

El artículo fue publicado con algunas modificaciones en: Revista de Derecho Penal - Derecho Penal Económico 2020-2 Derecho bancario, Cambiario y Financiero. Relación con el Derecho Penal – II, Rubinzal-Culzoni. 2021. (pp. 9-37).

La pena como desincentivo al incentivo negativo que genera el seguro de depósito y el Too big to fail en el sistema bancario.

por Sebastian Alberto Donna.¹

Resumen

El artículo aborda dos institutos el TBTF y el seguro de depósito, los cuales generan un incentivo positivo en los ahorristas y una confianza en el sistema bancario, pero a su vez genera un incentivo a que el banquero toma más riesgos de los que afrontaría sin esos dos institutos.

Esos riesgos suelen generar externalidades negativas como es el caso de las crisis económicas, así el Derecho penal por medio de la pena vendría a generar ese incentivo a que el banquero incorpore en sus cálculos el daño al sistema de cooperación social.

Palabras clave: Derecho penal, bancario, seguro de depósito, Too big to fail, pena

Abstract

The article discusses two institutes, TBTF and deposit insurance, which generate a positive incentive for savers and confidence in the banking system, but also generate an incentive for the banker to take more risks than he would otherwise face.

These risks usually generate negative externalities, as is the case with economic crises, so criminal law through punishment would generate this incentive for the banker to incorporate the damage to the social cooperation system in his calculations.

Key words: bank, law, punishment, Too big to fail, deposit Insurance

¹ Doctor en Derecho penal, UBA + Magister Derecho & Economía, UBA + Maestría en Economía Aplicada, UTDT + Abogado, UBA + (antiguo) Gastwissenschaftler Georg-August Universität Göttingen. Institut für Kriminalwissenschaften, CEDPAL (Alemania) + Profesor de grado y postgrado + Doctorando en Derecho penal Univ. Salamanca España.

I. Introducción

Este trabajo abordará los temas TBTF y los seguros de depósito, toda vez que generan un incentivo en la creación de liquidez, en otras palabras, los bancos que entran en la categoría TBTF podrían tomar más riesgos que si no existiera este salvavidas por parte del Estado.

En otras palabras, el seguro de depósito y el too big to fail cumplen un rol importante sobre los intermediarios financieros en la creación de liquidez, así como en los incentivos de toma de riesgos para la creación del dinero bancario.

La pena en este caso viene a generar costos al banquero, a los fines que incorpore en sus calculo costo-beneficio el daño que causarían sus acciones al sistema de cooperación social, de esta manera la pena cumple la función de mantener el capital social alto.

El seguro de depósito no es una solución a corridas bancarias en el sentido que no viene a solucionar crisis sistemáticas o del sistema financiero para esos casos esta TBTF, el seguro de depósito tiene la finalidad de solucionar la crisis de un banco que no puede cumple con sus clientes, la idea sería la siguiente; si un banco quiebra a los fines de evitar que se pierda la confianza en el mercado financiero y eso genere una corrida bancaria el seguro de depósito viene a reponer esos ahorros en ese banco en particular, como veremos.

Ahora bien, la discusión sobre estos dos institutos financieros se da sobre que tienen un lado positivo y un lado negativo. El primero de ellos está puesto en que son incentivos a los fines de proteger a los ahorristas y al sistema financiero, el lado negativo quiere decir que genera incentivos a los fines que los bancos o los banqueros tomen mayores riesgos dado que, saben que el Estado mediante esos dos institutos saldrá a salvarlos.

Esta idea de que el seguro de depósito o el TBTF genera una externalidad negativa, entiende que, al tener el banquero el salvavidas de estos dos institutos, hace que este tenga el incentivos a tomar más riesgos, por un lado porque no trabaja con su dinero y por el otro sabe que será salvado por el gobierno.

Para el profesor *Feijoo Sánchez*, la última crisis económica ha evidenciado la importancia del correcto funcionamiento de los mercados de valores e instrumentos financieros en un sistema económico caracterizado por su financiarizacion o financializacion que no cabe duda

de que ha otorgado el protagonismo de la globalización económica a los mercados financieros y a los operadores altamente profesionalizados que los dominan. El debate político-criminal parece haberse quedado estancado, en todo caso, en la determinación de las conductas de abuso de mercado y de los responsables de sociedades emisoras que deben ser criminalizadas.²

Las distintas crisis económicas, particularmente la última de ellas (2008), dejó un mensaje a las personas por parte del propio Estado: que la norma en relación al banquero no posee ningún valor, ya que el sector bancario fue una de las partes que ocasiono la crisis, estos nunca recibieron una sanción, esto quiere decir que la norma perdió valor, y las personas pierden credibilidad en el Derecho. Esta idea se agravo cuando el propio Estado salió a rescatar a los bancos, particularmente a los grandes bancos. En Alemania debido a esto, se incorporó un tipo penal a la Ley de créditos (KWG³) con la finalidad de poder sancionar penalmente al banquero por el mal análisis de riesgo, toda vez que no había un tipo penal que pudiera aplicarse.⁴

Aparece esta idea de la pena como un costo a los fines que el banquero realice un cálculo ex ante a la toma de decisiones, de esta manera lo que se está implementando en la prevención

² 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 Eduardo (director), Crisis financiera y Derecho penal económico. Bdef. Madrid. 2014. p.852.

³ Este tema fue tratado en el numero anterior de esta revista, en consecuencia me remito al mismo, El §54^a de la Ley de créditos. Ley bancaria- KWG alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz) y la prevención general negativa; en Revista de Derecho penal económico. 2020-1 Derecho Bancario, Cambiario y financiero. Relación con el Derecho penal-I. Rubinzal-culzoni. 2020.

⁴ Es, por lo tanto, esencial que en periodos de crisis los mecanismos de análisis de riesgos no se relajen, sino que se mantengan, para que la recuperación económica no se vea ralentizada por un problema latente en el sector financiero. El sector financiero es la sangre que permite a la economía funcionar y, por ello, no se debe incentivar que tome un riesgo desproporcionado. (Lacalle Daniel. Cargar a la Banca el coste de la crisis es un riesgo inasumible. 21/4/2020.

Señala Krugman que, en el sur de Europa, las descomunales burbujas inmobiliarias hicieron crecer el empleo en la construcción, aun cuando el sector industrial se volvía cada vez menos competitiva. Mientras tanto, la economía alemana, que había estado languideciendo, se reanimo gracias al rápido aumento de las exportaciones s estos países del sur que contaban con burbujas especulativas. Entonces las burbujas estallaron. Los empleos de la construcción se esfumaron y el paro aumento vertiginosamente en el sur; ahora está bastante por encima del 20% tanto en España como en Grecia. Al mismo tiempo, los ingresos se hundieron; en su mayoría, los grandes déficits presupuestarios son una consecuencia, no una causa, de la crisis. Sin embargo los inversores se dieron a la fuga e hicieron subir el coste de los prestamos. En un intento por calmar los mercados financieros, los países afectados impusieron duras medidas de austeridad que agravaron sus crisis. (Kurgman Paul. Contra los zombies. Economía, política y la lucha por un futuro mejor. p. 194. Critica. Bs.As. 2020).

general negativa, pero no desde el miedo o la coacción sino que desde un incentivo o desincentivo.

