

Este trabajo fue publicado con sus modificaciones en: Revista de Derecho Penal - Derecho Penal Económico. 2022-1. Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio -I. 2022. (pp. 311- 333).

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 Dr. Sebastian Alberto Donna¹

Resumen: Este trabajo es la publicación de mi tesis para obtener el grado en Magister 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 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.

Palabras Claves: §54ª, Ley de Crédito, penal, bancos

Abstract: This paper is the publication of my thesis to obtain the degree of Master in Applied Economics at the Universidad 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.

¹ Doctor en Derecho penal, UBA + Abogado, UBA + Magister Derecho y Economía, UBA + Magister en Economía Aplicada, Univ. Torcuato Di Tella (UTDT) + antiguo Gastwissenschaftler Georg-August Universität Göttingen. Institut für Kriminalwissenschaften (Alemania); Profesor grado y postgrado, UBA.

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, this should add within its costs the possibility of a penalty or of having to face criminal proceedings.

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.

Keywords: §54^a, Credit Law, criminal, banks

Introducción

Este trabajo es la publicación de mi tesis para obtener el título de Magister en Economía Aplicada por la Universidad Torcuato Di Tella (2019-2020) defensa que realice en julio del 2021. En esta ocasión bajo la dirección del profesor Dr. *Cesar 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 a 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 §54^a de la KWG alemana (y no habrá una 4) 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 §54^a de la Ley de créditos. Ley bancaria-KWG alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz) y la prevención general negativa* (investigación realizada en la Universidad de Göttingen- Alemania); en Revista de Derecho penal económico. 2020-1 Derecho Bancario, Cambiario y financiero. Relación con el Derecho penal-I. (2020); 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”*. Revista de Derecho Penal, Derecho Penal Económico 2020-2 Derecho bancario, Cambiario y Financiero. Relación con el Derecho Penal – II. (2021).

Ahora bien, la crisis subprime (2008), resultó ser un periodo 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 opacas.²

El resultado de la última crisis (subprime) llevo 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 en se intentó una imputación por la vía del § 283 del StGB (Bankrott) que tampoco pudo ser aplicada.³

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

Como se verá el tipo penal §54^a busca sancionar penalmente el *mal análisis de riesgo* que realizan los bancos a la hora de conceder créditos, la idea esta 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.

Así mismo, 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 los fines de evitar corridas bancarias y una posible crisis del sistema económico-financiero.

² Gómez Iniesta Diego. La responsabilidad penal de las agencias de calificaciones crediticias; en Demetrio Crespo Eduardo (director), Crisis financiera y Derecho penal económico. Edit. Bdef. Madrid. 2014. p. 658/59

³ Ver *Bernd Rudolph*, Bankregulierung zur Lösung des „too big to fail“- Problems; *Nestler Nina*. Bank und Kapitalmarktstrafrecht. Edit. Springer. Berlin. 2017; *Gehlen Leonhard*. Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach §54^a KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen. Edit. 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 Eduardo (director), Crisis financiera y Derecho penal económico. Edit. Bdef. Madrid. 2014.

Así las cosas, este trabajo consiste en entender a la pena del §54^a 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 54^a es incorporar a la función del banquero en su *cálculo costo-beneficio*, esto 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 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 denomina, como la definición característica de la visión de la Escuela de Chicago 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 estén 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 eficiencia.⁵

I Parte

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. Edit. Lexis Nexis. 2004. 1^a edición. Bs. As. p. 81.

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

El §54a de la Ley de Créditos 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 ellos 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 circunscribe solo al control del mercado.⁶

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 Supervisión Financiera (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) BaFin clasifica como potencialmente sistémicas deben elaborar planes de reestructuración en Alemania desde el 1 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 institución.⁷

Basado en la estructura básica del panorama crediticio alemán y la supervisión bancaria dualista por parte de la BaFin⁸ la que se encarga de la totalidad de la supervisión

⁶ Nestler Nina. Bank und Kapitalmarktstrafrecht. Edit. Springer. Berlin. 2017. p. 314, nm 759

⁷ Bernd Rudolph, Bankregulierung zur Lösung des „too big to fail“- Problems. p. 83. <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>

⁸ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

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) No. 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 (§54a) el cual impone la responsabilidad penal a los gerentes de las entidades bancarias, por la mala gestión de riesgos

Alemania con la sanciona 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-benéfico* 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.

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, riesgos 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.

Análisis de los §25 y §54a

a. El § 25c de la KWG:

⁹ Nestler. op. cit. p. 313, nm 758

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 estos.

