El segundo concepto, *inducción hacia atrás (backward induction)*,

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ GEHLEN, ob. cit., p. 341.

es el procedimiento de analizar el juego desde el final hacia el inicio: desde el conjunto de información en el final del árbol hasta los conjuntos de información del principio.

La idea propuesta se aplicaría de la siguiente forma: si quien comete un delito está haciendo uso de la *backward induction* y de la *racionalidad secuencial*, de esta manera, sabiendo cuáles son los posibles resultados finales, a partir de allí puede evaluar hacia atrás el beneficio o costo de sus actos.

Ahora bien, en la vida económica, las personas, los bancos y los países compiten por obtener utilidades o por dominar mercados.

El problema aparece, como hemos visto, en los pagos y sanciones. Cuando el banquero debe realizar el análisis *costo-beneficio* sobre cumplir o no con la norma, el cálculo estará basado en que si la ganancia por detractor será superior a la pérdida, generará la aplicación de una sanción penal.

Apliquemos a lo que vimos anteriormente la probabilidad de ser capturado que nos da el § 25c por el mal análisis del riesgo, lo que permite que aumente la posibilidad de afrontar un proceso penal y una eventual condena según el § 54a de la KWG.

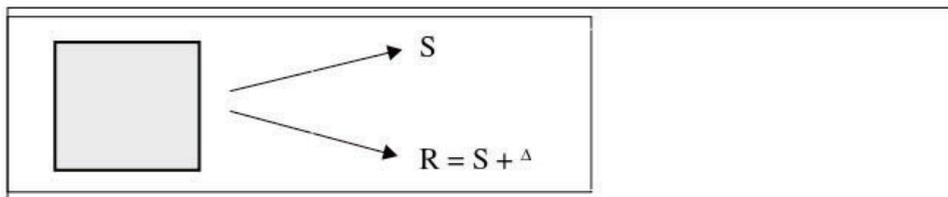
Se debe tener presente que el pago esperado es igual a la pena por la probabilidad de captura-ganancia.

1. *Juego sin los §§ 25c y 54a de la KWG.*

S = pago esperado.

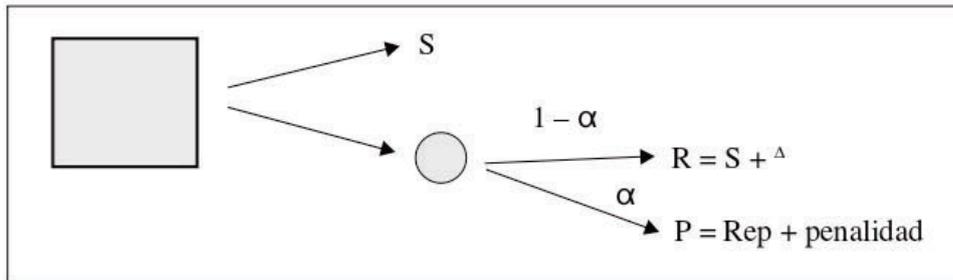
R = pago con extra riesgo.

Δ = ganancia extra por riesgo.



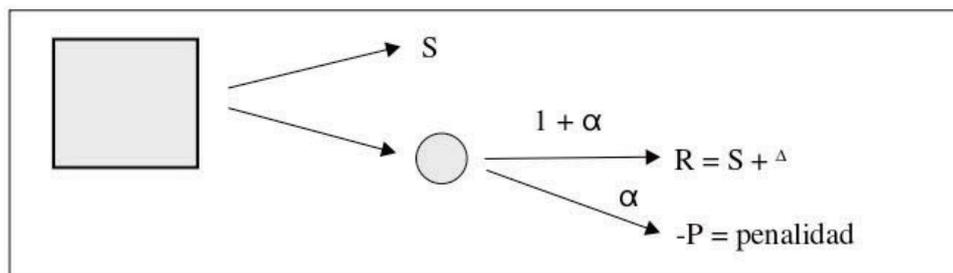
En el árbol de decisión sin la normativa a estudio, la intuición nos permite decir que, sin la reforma realizada a la KWG, al banquero le convendría buscar mayor ganancia bajando los análisis de riesgos, y entregar más créditos, dado que obtendría una mayor rentabilidad.