II. Prevención general negativa

La teoría de la prevención general, en su forma original, considera que el propósito del castigo es disuadir a los posibles autores de cometer un delito. Este propósito del castigo también es familiar para el entendimiento previo y ha sido conocido desde la antigüedad. Fue formulada sistemáticamente por el importante abogado penalista *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833). Según su teoría de la coacción psicológica, el derecho penal tiene la tarea de abolir los motivos egoístas dirigidos a cometer delitos, generando motivos egoístas opuestos y, por lo tanto, impidiendo psicológicamente que el ciudadano cometa un delito. Cumpliría esta tarea dando al ciudadano la certeza, mediante la amenaza de castigo, de que a cada delito le seguiría un mal "*que es mayor que la falta de voluntad que surge del impulso insatisfecho de cometerlo*". La imposición de la pena sólo es necesaria para mantener la credibilidad de esta amenaza de castigo.⁵

La teoría de *Feuerbach* sobre la coerción psicológica se basa en una separación radical de la ley y la moral. No niega que muchas personas no cometen delitos debido a sus convicciones morales, pero considera que el sentido del derecho penal consiste en prevenir los delitos independientemente de las convicciones morales de los ciudadanos, haciendo que su comisión sea "antieconómica" para los posibles autores. A menudo se argumenta que no todos los delitos son el producto de un análisis de costo-beneficio bien considerado. Un gran número, en particular también los delitos graves, se cometen sin que el autor se preocupe de si vale la pena cometerlos o no. Por ejemplo, los delitos de homicidio y de lesiones corporales graves suelen ser delitos instantáneos que no van precedidos de una decisión del autor que sopesa las ventajas y desventajas y que, por lo tanto, no pueden evitarse eliminando el "*atractivo económico*" de los delitos penales.⁶

Señala el profesor de la universidad de Leipzig *Kluszczewski* que, independientemente del alcance de la condena posterior, el enjuiciamiento más coherente posible es una medida preventiva. Por lo tanto, los efectos generales de la prevención no pueden utilizarse para

⁵Frister Helmut, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Kurz-Lehrbücher. 7. Auflage. C.H. Beck.*, p. 20

⁶Frister ob. cit, p 21

justificar el castigo. Además, se impone una sanción al autor con la intención de que terceros puedan cambiar su comportamiento. Este horror criminal convierte al condenado en un mero medio de lucha contra la delincuencia por parte del Estado. Por lo tanto, infringe el artículo 1 I de la GG. Por último, pero no por ello menos importante, hay que tener en cuenta que la brutalidad asociada a esos castigos tiende a promover, en lugar de contener el espíritu de la violencia.⁷

En la prevención general negativa, el destinatario es la unidad universal. Esta pena tiene por objeto impedir que delincuentes "distintos del autor" cometan delitos. Por lo tanto, su objetivo es ejercer coerción psicológica sobre los posibles autores y mantenerlos en el camino del Derecho mediante la amenaza del castigo. Una prevención general entendida de esta manera se llama negativa porque ve el castigo como un medio de disuasión.⁸

- La amenaza de castigo tiene por objeto disuadir a todos los destinatarios habituales de cometer el delito en cuestión;

- La ejecución de la sentencia deja en claro la gravedad de la amenaza.

Señala *Murmann* que, la crítica a esta teoría comienza ya con la imagen humana subyacente de un "*homo economicus*", formado por una creencia esclarecedora en la razón: Contrariamente a esta noción, la mayoría de los delincuentes no sopesan sobriamente las ventajas del crimen contra la amenaza del castigo, sino que actúan impulsivamente sin mucho cálculo. Y si la cuestión ya se ha sopesado, entonces no es tanto el nivel de la pena amenazada lo que juega un papel como el riesgo de descubrir el delito. Quien decide cometer un delito suele confiar en que no será "capturado" y, por lo tanto, no será castigado. Aún más grave que estas dudas sobre el carácter concluyente del concepto es la objeción de que, en última instancia, el autor no es castigado por su propio acto, sino por disuadir a otros miembros de la sociedad. Por consiguiente, la culpabilidad del individuo no puede tener un efecto limitante, pero el alcance del castigo se basa en la necesidad de disuasión de la población. El ser humano es degradado por el castigo a uno de los elementos disuasorios del otro objeto

⁷ Kleczewski Diethelm. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Das examensrelevante Kernwissen im Grundriss. Leipziger Universitätsverlag. 2017. p. 10/11

⁸ Kindhäuser Urs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Nomos p. 38.

de servicio, como si fuera puesto en la picota, violando así su dignidad humana (artículo 1, apartado 1, de la GG).⁹

Hegel ha resumido la objeción de la violación de la dignidad humana en pocas palabras: "En base al castigo, es como levantar un palo contra un perro, y el hombre no es tratado de acuerdo con su honor y libertad, sino como un perro".¹⁰

Ahora bien, a diferencia de lo que hemos visto, entiendo que la prevención general negativa no busca el miedo o una amenaza al castigo, sino que la norma y la sanción es información a los fines que las personas puedan en su autonomía realizar un cálculo costo-beneficio sobre qué acción tomar, esto es, si realizar el acto contrario al Derecho o mantenerse dentro de la norma.

De esta manera la violencia o la coacción que genera la pena aparecerá recién luego de que se cometió el hecho contrario al Derecho y obtuvo una condena, antes de que eso ocurra la pena es información.

En relación a la crítica sobre que las personas no son máquinas que realizan cálculos perfectos en el costo -beneficio, no debemos olvidarnos que en económica desde hace ya muchos años se utiliza la idea o concepto de ***racionalidad imperfecta***.

Claro está que, por ser personas racionales, que buscan maximizar sus posibilidades, no quiere decir que siempre esos cálculos son correctos, ya que dependen multiplicidad factores que quizás o no se tomaron en cuenta, ya sea por desconocerlos o por no considerarlos a la hora del análisis, esto sigue la idea que se conoce como ***racionalidad imperfecta***, la cual es tomada por este artículo a los fines prácticos de justificación.

La pena cumpliría la función que el banquero en el cálculo costo-beneficio, incluya el costo social de sus actos. En este caso, la ***racionalidad imperfecta*** no resulta tan imperfecta sino que los márgenes de error son menores, toda vez que estamos hablando de técnicos en la materia, en este caso la ***racionalidad imperfecta*** tiene un margen menor de error en relación a un delincuente común como por ejemplo un ladrón.

⁹ Murmann Uwe. Grundkurs Strafrecht. 3.Auflage. Beck. München. 2015. p 27

¹⁰ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Zusatz zu §99, in Murmann ob. cit, p. 27

Como se puede ver, para esta idea lo más importante es la autonomía de persona, que es la que le permite realizar su cálculo libremente

Así, “la autonomía es entendida como capacidad de autogobierno de la persona que manifiesta en la acción como agente, es decir que puede verse una relación entre sus motivos o razones y sus conductas para llevarlos adelante. La autonomía personal implica que la persona se guíe por sus propias consideraciones, deseos, razones, justificaciones que no son impuestas externamente sobre ella, sino que son parte de lo que se considera su auténtico ser. La autonomía juega un papel importante en las discusiones relativas al concepto de persona, de obligación y de responsabilidad política, moral y legal.”¹¹

III. El rol especial del banquero.

Ahora bien, sostiene *Pawlik*, que, el ataque al estado de libertades (*Freiheitlichkeit*) se manifiesta en que el autor, en la medida en que actúa en contra del orden jurídico-penal de conductas, quebranta su rol en cuanto representante de la comunidad en Derecho –dicho brevemente: en cuanto ciudadano-. Lesiona su deber de cooperar con el mantenimiento del estado jurídico existente. En esa medida, el delito representa conceptualmente un injusto frente a la comunidad en Derecho considerada en su totalidad; en palabras de *Kant*, el delito pone en peligro a la comunidad y no solo a una única persona. Ahora bien, el deber de cooperación reforzado con pena encuentra el fundamento de su legitimación en la libertad los ciudadanos, la cual solamente adquiere un valor estable real en el marco de un ordenamiento jurídico capaz de imponerse.¹²