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 WKG 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 solo se afectan a ellas mismas, sino que afecta a las personas que dependen de los bancos, pero esa mala gestión del riesgo.

b. El § 54^a KWG (Strafvorschriften) reza:

(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 quater, apartado 4, letra a), o en el artículo 25 quater, 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, 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 1 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 §54^a se encuentra bajo el título *disposiciones penales, reglamentación de multas*, no solo impone penas de multas, sino que tiene sanciones que van de los 3 a 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 cuales son las obligaciones de los directivos de las instituciones financieras, cuales 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 que el legislador sanciono 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 el que los bancos o 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 solo castigar otras acciones (por ejemplo, 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 solo 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 infracción supone una amenaza para la existencia de la institución. Sin embargo, la responsabilidad penal solo es posible si hay una orden ejecutiva de que la entidad bancaria ha infringido la obligación impuesta por la KWG, en otras palabras, es el BaFin el 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 del BaFin la que dispone si se el CEO ha cumplimentado correctamente con la obligación de gestión de riesgo. Como medida preventiva el §54a 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 riesgos.¹¹

EL §54 KWG es prácticamente el parágrafo más importante de la Ley, ya que le da un poder de expansión de los poderes de investigación al BaFin, dicha investigación también le permite combatir el lavado de dinero, el uso ilegal de empresas y las operaciones no autorizada de transacciones bancarias y de servicios financieros a través

¹⁰ Gehlen Leonhard. Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach §54a KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen. Edit. Duncker & Humblot. Berlin. 2017. p. 80

¹¹ Gehlen. op.cit. p. 27/8

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 sino quieren terminar en un proceso penal por el §54 KWG.¹²

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.¹³

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.¹⁴

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 utilizando de la prevención, esto debido a que actúan de una manera particularmente racional y son especialmente sensibles al ostracismo social asociado con un castigo estatal.¹⁵

Síntesis

Podríamos decir que la pena del §54^a de la KWG 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 la posibilidad de ser capturado y en consecuencia una sanción penal.

¹² Nestler. op. cit. p. 320

¹³ Gehlen. op.cit. p. 336

¹⁴ Nestler. op. cit, p.314

¹⁵ Gehlen. op.cit. p. 337

Otro punto que podría influir serían los procedimientos preliminares y, en particular, la audiencia principal, 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 ex directores 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 los fines de evitar que la BaFin comience las instrucciones contra la autoridad de la empresa.¹⁶

Las investigaciones preliminares y cualquier proceso penal posterior contra los acreedores comerciales de instituciones financieras o bancos suscitan un fuerte interés en los medios de comunicación,¹⁷ lo que implicaría que la actuación de los banqueros o funcionarios bancarios sería publica, 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 BaFin con respecto a la gestión de riesgos. En la medida en que el §54 KWG tiene un efecto preventivo, esto no se debe a una condena inminente según la §54a KWG, sino que se debe al interés de los directores o gerentes investigados a los fines evitar un proceso penal,¹⁸ 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

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

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Gehlen. op.cit. p. 341

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)*, 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 del *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 benéfico 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 detractar será superior a la pérdida que 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 permite que aumente la posibilidad de afrontar un proceso penal y una eventual una condena según el §54^a de la KWG.

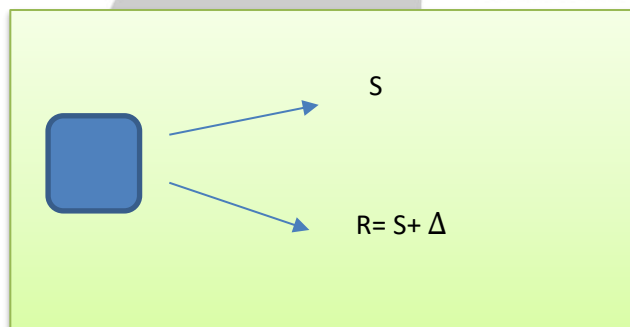
Se debe tener presente que el pago esperado es = pena * probabilidad de captura – ganancia.