2. Juego con los §§ 25c y 54a de la KWG.



Este juego se repite en cada período hasta el final, pero en el último período $Rep = 0$ (costo de reputación = 0), la pena debe ser suficiente para evitar el riesgo extra. En consecuencia el juego final es:

Último período.



α = probabilidad de ser procesado

$1 - \alpha$ = probabilidad de no ser procesado

Así las cosas, hay que buscar una penalidad que implique que seguir la ley es más conveniente que asumir el riesgo, así:

$$S = S - dS + \Delta - \alpha \Delta - \alpha P$$

$$\alpha P = -dS + \Delta - \alpha \Delta$$

$$P = \frac{-\alpha S - \alpha \Delta + \Delta}{\alpha}$$

$$P = \frac{-\alpha S - \alpha \Delta}{\alpha} + \frac{\Delta}{\alpha}$$

$$P = \frac{\alpha (-S - \Delta)}{\alpha} + \frac{\Delta}{\alpha}$$

$$P = -S - \Delta + \frac{\Delta}{\alpha}$$

$$P = -S - \Delta \left(1 - \frac{1}{\alpha}\right)$$

El resultado nos lleva a interpretar qué ocurriría en aquellos casos en los que el coeficiente dé 0 o 1. Si la fracción (*1/alfa*) aumenta, ese valor va a ser mayor que 1. En este caso, la expresión daría un número negativo, y si se lo multiplica por la ganancia *extra riesgo* va a dar un signo positivo que puede ser mayor que S (sería mayor porque *delta* es superior: de no serlo el banquero no se arriesgaría).

Siendo mayor la pena, debería estar fijada en ese nivel (que básicamente depende de la ganancia *extra riesgo* y del *alfa*).

Si la fracción (*1/alfa*) disminuye, ese valor va a ser casi 1 y en la resta con 1 daría un número cercano a cero. En este caso, va a dar un número positivo que multiplicado por *delta* arroja un resultado negativo y eso sumado a - S da un valor negativo también.

En caso de que *alfa* se aproxime a cero, la penalidad dependerá, básicamente, de la ganancia *extra riesgo*. Pero si *alfa* se aproxima a 1, dependerá tanto de la ganancia *extra riesgo* como de la ganancia normal.

En consecuencia, lo inicialmente importante es *alfa* (probabilidad de detección) y dependiendo de su valor (cercano a 0 o 1) incidirá en la “pena”, exigiéndole que se adecue a la norma.

Así, la intuición nos permite pensar que todo beneficio cercano a 1 o < 1 será en favor del banquero, dado que le representa un menor riesgo y en consecuencia mayor ganancia. De esta forma, si la posibilidad de una pena es 0 o > 1, no vale la pena detractar con la norma, ya que no se obtiene un beneficio menor.

Recordemos que con la idea del *CMgd*, en el caso de que no existiera el § 25c el funcionario bancario podría no reaccionar a la sanción dado que la probabilidad de afrontar un proceso penal es baja, y en

este caso jugaría un papel preponderante su aversión al riesgo; pero con la idea del § 25c, el § 54a cobra mayor protagonismo, aumentando la posibilidad del castigo; eso hace que la *Utmg* del banquero decrezca.

El corte de la *UTmgd* está dado, como se vio, en el árbol de decisión en el que la sanción llegó a un punto tal que al banquero le conviene buscar su ganancia según lo que marca la norma, visto que el costo de la sanción le representa su *CMgd*.

La sanción que impone el § 54a de la KWG puede ser baja, pero el incentivo está puesto en que la persona valora más el costo que le implica enfrentar un proceso penal o una condena a la vista de sus pares, accionistas, acreedores o de la sociedad. De esa manera Alemania ha incorporado al cálculo del banquero el daño o el coste de sus acciones.

Ahora bien, esta sanción tendría sentido incluso si no alcanza al banquero directamente; dado que se le puede aplicar al gerente o funcionario bancario la intuición lleva a pensar que, aunque el banquero organice su estrategia con la finalidad de detractar, si los funcionarios bancarios no la ponen en práctica por el desincentivo a enfrentar un proceso penal y que caiga su reputación, indirectamente se le aplica el cálculo al banquero.

Parte III – Conclusión final

Sin duda los bancos pueden desempeñar un papel importante en la evaluación de riesgos, aportando y luego facilitando el flujo de finanzas dentro de la economía. Los funcionarios bancarios llevan a cabo una tarea importante en la gestión de las numerosas relaciones sociales que se generan entre los deudores y el banco, además de evaluar los riesgos de los potenciales prestatarios¹⁹.