¹¹ Villar Mario. Suerte Penal. p 223/4. Didot. Bs.As. 2016

Dice *Pawlik*, que el Derecho es, en palabras de *Kant*, el conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro, de acuerdo a una ley general de libertad. Mediante la característica de la generalidad *Kant* recuerda a su criterio moral general; el concepto de derecho corresponde en este sentido al programa de *Kant* de reconstruir una ética universal. Ciertamente el derecho no tiene en caso alguno, según *Kant*, la misión de hacer virtuosos a los hombres; el concepto kantiano del derecho se encuentra libre de consideraciones teleológicas. El derecho se limita a formular las condiciones de compatibilidad de arbitrios libres concurrentes. El arbitrio es, sin embargo, es esencialmente pre-moral poder de hacer o no hacer a voluntad en la medida en que se encuentre simplemente vinculado a la conciencia que la capacidad de acción fáctica. El arbitrio es pura particularidad: reconocimiento jurídico merece solo porque y en la medida en que su ejercicio respete la medida universalista de la ley jurídica. (Pawlik Michael, en Jesús Silva Sánchez (coord.) Colección estudios y debates en Derecho penal, n°7. La antijuricidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. p 17. BdeF. BsAs. 2015).

¹² Pawlik Michael. Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Atelier. Barcelona 2016.p. 45

Podríamos decir que, los roles especiales, son aquellos que tienen determinadas personas, porque deben configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo. Estos roles, cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos, referidos a personas, de las instituciones que confieren a la sociedad su configuración fundamental específica, es decir, aquella configuración que se considera indispensable en el momento actual: esa configuración es específica porque dichas instituciones concurren con independencia de la jurídica de la constitución de la sociedad, que es tomada como presupuesto.¹³

En síntesis, quien vive de manera auto determinada, conforme a lo que allí se ha señalado, no deja que sean otros los que dicten el contenido de su actuar, sino que lo determina el mismo al compás de sus convicciones valorativas y fines. Y a la inversa, quien actúa de manera auto determinada debe soportar las consecuencias de su autodeterminación. Así pues, **quien ha asumido un rol social no puede quejarse cuando se le vincula a las exigencias que se derivan de dicho rol.**¹⁴

El nacimiento del rol del ciudadano corporativo fiel al Derecho conlleva a la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. El reconocimiento de una esfera de autonomía a la persona jurídica con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en las personas, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal, es el rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esta cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial.¹⁵

De esta manera podemos decir que el banquero, gerente, junta de accionistas tienen un rol especial que no escapa de su espacio de control. Y tienen la obligación de comportarse dentro de ese rol especial, dentro de la cultura empresarial bancaria, siendo fieles al Derecho, toda vez que la negación al derecho lleva a costos sociales muy elevados, la pérdida de la confianza

¹³Jakobs Günther. La imputación objetiva en derecho penal. P.71. Traducción de Manuel Cancio Melia. Ad.Hoc. 5 reimpresión. Bs.As. 2014.

¹⁴ Pawlik ob. cit, p 98

¹⁵ Gómez-Jara Diez. La culpabilidad de la persona jurídica, p 166, en Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. 2 edición, Thomson Reuters. España 2016.

en el sistema financiero, o en los bancos, lo que lleva a consecuencias graves, como es la pérdida de confianza en el Derecho.

Una persona puede responder por su hacer y por su omitir significa fundamentalmente que no es concebida en su existencia como ser que es llevado y totalmente determinado, sino que se le puede preguntar como instancia que decide y que, además, en la respuesta se concibe a sí misma como instancia que decide. Por esta razón se establece un vínculo directo entre autonomía y autorresponsabilidad. Autonomía significa autodeterminación y fue esencialmente una aportación de *Kant* al mostrar que la persona experimenta la libertad mediante la autodeterminación, pues el ser humano no actúa según leyes sino como ser racional según la representación de leyes, es decir, tiene una voluntad.¹⁶

La exigencia al banquero o al gerente, se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Por la función social que cumple en el sistema económico-financiero capitalista. Como bien señala *Gómez- Jara Diez* “... la no institucionalización de la cultura empresarial de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol de ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial”.¹⁷

De esta manera, el estatus del banquero se encuentra conformado por tres componentes: primeramente debe comportarse como un ciudadano corporativo fiel al Derecho, esto quiere decir que no debe apartarse del Derecho.

El segundo componente que posee el estatus o rol especial del banquero, es el incremento del bienestar social, por ello, como no trabaja con su dinero sino con el de los ahorristas y acreedores, dinero que tiene una característica especial toda vez que mueve la piqueta financiera o si se quiere el sistema económico-financiero y el multiplicador bancario, por consiguiente lo que ocurra en este punto hace entrar en crisis o quebrar un sistema, por ello tiene como función el incremento del bienestar social.

El tercer componente, se encuentra en el trato especial que recibe por parte del Estado, esto es la teoría del *too big to fail*, ante una crisis económica que incluso podría haber provocado

¹⁶ Zaczyk Rainer. Libertad, derecho y fundamentación de la pena. 1ª edición. Colombia. 2010. Universidad de Colombia p. 259.

¹⁷ Gómez-Jara Diez. ob. cit, p 166

el mismo banquero, se le aplicara un rescate económico con el dinero de los ahorristas, ello exige al banquero tener mayor y mejor comportamiento.

Estos tres puntos son los que conforman el rol especial del banquero, rol que en su autonomía decidió aceptar. Así las cosas, el quebrantamiento de dicho estatus es negar al Derecho, esta negación implica una destrucción del capital social y por consiguiente el derrumbe del sistema de cooperación social, lo que implicaría un ataque a la autonomía de las personas.

Así el rol especial, desde la concepción funcional de la culpabilidad, en el Derecho no se interesa por el hombre en su existencia natural, sino más bien en tanto también el significa algo en lo social, esto es, en tanto **desempeña un rol social**. Con ello se arriba al punto de partida de una concepción funcional de la culpabilidad, el autor no debe ser considerado de un modo naturalista meramente como un hombre, sino socialmente como una persona, aludiéndose con esta expresión al portador de una máscara, de un rol social.¹⁸ Así, podríamos decir, que, desde esta perspectiva, el deber de cooperación aparece como una condición necesaria para que el ciudadano individual pueda disfrutar su derecho.¹⁹

IV. Seguro de depósito bancario (deposit insurance)

El seguro de depósito es considerado una garantía explícita, la literatura económica discute si la introducción de esta garantía por parte del gobierno conduce a una mayor asunción de riesgos por parte de los bancos.²⁰

En Argentina se encuentra regulado por la Ley 24.485, que en su art. 1 dice: *“Créase el Sistema de Seguro de Garantía de los Depósitos que será limitado, obligatorio y oneroso, con el objeto de cubrir los riesgos de los depósitos bancarios, en forma subsidiaria y complementaria al sistema de privilegios y protección de depósitos establecido por la Ley de Entidades Financieras, sin comprometer los recursos del Banco Central de la República Argentina ni del Tesoro Nacional. Cuando el Banco Central de la República Argentina dispusiera la suspensión total o parcial de las operaciones o la revocación de la autorización para funcionar de una entidad financiera, el Sistema de Seguro de Garantía de los Depósitos deberá disponer el*

¹⁸Córdoba Fernando. La evitabilidad del error de prohibición. Marcial Pons. Bs. As. 2012. P. 44. “Ser persona significa tener que desempeñar un rol, persona es la máscara, o sea precisamente la expresión de la subjetividad de su portador, sino antes bien la expresión de una competencia comprensible socialmente. (nota. n°32. p. 44)

¹⁹Pawlik. ob. cit, p 50

²⁰ “Deposit Insurance and Bank Risk-Taking: Evidence from Internal Loan Ratings”, by Ioannidou, V., and Penas, M.F. in Journal of Financial Intermediation, 2010, Vol.19, 95-115.

reintegro a sus titulares de las sumas depositadas en las cuentas especiales para la acreditación de remuneraciones, habilitadas en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 124 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976), en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles desde la fecha de la suspensión o revocación de la autorización para funcionar.”