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

S= pago esperado

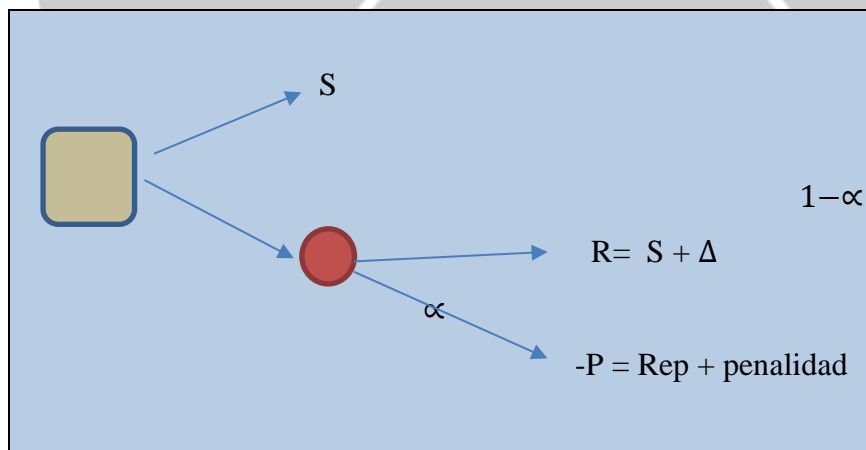
R= pago con extra riesgo

Δ = ganacia extra por riesgo

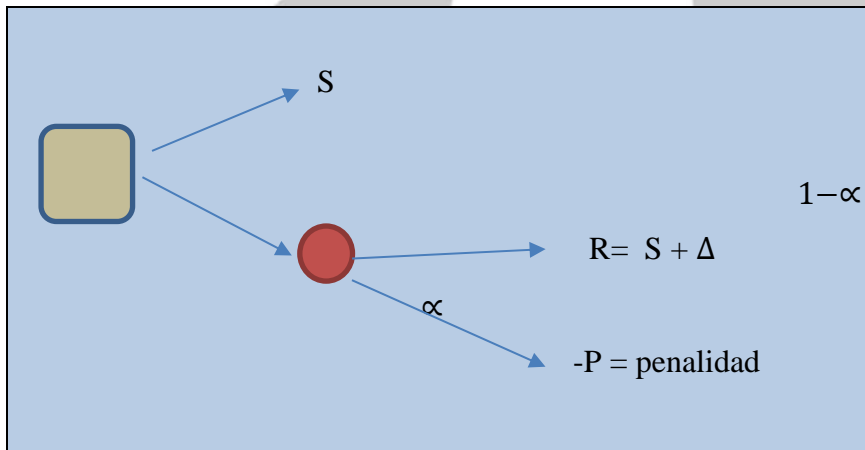


En el árbol de decisión sin la normativa a estudio, la intuición nos permite decir que, sin la reforma realizada a la KWG, al banquero le convendría buscar mayor ganancia bajando los análisis de riesgos, y entregar más créditos, dado que obtendría una mayor rentabilidad.

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



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

Ultimo periodo

$\alpha =$ 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 que ocurriría en aquellos casos en que el coeficiente de 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 el *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 aproxime 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 ó 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 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 representan 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 a la vista 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 prestatarios.¹⁹

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 duda un gran avance de la civilización. A 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

¹⁹ Pettifor Ann, La producción del dinero. Edit. Lince. 2014. p. 29.

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 emprendimiento 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 empleo.²⁰

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 económico.²¹

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

La pena o la sanción penal en el §54^a 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 *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 calculo libre*, sabiendo cuáles serían las posibles consecuencias de sus actos.

²⁰ Pettifor, op. cit. p. 30

²¹ Thieß Peterson. Makroökonomie. Schritt für Schritt. 3 Auflage. Edit. Utb. p. 52

En esta idea de la motivación del comportamiento, la pena esta puesta no en el grado de maldad; sino en el cálculo negativo que generaría si se impone una sanción, la pena esta vista como una perdida, 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, solo 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 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 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 a la sociedad gracias a la prensa.

Por ello 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 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 sancionado con

millonarias multas, por haber realizado *mediocres análisis de riesgo* y dado ello permitieron que el narcotráfico pudo lavar millones de dólares. Pero en estos casos no se dieron sanciones penales a los banqueros o funcionario bancario por el *mal análisis de riesgo o laxo análisis de riesgo*, dado que resultaba difícil imputarlos por esos actos, en consecuencia es sancionada a la persona jurídica con suntuosas multas.²²

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, 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 Fenergo, 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 (<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 cárteles 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 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 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. p. 322, en Juan Elías Carrión Díaz – Carlos Viveiros (coordinadores), *El Delito de Lavado de Activos*. Tomo III. Edit. Grijley. Lima 2017), 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 lavo 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 (*Hong Kong Shanghai Banking Corporation*). Tras convertir el dinero en