Los sistemas monetarios y financieros se cuentan entre los logros culturales y económicos más grandes de la humanidad. La creación del dinero por parte de un sistema monetario y bancario bien desarrollados, primero en Florencia, luego en Holanda y al final en Gran Bretaña, con la fundación del Banco de Inglaterra en 1694, fue sin

¹⁹ PETTIFOR, Ann, *La producción del dinero*, Lince, Barcelona, 2014, p. 29.

duda un gran avance de la civilización. Como consecuencia de estos sistemas monetarios sólidos, se acabó la escasez de financiación para la empresa privada o para el bien público. Las personas emprendedoras ya no necesitaban depender de capitalistas poderosos y con pocos escrúpulos para obtener financiación. Los bancos otorgaban préstamos según la credibilidad del solicitante, lo que condujo a una gran disponibilidad de financiación para muy diversos tipos de emprendimientos privados y públicos, y no solamente para un selecto grupo de privilegiados. Los nuevos y sólidamente desarrollados sistemas monetarios y financieros favorecieron la democratización del acceso al crédito, a la vez que redujeron el precio o la tasa de interés que se cargaba a los préstamos. Por consiguiente, se acabó la escasez de dinero destinada a invertir y a potenciar la actividad económica y la creación de empleo²⁰.

En una economía, el dinero se utiliza principalmente para comprar bienes y servicios, así como activos (acciones, valores, etc.). El dinero cumple tres funciones básicas para una sociedad. En primer lugar, el dinero es un medio de intercambio generalmente aceptado que facilita el intercambio de bienes y activos. En segundo lugar, el dinero es una unidad de cuenta que permite una valoración uniforme de todos los bienes y activos. En tercer lugar, el dinero tiene una función de conservación del valor, que permite que transcurra cierto período de tiempo entre la adquisición de los ingresos y el gasto de esos ingresos, y así, por ejemplo, acumular activos. Cada objeto que cumple estas tres funciones es dinero en el sentido económico²¹.

Ahora bien, las personas se mueven por incentivos, esto es que evaluarán el *costo-beneficio* a la hora de tomar decisiones o cometer un ilícito. Este cálculo se realiza desde la *racionalidad limitada*, que permite un margen de error dentro del cálculo que realiza la persona.

La pena o la sanción penal en el § 54a es una *motivación* o un *incentivo* “*ex ante*” a que se cometa el hecho ilícito; es reconocer en la pena un *fin* (así como que las personas son racionales y actúan según incentivos), que la persona a la hora de realizar un análisis

²⁰ Ídem, p. 30.

²¹ THIEB, Peterson, *Makroökonomie. Schritt für Schritt*, 3 Auflage, Utb, p. 52.

costo-beneficio podría comportarse de manera distinta (o no); esto sería si encuentra más costos que beneficios. Pero esta decisión no es desde la coacción o la intimidación, sino *desde su propio cálculo libre*, sabiendo cuáles serían las posibles consecuencias de sus actos.

En esta idea de la motivación del comportamiento, la pena está puesta no en el grado de maldad, sino en el cálculo negativo que generaría si se impone una sanción; la pena está vista como una pérdida, un costo mayor a la ganancia de cometer el delito por parte del funcionario bancario.

Entonces, la pena, en un *primer estadio*, no tiene como fin la coacción o la intimidación; sólo es informativa, para generar una conducta *ex ante* de que se lleve a cabo el ilícito, en el cálculo (*costo-beneficio*). La conclusión a la que se puede arribar es que dentro del sistema bancario la idea que propone el § 54a de la KWG es a los fines de que el banquero o funcionario bancario incorpore a su cálculo *costo-beneficio* las posibilidades de obtener una sanción o enfrente un proceso penal que lleve a una caída de su prestigio.

Como se ha visto, el tipo penal del § 54a es importante, pero obtiene más fuerza gracias a la posibilidad de enfrentar un proceso penal que le da el § 25c de la KWG. Es esta probabilidad lo que hace que el banquero deba incorporar en su cálculo poder ser imputado (posibilidad de ser capturado) en un proceso penal y eventualmente sopesar una sanción penal; ello implicaría que deberá pasar por los ojos inquisitivos de sus colegas, accionistas, acreedores y de la sociedad gracias a la prensa.