La garantía cubrirá la devolución del capital depositado, intereses, actualizaciones –por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (“CER”) en los depósitos de Unidades de Valor Adquisitivo - Ley 25.827 (“UVA”) y por el índice del costo de la construcción para el Gran Buenos Aires (“ICC”) en los depósitos de Unidades de Vivienda - Ley 27.271 (“UVI”)–, y diferencias de cotización, según correspondan, devengados hasta la fecha de revocación de la autorización para funcionar o hasta la fecha de suspensión de la entidad por aplicación del artículo 49 de la Carta Orgánica del BCRA, si esta medida hubiera sido adoptada en forma previa a aquélla, sin exceder –por esos conceptos– de \$ 1.000.000.

En las cuentas e imposiciones constituidas a nombre de dos o más personas, el límite de garantía será de \$ 1.000.000 cualquiera sea el número de personas titulares, distribuyéndose proporcionalmente el monto de la garantía que corresponda entre los titulares. El total garantizado a una persona determinada, por acumulación de cuentas y depósitos alcanzados por la cobertura, según lo previsto precedentemente, no podrá superar el límite de \$ 1.000.000.

En España el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) es una entidad con personalidad jurídica propia que se aprobó por el Real Decreto Ley 16/2011 del 14 de octubre de 2011. Los poderes públicos promovieron su creación como forma de reorganizar el sistema de garantías bancarias sobre los ahorros y asegurar, así, que los ahorros de clientes y pequeños ahorradores estén garantizados en caso de que la entidad bancaria entre en proceso de concurso de acreedores, es decir, comúnmente hablando, en quiebra. La finalidad del Fondo de Garantía de Depósitos es proteger a los clientes de todos los organismos adheridos al fondo para brindarles seguridad y confianza. Para lograr este objetivo, el fondo garantiza el capital invertido, hasta un máximo de 100.000 €, y asume las pérdidas en caso de insolvencia de alguno de sus miembros.²¹

²¹ <https://m.bbva.es/general/finanzas-vistazo/depositos/fondo-garantia-depositos/index.jsp#>

Hay que matizar que el Fondo de Garantía de Depósitos opera en todo el ámbito de la Unión Europea, pero cada país tiene establecido en sus respectivas leyes el máximo de capital garantizado por cada entidad y cliente. Esto supone que si, por ejemplo, parte del dinero del ahorrista está depositado en una cuenta de un banco extranjero, también lo tienes garantizado en caso de quiebra. Es posible que el máximo de la garantía sea incluso superior al establecido en España, pues en ningún país el límite garantizado por el respectivo fondo podrá ser inferior a 100.000 €, pero sí superior.²²

En Argentina, el Directorio del BCRA determinó el 1° de marzo de 2019, que la cobertura del Sistema de Seguro de Garantía de los Depósitos será de hasta \$1.000.000 por depositante en cada entidad financiera.²³

Para el cumplimiento de su función de garantía de depósitos y en defensa de los depositantes cuyos fondos están garantizados y del propio Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, el Fondo podrá adoptar medidas de apoyo a la resolución de una entidad de crédito con cargo al compartimento de garantía de depósitos. Excepcionalmente, siempre y cuando no se haya iniciado un proceso de resolución, el Fondo podrá utilizar sus recursos para impedir la liquidación de una entidad de crédito en los supuestos legalmente previstos.

La literatura económica, encuentra que este seguro de depósito tiene sus problemas, es un incentivo a que los bancos tomen más riesgos. Esto se debe a que con el seguro de depósito baja el riesgo, como el Estado asegura que cubrirá un monto “x” del dinero de los ahorristas incentiva al banco a tomar más riesgos con los depósitos, como se puede observar es similar a lo que ocurre con TBTF.

Edwar, Flannery y Kareken, son autores que han sugerido eliminar el sistema de seguro de depósito existente en la actualidad. Dado el papel crucial que el seguro ha desempeñado en los últimos 50 años en el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero de EEUU. Consideran comprensible que se haya extendido entre la sociedad el mito que se trata de un instrumento imprescindible para el mantenimiento de la estabilidad. En opinión de los

²² <https://m.bbva.es/general/finanzas-vistazo/depositos/fondo-garantia-depositos/index.jsp#>

²³ <http://www.bcra.gov.ar/Noticias/Tope-Sistema-Seguro-Garantia-Depositos.asp>

autores, por el contrario, basta recordar la experiencia histórica y actual de un elevado número de países para comprobar que la primera salvaguarda contra los pánicos bancarios y las crisis financieras es la existencia de la Reserva Federal y su limitada capacidad para intervenir como prestamista de última instancia. Usado inteligentemente y en el momento oportuno, esta actuación sería la única necesaria. En otras palabras, para los autores el seguro de depósito no solo sería superfluo, sino que en unas circunstancias como las actuales, contribuye a incrementar la inestabilidad del sistema.²⁴

Los activos no alcanzados por este instituto son: i) Los Depósitos a plazo fijo transferibles cuya titularidad haya sido adquirida por vía de endoso; ii) Los depósitos a la vista en los que se convengan tasas de interés superiores a las de referencia, y los depósitos e inversiones a plazo que superen 1,3 veces esa tasa o la tasa de referencia más 5 puntos porcentuales –la mayor de ambas–; iii) También quedarán excluidos cuando esos límites de tasa de interés fueran desvirtuados por incentivos o retribuciones adicionales; iv) Los depósitos de entidades financieras en otros intermediarios, incluidos los certificados de plazo fijo adquiridos por negociación secundaria; v) Los depósitos efectuados por personas vinculadas, directa o indirectamente, a la entidad; vi) Los depósitos a plazo fijo de títulos valores, aceptaciones o garantías; vii) Los saldos inmovilizados provenientes de depósitos y otras operaciones excluidas.²⁵

V. Demasiado grande para caer (TBTF)

El papel del BC como prestamista de última instancia, como su nombre lo indica, consiste en asistir financieramente a un banco cuando ningún otro banco le presta, y no tiene como objeto primordial salvar un banco en particular, sino evitar que su caída pueda tener efectos sobre el sistema (riesgo sistemático) y, por ende, provoque una crisis de mayor magnitud, con un costo imprevisible para la economía.²⁶

Este rol de la Banca Central surge de la naturaleza distintiva de una de las principales actividades de los bancos: la transformación de plazos. Sus activos son a más largo plazo que sus pasivos y su valor este sujeto a las contingencias a las que el mercado somete a las

²⁴ 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. p. 276.