Por ello el tipo penal a estudio no necesita de una sanción alta, toda vez que si además le agregamos la probabilidad del § 25c de ser imputado esos costos se vuelven más probables; en el cálculo *costo-beneficio* que realizaría el banquero, los costos que debe afrontar con los de una posible sanción-pena, pero además la posibilidad de afrontar un proceso penal antes de llegar a una sanción y sus consecuencias ya vistas.

Es por ello que no importa que la pena que impone el § 54a sea baja e incluso ni siquiera tiene la necesidad de que sea de cumplimiento efectivo; el simple hecho de enfrentar un proceso penal para quien trabaja en finanzas o bancos implica ya un costo muy grande, ni hablar si además recibe una sanción penal.

Otra idea a favor de este tipo penal encuentra un fundamento en que el mero hecho de aplicar sanciones económicas no sería un desincentivo para el banquero. El ejemplo lo encontramos en aquellos casos de grandes bancos que fueron sancionados con millonarias multas por haber realizado *mediocres análisis de riesgo* y debido a ello permitieron que el narcotráfico pudiera lavar millones de dólares. Pero en estos casos no se dieron sanciones penales a los banqueros o funcionarios bancarios por el *mal análisis de riesgo o laxo análisis de riesgo*, dado que resultaba difícil imputarlos por esos actos; en consecuencia es sancionada la persona jurídica con suntuosas multas²².

²² Los ejemplos que se pueden aportar son:

a) El último incidente conocido respecto a lavado de dinero por medio de los bancos es el de NatWest, uno de los mayores bancos de Gran Bretaña, que tendrá que responder ante la justicia debido a que no realizó un *correcto* análisis de riesgo a un cliente que opera con oro, y que depositó £ 365 millones (US\$ 502 millones). NatWest es el último de una larga lista de bancos a los que se acusa de quedarse cortos en la lucha contra el dinero sucio.

b) En 2020, las multas por temas vinculados al lavado de dinero sumaron US\$ 10.400 millones en el mundo. Eso representa un incremento de más del 80% respecto del año previo, según datos de Fenargo, una firma que desarrolla software para controlar el cumplimiento de las normas. En enero, a Capital One, un banco estadounidense, se le impuso una multa de US\$ 390 millones por no denunciar miles de transacciones sospechosas. Danske Bank sigue enfrentando los efectos de un escándalo de 2018: se lavaron más de US\$ 200 millones de dinero potencialmente sucio a través de su pequeña filial en Estonia (en <https://www.lanacion.com.ar/economia/en-el-mundo-se-esta-perdiendo-la-guerra-contra-el-lavado-de-dinero-nid18042021/>).

c) En el 2012, cuando se descubrió que el Banco británico HSBC puso en riesgo las finanzas de los Estados Unidos por no rastrear la procedencia ni las características de las transacciones, dejando infiltrar dinero proveniente de los carteles de la droga, error por el que tuvo que pagar una multa récord de 1.920 millones de dólares. La firma bancaria reconoció que no invirtió lo suficiente en mecanismos para detectar movimientos de lavado de dinero, que incumplió las normas e ignoró las alertas, pese a estar localizado en un país que enfrenta una crisis por narcotráfico.

d) La justicia de Holanda acusó al Banco ING de ese país por permitir actividades de lavado de activos; además, obligó el pago de una multa de 775 millones de euros por las deficiencias registradas por su filial holandesa entre 2010 y 2016. De acuerdo con la investigación de la Fiscalía de Holanda, algunos clientes de la firma bancaria lavaron cientos de millones de euros porque no había regularidad en la supervisión. Esa información la corroboró el ente investigador con correos electrónicos y documentos, por lo que acusó como implicados al Departamento de Negocios, Auditoría Interna y Cumplimiento de la firma bancaria. La Fiscalía documentó que el “Banco

Una crítica que podría hacerse al tipo penal se basa en que, al exigirse un mayor análisis del riesgo, esto puede implicar que muchas

de Holanda investigó la política interna de ING contra el lavado de dinero entre 2005 y 2016, por lo que sancionó a la entidad por no comprobar la procedencia del efectivo y le advirtió de los peligros de estas carencias. Sin embargo, ING, en vez de actuar, recortó el personal que vigilaba movimientos sospechosos de los clientes.

e) Rabobank (banco holandés) pagó una multa de casi 370 millones de dólares en Estados Unidos por dejar introducir a su sistema financiero millonarias sumas provenientes del narcotráfico. De acuerdo con el Gobierno de Estados Unidos, los empleados del Banco holandés ocultaron información a los investigadores durante casi cinco años, entre 2009 y 2012. En ese entonces, el Departamento de Justicia de Estados Unidos aseguró en un comunicado de prensa que “cuando Rabobank supo que un número considerable de las transacciones de sus clientes indicaba tráfico internacional de narcóticos, crimen organizado y actividades de lavado de dinero optó por mirar hacia otro lado y encubrir las deficiencias”. En juicio, la firma bancaria admitió que tenía un deficiente programa contra el lavado de activos y que permitió que se depositaran 370 millones de dólares en efectivo, imposibles de rastrear. Esta sanción es una de las mayores impuestas por Estados Unidos por lavado de activos y financiación del terrorismo.

f) Explica Michael Anderson (*La necesidad de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para investigar y procesar el delito de lavado de dinero internacional*, en CARRIÓN DÍAZ, Juan Elías y VIVEIROS, Carlos [coords.], *El delito de lavado de activos*, Grijley, Lima, 2017, t. III, p. 322) que Al Qaeda se debe al tráfico de heroína; sin embargo, no se puede gastar miles de dólares sin pasar desapercibido. Por ello, en vez de gastarlo directamente, la organización lavó su dinero en efectivo por medio de bancos ilegítimos, incluyendo al Banco Al Rajhi, conocido como uno de principales financistas de Osama Bin Laden. El Al Rajhi carecía de la capacidad para lavar dinero alrededor del mundo, por lo que recurrió a una institución financiera global, con la que había lavado dinero durante décadas: el HSBC (The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation). Tras convertir el dinero en una moneda más estable, el HSBC devolvió el dinero al Banco Al Rajhi, lo que luego permitió que sus clientes lo gastaran en mercados legítimos sin parecer sospechosos. Con esta divisa “limpia” y estable, Al Qaeda es capaz, entonces, de comprar armas, financiar el entrenamiento y ejecutar ataques terroristas contra personas alrededor del mundo, abarcando los ataques del 11 de septiembre. Y ellos sólo son capaces de hacerlo porque pueden gastar sus ganancias provenientes del narcotráfico de heroína en mercados legítimos. Todo ello ocurrió “por gentileza del HSBC”. Éste es el problema con el que actualmente se enfrentan los países de todo el mundo. Los Estados Unidos pueden sancionar al HSBC por permitir que suceda el lavado de dinero dentro de sus fronteras; sin embargo, el gobierno no tiene el poder para evitar el problema en su origen; ellos no pueden procesar a los terroristas, que, en la última etapa del blanqueo, se beneficiaron de él, o a los bancos más pequeños, que actúan como beneficiarios de estas organizaciones terroristas.

personas queden fuera de la posibilidad de acceder a un crédito por parte del banco. Ello quiere decir que esas personas busquen otras formas de acceder al crédito, como pueden ser las Fintech, créditos usureros o directamente no invertir.

Es interesante ver que al día de hoy no hay condenas por este tipo penal. Ello no quiere decir que los funcionarios bancarios no tuvieron que pasar por un proceso penal debido al § 25c; esto podría representar que el tipo penal no buscaría una sanción sino generar que el funcionario bancario al realizar el cálculo costo-beneficio, con el mero hecho de enfrentar el proceso penal, desista de su acción²³.

Otra idea podría ser que luego de la crisis del 2008 este tipo penal buscó llevar mayor confianza al sistema bancario y financiero alemán, con la finalidad de que las personas y los inversores recuperen la confianza en dicho sistema.

Bibliografía

- BERND, Rudolph, *Bankregulierung zur Lösung des "too big to fail". Problems*, en <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0042-059X-2014-2-72/bankregulierung-zur-loesung-des-too-big-to-fail-problems-jahrgang-68-2014-heft-2>.
- BOUR, Enrique, *Economía del crimen, accidentes, responsabilidad y regulación*, en www.ebour.com.
- CERQUEIRO, Geraldo y PENAS, Maria Fabiana, *How does personal bankruptcy law affect start-ups?*, Católica Lisbon School of Business and Economics, marzo de 2016.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho & Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, B de F, Madrid, 2014.