²⁵ Gabriel Adrián Gómez Giglio, material de estudio materia Regulación cambiaria. 2020

²⁶ Bertani- Del Mazo- Moiseeff- Viviani, La banca en crisis (Failing Bank), p.165, en Tratado de Derecho Bancario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

empresas a las que los bancos les han prestado, mientras que sus pasivos son a corto plazo y deben ser rescatados a la par. Por lo tanto, si simultáneamente un número significativo de depositarios desea obtener sus depósitos, el banco debe recurrir primero a su reserva de liquidez, y una vez agotada esta, a créditos del resto del sistema financiero (mercado interfinanciero) o bien a la venta de los activos de largo plazo.²⁷

Sin embargo, hay situaciones en las que a un banco no le resulta posible obtener, con la rapidez necesaria, prestamos de otros bancos o la venta de su cartera, debido a que los bancos no disponen de suficiente información sobre la calidad de los activos del banco, por lo que la instrumentación sobre la calidad de los activos del banco, por lo que la instrumentación de la operatoria pueda demandar cierto tiempo, lo que puede ocasionar que quienes no tenían dudas sobre la solvencia del banco comiencen a tenerlas al ver que no pueden devolver sus depósitos, agravándose de esta forma el problema de liquidez del banco. Adicionalmente, en casos de crisis sistemática, un gran número de bancos tiene problemas de liquidez simultáneamente, con lo cual la demanda de liquidez excede ampliamente a la oferta.²⁸

TBTF es considerada una garantía implícita, no figura en los papeles, pero las instituciones financieras y las personas saben que el Estado saldrá a salvarlos, claro está que ese salvataje se realiza con el dinero de los contribuyentes.

El profesor *Bernd Rudolph*, sostiene que los bancos de relevante importancia que se consideran "*too big to fail*" requieren una regulación separada de los demás bancos, porque su rescate por parte del Estado representa una carga para los contribuyentes y al saber que serán rescatados esto aumenta los incentivos para que los bancos asuman mayores riesgos, que si no tuvieran esta perspectiva de rescate.²⁹

Ahora bien, hasta la quiebra de Lehman Brothers, los participantes en el mercado casi no consideraban la solvencia de sus bancos porque asumían que el Estado no los abandonaría en caso de una emergencia. La quiebra de Lehman llevó a la repentina limitación de todas las

²⁷ Bertani- Del Mazo- Moiseeff- Viviani, ob. cit, p 166

²⁸ Ibidem

²⁹ Bernd Rudolph, Bankregulierung zur Lösung des „too big to fail“ Problems. P.72 <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>

relaciones de deuda de los participantes en los mercados interbancarios. La reacción mostró síntomas similares a los de una corrida bancaria, pero esta vez, no fueron los clientes de los bancos quienes corrieron, sino los mismos bancos. En respuesta a este no salvataje de Lehman, los participantes del mercado, se embarcaron en un "vuelo hacia la seguridad" esto es que ya no querían prestar sus fondos a corto plazo a otros bancos, más bien, concentraron sus inversiones en los bancos centrales, que a su vez tenían que proveer para el refinanciamiento de aquellas instituciones que necesitaban fondos a corto plazo.³⁰

Esto demostraría que, Lehman Brothers, una casa de inversión hasta ahora no necesariamente "too big to fail" de repente demostró ser sistémicamente importante en la crisis, desencadenó una reacción en cadena que representaba una seria amenaza para todo el sistema financiero global. El repentino cierre del banco de inversión había provocado un efecto dominó en los mercados interbancarios internacionales de intermediarios financieros, lo que provocó una intervención masiva de los bancos centrales y los gobiernos a los fines de controlar la crisis. El desastre en Lehman recordó que el Estado no debería permitir un colapso desordenado de un banco de importancia sistémica, si no quiere incurrir en consecuencias imprevisibles para el sistema financiero y la economía. Así es como los países y en particular en los EEUU, crearon el "Programa de Alivio de Activos en Problemas" (TARP) (*Auflegung des Troubled Asset Relief Program*) el 3 de octubre de 2008, el estatus de "too big to fail" de las grandes instituciones financieras se fortaleció notablemente. El 10 de octubre, los ministros de finanzas y los Gobernadores de los Bancos Centrales de los Estados del G-7 confirmaron el acuerdo y el objetivo del programa, de esta manera proporcionar a los participantes del mercado garantías integrales, remarca Rudolph "Como resultado de esta historia reciente, TBTF es ahora una política prácticamente oficial".³¹

³⁰ Bernd Rudolph, Bankregulierung zur Lösung des „too big to fail“ Problems. p 73 <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>

³¹ Bernd Rudolph, Bankregulierung zur Lösung des „too big to fail“- Problems. p74 <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>

Lehman no tenía ningún estatus bancario oficial en los EE. UU. y, como IKB en Alemania, no pertenecía al grupo de grandes instituciones. Ambos demostraron ser sistémicamente relevantes, IKB (Deutsche Industriebank, perdió cerca de 700 millones de euros debido la crisis de EEUU de 2007) fue rescatado como un banco de importancia sistémica en ese momento debido a los temores de una corrida, la quiebra de Lehman provocó el primer colapso global de los mercados interbancarios.

La crisis del 2008 se gestó por varios temas en el sistema financiera, que afecto al mercado financiero de EEUU, pero uno de ellos fue la falta de control o por un mal control por parte de los organismos encargados de hacerlo. Esta tesis la generan los bancos por maximizar la rentabilidad, en esa búsqueda muchas veces sacrifican al sistema financiero de un país, que hoy en día implica que afecte al sistema económico mundial. En otras palabras, los banqueros en la búsqueda de la maximización de sus ganancias no les importara las consecuencias sociales, la pena es ese mecanismo que genera en el banquero un incentivo a incluir en sus cálculos el costo social de sus acciones.

Lo que se esconde tras la desaparición de la liquidez es un colapso de la confianza: los jugadores en el mercado no quieren hacerse prestamos entre sí, porque no están seguros de recuperarlo. Señala *Krugman* que, en un sentido directo, ese colapso de confianza lo causo el estallido de la burbuja inmobiliaria. El alza de los precios de la vivienda tenia todavía menos sentido que la burbuja del puntocom -no había siquiera una glamorosa tecnología nueva que viniera a justificar la caducidad de las viejas reglas-, pero, de una u otra forma, los mercados financieros aceptaron los precios enloquecidos de la vivienda como la nueva normalidad. Y cuando la burbuja estallo, un gran número de inversiones calificadas como AAA se revelaron basura.³²

Ahora bien, como sabemos no necesariamente los rescates a los bancos se realizan por ser entidades TBTF, sino que pueden ser entidades bancarias o financieras que no entren en esa categoría pero que el resultado de su quiebra sea lo mismo. Por ello, a partir de las distintas crisis económicas, surgió entonces el reclamo de intervención estatal con la finalidad de establecer reglas de funcionamiento del mercado, especialmente en el ámbito de la actividad financiera, pero, además que fueran castigados los productores de los *securities* (derivados) tóxicos. Muchos directores y gerentes de bancos europeos fueron considerados por la compra de productos financieros dudosos, pues su respaldo eran las hipotecas norteamericanas, en operaciones realizadas sin información suficiente sobre su estructura y valor.³³

³² Krugmann ob. cit, p 102

³³Righi Esteban. Delito de administración fraudulenta. p. 52. Hammurabi. Bs.As.2017

Lo que interesa a los fines de este trabajo es como TBTF lleva a que las instituciones financieras o bancarias tomen riesgos que de otra manera no lo harían. Es cierto que hoy en día luego de la crisis del 2008 la regulación bancaria es sólida y llevo a lograr que los bancos posean un buen encaje a los fines de evitar ciertas crisis, tal vez la situación que llevaron a antiguas crisis no se repita, sino que surjan nuevas formas que generen crisis económica.

Por ello, este trabajo entiende que la pena es un incentivo de motivación dentro del sistema bancario con la finalidad de generar incentivos a que el banquero incorpore en sus cálculos costo-beneficio el costo social de sus acciones, por esta razón la prevención general negativa resulta la más adecuada a los fines de esta propuesta.