²³ Un ejemplo puede ser un caso penal presentado contra el ex Co-CEO de Deutschen Bank Fitschen y otros exdirectores de bancos ante el Tribunal de Distrito de Múnich I, en el que fueron acusados de fraude. Esto trajo serios problemas para los bancos alemanes. En vista de esto resulta una preocupación de los directores o gerentes evitar la responsabilidad penal que impone el § 54a, KWG; incluso realizan un esfuerzo por evitar la mínima sospecha a fin de evitar que la BaFin comience las instrucciones contra la autoridad de la empresa (GEHLEN, ob. cit., p. 339).

- DEUTSCHER, Bundestag Drucksache 17/12601. *Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen. Gesetzentwurf der Bundesregierung*, del 4-3-2013.
- DIXIT, Avinash K. y NALEBUFF, Barry J., *Spieltheorie für Einsteiger. Strategisches Know-how für Gewinner*, Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 2018.
- DONNA, Sebastián Alberto, *Las teorías de la pena. Un análisis jurídico-económico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.
- FRIEDMAN, Milton y Rose, *Libertad de elegir*, Biblioteca Económica, Madrid, 1983.
- GEHLEN, Leonhard, *Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach § 54a, KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Bankenrisiken*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La protección penal transnacional de los mercados financieros*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- HALL, Robert E. y TAYLOR, John B., *Macroeconomía*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.
- IOANNIDOU, Vasso P. y PENAS, María Fabiana, *Deposit Insurance and Bank Risk-Taking: Evidence from Internal Loan Ratings*, en *Journal of Financial Intermediation*, 2010, vol. 19, ps. 95-115.
- JIMÉNEZ, Gabriel; ONGENA, Steven; PEYDRÓ, José Luis y SAURINA, Jesús, *Hazardous Times for Monetary Policy: What Do Twenty-Three Million Bank Loans Say About the Effects of Monetary Policy on Credit Risk-Taking? First Draft, September 2007*, en *This Draft*, mayo de 2008.
- KABAS DE MARTORELL, María E. (dir.), *Tratado de Derecho Bancario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I.
- KEYNES, John M. y otros, *Crítica de la economía clásica*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1972.
- *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, 4ª ed., 2ª reimp., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.
- KRUGMAN, Paul, *Contra los zombies*, Crítica, Buenos Aires, 2020.
- KRUGMAN, Paul y WELLS, Robin, *Microeconomía*, 2ª ed., Reverte, España, 2013.
- KUNIGUNDE, Kalus, *Wiewirtschaftet die Welt? Von der ersten Arbeitsteilung zur Globalisierung*, Springer, Wiesbaden, 2017.
- MARSHALL, Alfred, *Principios de economía*, Aguilar, Madrid, 1963.

- NESTLER, Nina, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht*, Springer, Berlin, 2017.
- NORTH, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.
- OLNEY, Martha, *Mikroökonomie*, Wiley, Berlin, 2014.
- OLSON, Marcur, *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- PENAS, María Fabiana y UNAL, Haluk, *Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets*, en *Journal of Financial Economics*, 2004, vol. 74, N° 1, ps. 149-179.
- PETTIFOR, Ann, *La producción del dinero*, Lince, Barcelona, 2014.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del Derecho*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- SMITH, Adam, *Investigaciones sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las Naciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
- SOLA, Juan Vicente, *Tratado de Derecho y Economía*, t. I, *Herramientas de economía para el análisis jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- THALER, Richard H., *La psicología económica*, Deusto, Barcelona, 2016.
- THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *Nudge, Wie man kluge Entscheidung antstößt (Cómo tomar una decisión inteligente)*, 12 Auflage, Ullstein, Berlin, 2017, ps. 34-35.
- THIEß, Peterson, *Makroökonomie. Schritt für Schritt*, 3 Auflage, Utb.
- TORRES GARRIDO, Antonio, *Crisis bancaria y regulación financiera. El seguro de depósito: apariencia y realidad*, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1990.
- VILLAR, Mario, *Suerte penal*, Didot, Buenos Aires, 2016.
- VON MISES, Ludwig, *La acción humana. Tratado de economía*, 12ª ed., Unión Editores, Madrid, 2018.