Fusión Bancaria

A partir de TBTF se ha dado que ciertos bancos han buscado fusionarse con la intención de adquirir la categoría correspondiente a ser considerados TBTF, estas demostraciones empíricas por diversos trabajos de investigación son un buen ejemplo para lo que se plantea en esta tesis.³⁴

Otro punto que se ha investigado empíricamente dentro de la economía especializada en regulación bancaria, es sobre qué ocurre si los bancos se vuelven muy grandes después de una fusión, ¿disminuyen el costo de su deuda debido a las garantías implícitas del gobierno (TBTF)?

Se plantea si el TBTF es una motivación para fusionarse, en otras palabras, si es una motivación justamente para asumir mayores riesgos de los que podrían asumir si supieran que no están dentro de esa red de contención en caso de que quiebren.

En este nuevo mundo de la banca, supongamos que una empresa de servicios financieros se encuentre con problemas, incluso al borde del colapso. ¿Permite la Reserva Federal y sus

³⁴ Ver Gabriel Jiménez- Steven Ongena- José Luis Peydró- Jesús Saurina, 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, This Draft: May 2008
Tambien ver, Geraldo Cerqueiro, María Fabiana Penas; How does personal bankruptcy law affect start-ups? Católica Lisbon School of Business and Economics, March 2016

contrapartes reguladoras que uno de los bancos más grandes del país -en el mundo- quiebre?
La respuesta es no.³⁵

Las fusiones corporativas pueden afectar a los tenedores de bonos de varias maneras. Si la fusión es sinérgica, tanto los tenedores de bonos como los accionistas ganan porque el valor de la empresa puede aumentar al lograr economías de escala y alcance y al eliminar una administración menos eficiente (ver Jensen y Ruback, 1983). En las fusiones no sinérgicas, los tenedores de bonos aún pueden ganar si la fusión reduce la volatilidad del flujo de efectivo y conduce a un menor riesgo de incumplimiento (véase, por ejemplo, Lewellen, 1971; Higgins Schall, 1975; Galai y Masulis, 1976).³⁶

En el caso de las fusiones bancarias, existen al menos dos capas adicionales de complejidad. Primero, la aseguradora federal de depósitos podría considerar que el banco combinado es demasiado grande para quebrar (TBTF) como resultado de la fusión. Esta estrategia permite que todos los pasivos no asegurados tengan cobertura de seguro de facto y, por lo tanto, maximiza el valor de las garantías implícitas recibidas del gobierno. Segundo, a diferencia de las empresas no financieras, los bancos están sujetos a requisitos de capital regulatorio. Como resultado, los accionistas no pueden simplemente aumentar el apalancamiento para compensar una fusión que coasegure a los tenedores de bonos. Por lo tanto, incluso sin TBTF, los tenedores de bonos podrían ganar y los accionistas podrían perder a medida que los tenedores de bonos expropien algunas de las ganancias asociadas con la adquisición.³⁷

También encontramos que los retornos de los bonos no aumentan monotónicamente con el tamaño de los activos de la empresa involucrada en la fusión, lo cual es consistente con la existencia de ganancias TBTF. Titulares de bonos de bancos medianos (aquellos que pueden impulsar el activo del banco combinado el tamaño por encima del umbral de TBTF (activo de tamaño medio) obtiene los rendimientos más altos mientras que los tenedores de bonos de

³⁵ Barrons, 1998 material de estudio de la materia Instituciones Financieras, correspondiente a la Maestría en Finanzas, Universidad Torcuato Di Tella. (2019)

³⁶ "Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets", by Penas, M.F. and Unal, H. in Journal of Financial Economics, 2004, Vol.74, No.1, 149-179. p 150

³⁷Ibidem

megabancos (aquellos que pueden considerarse TBTF en el momento de la fusión) y los bancos más pequeños obtienen rendimientos ajustados relativamente más bajos.³⁸

Los resultados que han obtenido en estudios empíricos han mostrado que los tenedores de bonos de los bancos de tamaño mediano se benefician más de las fusiones bancarias, y que la relación entre el tamaño y los rendimientos de los bonos ajustados no es monótona.³⁹

Ahora bien, el aumento de tamaño no debe ser significativo. Para los bancos de tamaño pequeño, siempre y cuando se fusionen con bancos de tamaño pequeño, el tamaño incremental tampoco debería afectar los rendimientos de los bonos ajustados, ya que estos bancos están demasiado lejos del umbral TBTF. Por lo tanto, lo que se vio es que los términos de interacción son negativos, lo que demostraría que son los bancos medianos los que se benefician al fusionarse, y que este beneficio aumenta con el tamaño del socio. De acuerdo con esta expectativa, los profesores *Pena y Unal* observaron que el coeficiente en el tamaño incremental (LISIZE) es positivo y los coeficientes en los términos de interacción son negativos. Este hallazgo proporciona soporte adicional para el argumento de que los bancos medianos se benefician más de los aumentos de tamaño.⁴⁰

Se ha demostrado mediante una investigación que, en el que se reemplazaron las variables de tamaño con el TBTF variable binario que es igual a uno si el banco salta a la categoría TBTF después de la fusión, pero no era TBTF antes de la fusión (era menor al 2% de los activos de la industria antes de la fusión y es mayor que 2 % después) e igual a cero en caso contrario. La ventaja de esta variable sobre las otras variables de tamaño es que también tiene en cuenta la posibilidad de que un banco pequeño se fusione con uno muy grande y, por lo tanto, se acerque al umbral TBTF. La nueva variable binaria es positiva y significativa e indica que los bancos que se convierten en TBTF después de la fusión ganan, en promedio, más que los bancos que no saltaron a la categoría TBTF después de la fusión o los bancos que ya eran TBTF antes de la fusión.⁴¹

³⁸ "Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets", by Penas, M.F. and Unal, H. in *Journal of Financial Economics*, 2004, Vol.74, No.1, 149-179. p. 151

³⁹ "Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets", by Penas, M.F. and Unal, H. in *Journal of Financial Economics*, 2004, Vol.74, No.1, 149-179. p. 160

⁴⁰ "Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets", by Penas, M.F. and Unal, H. in *Journal of Financial Economics*, 2004, Vol.74, No.1, 149-179. p. 160

⁴¹ "Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets", by Penas, M.F. and Unal, H. in *Journal of Financial Economics*, 2004, Vol.74, No.1, 149-179. p. 161

Los estudios sobre rendimientos de los bonos y los diferenciales de crédito de los bonos en torno al anuncio de fusiones bancarias durante el período de 1991 a 1998. Demostró que los tenedores de bonos de los bancos prestadores y beneficiarios obtienen retornos positivos significativos de los bonos en los meses previos al anuncio de fusión. También proporcionamos evidencia de que la relación entre el bono del mes del anuncio y los retornos de capital es positiva y significativa. Este hallazgo respalda el argumento de que las fusiones bancarias no están cambiando la riqueza de los accionistas a los tenedores de bonos. Las regresiones transversales identifican la diversificación, el TBTF y, en menor grado, la sinergia como posibles fuentes de estas ganancias.⁴²

En otras palabras, los precios de los bonos de un banco suben en una fusión cuando obtienen la categoría de TBTF, y ello se da por varios motivos por ejemplo por la economía de escala, esto implica que el banco puede ofrecer más servicios con la misma estructura; en segundo lugar, por la diversificación puede trabajar en varios mercados dentro de los mercados en los que se mueven los bancos.

El tercer punto, es que al entrar en la categoría TBTF, esto le permite que aumente la confianza en ese banco, toda vez que las personas y las firmas entienden que el gobierno lo salvara si tiene algún problema.

En promedio, los diferenciales de crédito en las nuevas emisiones de bonos del banco adquirente disminuyen significativamente después de la fusión. Después de controlar las características de los bonos y los bancos, la disminución se explica significativamente por el grado de diversificación alcanzado y si los bancos alcanzan o no el estatus TBTF como resultado de la fusión.⁴³

VI. Conclusión

Ahora bien, debemos distinguir al inversor ahorrador individual, a quien corresponde proteger con la legislación de protección del consumo, del inversor profesional, aquel que tiene una estructura destinada a realizar inversiones en forma permanente y como empresa, a quien no corresponde tutelar como consumidor financiero, debido a las características

⁴² "Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets", by Penas, M.F. and Unal, H. in Journal of Financial Economics, 2004, Vol.74, No.1, 149-179. p. 178

⁴³ "Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets", by Penas, M.F. and Unal, H. in Journal of Financial Economics, 2004, Vol.74, No.1, 149-179. p 179

propias que contiene en sí mismo y en sus actividades.⁴⁴ Esto debido a que el seguro de depósito, se entiende para proteger al ahorrista individual, pero el banco utiliza esa protección con la finalidad de maximizar sus ganancias corriendo mayores riesgos.

Lo que motiva este trabajo es que los banqueros, no poseen incentivo de incorporar en sus cálculos el costo social de sus acciones. Esto no quiere decir que si se aplica una pena, desistirá del acto que lleve a una acción contraria al Derecho, ya que ello depende de un cálculo *costo-beneficio*; si en ese *trade off* encuentra mayor beneficio en detractar lo hará, pero antes de esa decisión deberá evaluar cuál sería el costo de la sanción.

En otras palabras, si se aplicara una pena aparece como un incentivo a los fines que quienes mueven lo que se conoce como la "*pileta financiera*", en la búsqueda de maximizar su rentabilidad incorporen el costo que le representan a la sociedad por medio de la pena.

Otro de los efectos de estos institutos bancarios, que la experiencia ha demostrado es que quien es dueño de un banco, cuyo valor económico sabe que en el mercado es cero, se encuentra tentado a rescatarlo con operaciones de sumo riesgo. De todas maneras, él sabe que es dueño de un banco que nada vale, y aunque su intención sea rescatarlo lo intentara de un modo desesperado. Por ejemplo, prestando a muy altas tasas de interés a quienes saben que difícilmente podrán devolver tales préstamos y para ello tomando a su vez dinero también a altísimas tasas de interés, defraudando la confianza de quienes inadvertidamente colocan sus ahorros en ese banco. Lo que en los libros contables del banco cierra, en la realidad no se verifica puesto que se ha perdido la prudencia propia de un buen hombre de negocios. Incluso y en uso de una total mala fe pretenden desacreditar los controles del supervisor enmascarando sus libros contables para desarrollar sus ilícitos.⁴⁵

El banquero, el gerente o el presidente de la entidad bancaria tiene una responsabilidad especial con la sociedad, el principal motivo radica en que debe comportarse como un buen hombre de negocios fiel al Derecho, el quebrantamiento de dicho rol especial lleva a la

⁴⁴ Camerini Marcelo A, La colocación de valores negociables, p. 351, en Tratado de Derecho Bancario, Tomo II, Rubinzal-Culzoni. Santafe 2011.

⁴⁵ Bertani- Del Mazo- Moiseeff- Viviani. La banca en crisis (Failing Bank) en Tratado de Derecho Bancario. Tomo I. p.184. Rubinzal-Culzoni. Santafe 2011.

negación del Derecho, es por ello que se podría entender la necesidad de la intervención del Derecho penal en este punto.

Así, podríamos comenzar a ver algunas cualidades que conforman el rol especial del banquero, podríamos decir que una de estas características se debe a que no trabaja con su dinero, sino con el de los ahorristas y acreedores el que se relaciona directamente con otra característica, que es la teoría *TBTF*, por consiguiente, nos lleva a pensar que parte de ese rol especial, también se encuentra compuesto por los privilegios que obtienen por sobre cualquier otro ciudadano o empresa, quienes irían directo a la quiebra o a la cárcel dependiendo como llegaron a ese estado de insolvencia.

Así las cosas, ese rol o estatus especial que posee el banquero, se encuentra conformado en parte por los privilegios y las obligaciones; ya que todo derecho sin obligación es un privilegio y no un derecho.

En síntesis, ya sean grandes bancos o pequeños, tienen pocos o ningún incentivo a que sus acciones no dañen el sistema social, y esto se debe a que los bancos no trabajan con el dinero del banquero sino con el de los ahorristas, esto implica que ante una mala decisión económica-financiera el banco será salvado ya sea por el seguro de depósito o en caso de colapsar el sistema bancario se les aplicara *TBTF*; a ello debemos sumar que el sistema jurídico penal salvo excepciones (§54ª KWG Alemania⁴⁶) no ha encontrado un tipo penal adecuado para sancionar dichas conductas (como se vio en la crisis del 2007/8).

Los bancos que no poseen las dimensiones por ejemplo como las del Deutsche Bank, Commerzialbank, BBVA o Santander, pueden provocar una corrida bancaria o una crisis financiera, esto implica que todos los bancos sin importar sus dimensiones deben tomar las mismas precauciones, por ejemplo, desde el buen análisis del riesgo.

Por ello, la idea de un tipo penal basado en la prevención general negativa, puede generar ese incentivo *ex ante* a que el banquero tome medidas que afecten el sistema económico y

⁴⁶ Este tema fue tratado en el numero anterior de esta revista, en consecuencia me remito al mismo, El §54ª de la Ley de créditos. Ley bancaria- KWG alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz) y la prevención general negativa; en Revista de Derecho penal económico. 2020-1 Derecho Bancario, Cambiario y financiero. Relación con el Derecho penal-I. Rubinzal-culzoni. 2020.

financiero, por consiguiente al funcionamiento de la sociedad y la autonomía de las personas que la conforman.

Esta idea se encuentra plasmada en la Ley de crédito alemana (KWG) en el §54^a, el cual se incorpora luego de la crisis del 2008, cuando se intentó sancionar a los banqueros por medio de la administración fraudulenta o la quiebra penal, pero dado las características de esos tipos penales, particularmente el tipo de dolo que exigen no se pudieron imputar a los banqueros.

Es así que, Alemania incorpora los §§25 c y 54 a; con la finalidad de poder imputar por el mal análisis del riesgo que pudieran realizar las entidades financieras sobre los créditos que otorgan. A grandes rasgos dicho tipo penal permite la imputación del gerente si se ha hecho un mal análisis del riesgo. Este tipo penal cumple una doble función, por una parte para a que se creó e indirectamente, cumple una función de prevención al lavado de dinero

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 penal.⁴⁷ Así es que *Leonhard Gehlen*, se pregunta cuál es la relevancia práctica esperada del § 54a KWG, ¿es represión, prevención o solo una pena simbólica?⁴⁸

Para la Profesora de la Universidad de Bayreuth *Nina Nestler*, la supervisión bancaria está dirigida a entidades de crédito y servicios financieros. 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 a la aprobación de la gestión de riesgo. Para lograr este propósito preventivo, el BaFin también emite una gran cantidad de circulares y comunicaciones como normas administrativas estándar que tienen un efecto vinculante con el proceso penal y la aplicación de la pena.⁴⁹

Para poder dar una respuesta dice *Gehlen*, es necesario volver al objetivo § 54a de la KWG. Este está destinado a colaborar con la prevención de las crisis corporativas que se benefician de una mala administración en la gestión de riesgos y, cuando corresponda también a

⁴⁷ Gehlen Leonhard. Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach §54^a KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen. Edit. Duncker & Humblot. Berlin. 2017. p 336

⁴⁸ Gehlen ob. cit, p 331

⁴⁹ Nestler Nina. Bank und Kapitalmarktstrafrecht. Springer. Berlin. 2017. p 314

prevenir cualquier crisis bancaria y financiera que resulte de esa mala gestión. Sostiene que el riesgo de las crisis bancarias y financieras siempre han existido y continuarán en el futuro, pero cree que la crisis financiera que comenzó en 2007 fue ciertamente única y de particular importancia por su impacto en los mercados a nivel global, pero también es cierto que el mercado financiero se ha visto afectado por otras crisis importantes y las características básicas son generalmente similares. Para el citado autor, las crisis son regularmente precedidas por burbujas de especulación que se basan en negocios de riesgo. Ahora bien, el riesgo es indispensable, porque "*el negocio es un negocio de riesgo*" y el riesgo es inmanente a la economía. Sin embargo, la prevención de las crisis se podría lograr identificando, evaluando, controlando esos riesgos. Esto sería posible en una gestión de riesgos razonable y efectiva; así el § 54a está destinado mediante una sanción penal de carácter preventiva a garantizar el cumplimiento de una correcta gestión de riesgos.⁵⁰

De esta manera para *Gehlen* el § 54a realmente tiene un efecto preventivo, pero es cuestionable en vista de su débil significado represivo. No se espera de él una prevención general positiva, sin embargo, podría ser útil desde la prevención general negativa. Toda vez, que sería la amenaza punitiva contenida en el § 54a, lo que promovería el cumplimiento de los requisitos de gestión de riesgos y el cumplimiento de las disposiciones del §25c (4c).⁵¹

A modo de síntesis, podríamos decir que desde una análisis del Law & Economic, la sanción penal en estos casos por más que las penas no sean grandes, genera que el banquero realice un *trade off* en relación a sus conductas.

Toda vez que, como sabemos una pena inferior a tres años no es de cumplimiento efectivo, sino que puede seguir haciendo su vida, pero el costo que tendrá a la vista de sus pares y laboralmente es muy alta. Esta imagen se encuentra muy bien representada en la serie alemana *Bad Banks* en la segunda temporada, cuando a uno de los CEO de un banco muy importante lo imputan penalmente y sus colegas le cierran las puertas, incluso lo dejan de atender en los restaurantes donde asistían los banqueros y financistas más importantes.

Así, entiendo que el banquero posee una función o rol especial, y si este se abusa del sistema de cooperación atenta contra la voluntad de las personas, ello debido a que las personas no

⁵⁰ Gehlen. ob. cit, p 336

⁵¹ Ibidem

puedan maximizar su autonomía dentro del sistema de cooperación.⁵² Las crisis económicas no permiten que las personas ejerzan su autonomía plenamente por los inconvenientes que ellas acarrearán.

Como vimos, el método por el cual los Estados salvan a las entidades financieras es aplicando *too big to fail (TBTF)* con la finalidad de salvar al sistema financiero o con el seguro de depósito (DI, Deposit Insurance) a los fines de asegurarle a los ahorristas que hasta cierto monto el gobierno les asegura una devolución de su dinero. Estas acciones explícitas e implícitas lo que han generado es un incentivo a tomar más riesgo por parte de los banqueros.

La pena en este caso tendría un fin, el de generar costas sobre esos incentivos que da la rentabilidad que obtendría el banquero por detractar con el sistema de cooperación, la idea no está puesta en ocasionar miedo, sino incentivos basados en costos sobre la ganancia de sus acciones obtenidas por la negación al Derecho, lo que implica detractar contra el sistema de cooperación, así la pena cumple una función de incentivo o motivación esa cooperación. Así podríamos decir que la pena en el sistema bancario tiene la función de incentivo *ex ante*, con la idea que el banquero a la hora de realizar sus cálculos (*costos-beneficio*) incluya dentro de este el daño social que podrían ocasionar sus acciones.

De esta manera se trata de un mecanismo de alineación de intereses, lo que haría la pena es incorporar a la función del banquero el interés del núcleo social. Así el banquero en su cálculo costo-beneficio deberá añadir dentro de sus costos la posibilidad de una pena.

Bibliografía

- **Bajo Fernández Miguel; Feijoo Sánchez Bernardo José; Gómez-Jara Díez Carlos.** Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. 2 edición, Edit. Thomson Reuters. España 2016.

⁵² *Mises* (1981 (1912) llega a la conclusión que las causas del ciclo económico no hay que buscarlas en una hipotética disfunción de la economía de mercado. En última instancia, la causa principal se encuentra en la manipulación del dinero y del crédito por las autoridades monetarias. (Betancourt Gómez Rebeca. La teoría de los ciclos económicos de *Friedrich von Hayek*: Causas monetarias, efectos reales. Nota 16. Pág. 61. Cuaderno de Economía. vol.27 n°.48 Bogotá Jan/ June 2008. Universidad Nacional de Colombia)

- **Barrons**, 1998 material de estudio de la materia Instituciones Financieras, correspondiente a la Maestría en Finanzas, Universidad Torcuato Di Tella. (2019)
- **Bernd Rudolph**, Bankregulierung zur Lösung des „too big to fail“- Problems. p 74 <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>
- **Betancourt Gómez Rebeca**. La teoría de los ciclos económicos de *Friedrich von Hayek*: Causas monetarias, efectos reales. Cuaderno de Economía. vol.27 n°.48 Bogotá Jan/ June 2008. Universidad Nacional de Colombia).
- **Córdoba Fernando**. La evitabilidad del error de prohibición. Marcial Pons. Bs. As. 2012.
- **Demetrio Crespo Eduardo** (director), Crisis financiera y Derecho penal económico. Bdef. Madrid. 2014.
- **Frister Helmut**, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Kurz-Lehrbücher. 7. Auflage. C.H. Beck.
- **Gabriel Adrián Gómez Giglio**, material de estudio, materia Regulación bancaria. Maestría en Economía Aplicada, UTDT. 2020.
- **Gabriel Jiménez- Steven Ongena- José Luis Peydró- Jesús Saurina**, 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, This Draft: May 2008.
- **Gehlen Leonhard**. Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach §54^a KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen. Duncker & Humblot. Berlin. 2017.
- **Geraldo Cerqueiro & María Fabiana Penas**; How does personal bankruptcy law affect start-ups? Católica Lisbon School of Business and Economics, March 2016
- **Ioannidou, V., and Penas, M.F.**; Deposit Insurance and Bank Risk-Taking: Evidence from Internal Loan Ratings”, in Journal of Financial Intermediation, 2010, Vol.19, 95-115.
- **Jakobs Günther**. La imputación objetiva en derecho penal. Ad.Hoc. 5 reimpresión. Bs.As. 2014.
- **Kabas De Martorell Maria E.**; Tratado de Derecho Bancario. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santafe 2011.
- **Kabas De Martorell Maria E.**; Tratado de Derecho Bancario. Tomo II. Rubinzal-Culzoni. Santafe 2011.
- **Kindhäuser Urs**. Strafrecht Allgemeiner Teil. Nomos.
- **Kleszczewski Diethelm**. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Das examensrelevante Kernwissen im Grundriss. Leipziger Universitätsverlag. 2017
- **Nestler Nina**. Bank und Kapitalmarktstrafrecht. Springer. Berlin. 2017.
- **Pawlik Michael**. Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Atelier. Barcelona 2016.
- **Penas, M.F. and Unal, H.**; Gains in Bank Mergers: Evidence from the Bond Markets”, in Journal of Financial Economics, 2004, Vol.74, No.1, 149-179.
- **Righi Esteban**. Delito de administración fraudulenta., Hammurabi. Bs.As.2017
- **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. Bs.As. 2016

- **Zaczyk Rainer.** Libertad, derecho y fundamentación de la pena. 1ª edición. Colombia. 2010. Universidad de Colombia.