Una crítica que podría hacerse al tipo penal, se basa en que, al exigirse un mayor análisis del riesgo, esto puede implicaría que muchas 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 que generar que el funcionario bancario al realizar el cálculo costo-beneficio con el mero hecho de enfrentar el proceso penal desista de su acción.²³

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

Bibliografía

- **Adam Smith.** Investigaciones sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones. Edit. Fondo de Cultura Económico. 2008.
- **Avinash K. Dixit y Barry J. Nalebuff.** Spieltheorie für Einsteiger. Strategisches Know-how für Gewinner. Edit. Schäffer-Poeschel. Stuttgart 2018.
- **Bernd Rudolph,** Bankregulierung zur Lösung des „too big to fail“- Problems. <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0042-059X-2014-2->

una moneda más estable, el HSBC devolvió el dinero al banco “*Al Rajhi*”, lo que luego permitió que su cliente 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 solo son capaces de hacerlo porque pueden gastar sus ganancias provenientes del narcotráfico de heroína en mercados legítimos. Todo ello ocurrió “*por gentileza del HSBC*”, este es el problema con que actualmente se enfrentan los países de todo el mundo. Los EEUU, pueden sancionar al HSBC por permitir que sucede 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.

²³ Un ejemplo puede ser un caso penal presentado contra el ex Co-CEO de Deutschen Bank Fitschen y otros ex directores de bancos ante el tribunal de distrito de Munich 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 los fines de evitar que la BaFin comience las instrucciones contra la autoridad de la empresa. (Gehlen. op. cit. p. 339)

[72/bankregulierung-zur-loesung-des-too-big-to-fail-problems-jahrgang-68-2014-heft-2](#)

- **Cooter & Ulen.** Derecho & Economía. Edit. Fondo de cultura Económico. México 1998.
- **Demetrio Crespo Eduardo** (director), Crisis financiera y Derecho penal económico. Edit. Bdef. Madrid. 2014
- **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. 04.03.2013
- **Donna Sebastian Alberto.** Las teorías de la pena. Un análisis Jurídico- Económico. Edit. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2021.
- **Douglass C. North.** Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico. Edit. Fondo de Cultura Económico. México. 2012
- **Enrique Bour.** Economía del Crimen, Accidentes, Responsabilidad y Regulación. www.ebour.com.
- **Friedman Milton y Rose.** Libertad de elegir. Biblioteca económica. Madrid. 1983
- **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
- **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.
- **Gehlen Leonhard.** Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach §54^a KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen. Edit. Duncker & Humblot. Berlín. 2017.
- **Geraldo Cerqueiro, Maria Fabiana Penas;** How does personal bankruptcy law affect start-ups? Católica Lisbon School of Business and Economics, March 2016
- **Gómez-Jara Diez Carlos.** La protección penal transnacional de los mercados financieros. Edit. Marcial Pons. 2014
- **Hall & Taylor.** Macroeconomía. 3 ediciones. Edit. Bosch. Barcelona 1992.

- **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
- **Kabas de Martorell Maria E.** (directora) Tratado de Derecho Bancario, Tomo I Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2011.
- **Kalus Kunigunde.** Wiewirtschaftet die Welt? Von der ersten Arbeitsteilung zur Globalisierung. Edit. Springer. Wiesbaden. 2017.
- **Keynes M,** y otros. Critica de la Economía clásica. Edit. Ariel. 3 edición. Barcelona. 1972
- **Keynes, J. M,** Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero. Edit. Fondo de Cultura Económico. 4 edición, segunda reimpresión. 2014 Bs.As.
- **Krugman & Wells.** Microeconomía. Edit. Reverte. Edición 2. España 2013
- **Krugman Paul,** Contra los zombies. Edit. Critica. Bs.As. 2020
- **Marshall. A.** Principios de Economía. Aguilar Madrid, 1963
- **Mises von Ludwig.** La acción Humana. Tratado de economía. Edición n° 12. Edit. Unión Editores. Madrid. 2018.
- **Nestler Nina.** Bank und Kapitalmarktstrafrecht. Edit. Springer. Berlín. 2017.
- **Olney Martha.** Mikroökonomie. Edit. Wiley. Berlín. 2014
- **Olson.** Poder y Prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas. Edit. XXI. Madrid. 2001
- **Pettifor Ann,** La producción del dinero. Edit. Lince. 2014
- **Posner, Richard.** El Análisis Económico del Derecho. Edición 2°. Edit. Fondo de Cultura Económico. México. 2007.
- **Sola, Juan Vicente.** Tratado de Derecho & Economía. Tomo. I. Herramientas de Economía para el análisis jurídico. Edit. La Ley.
- **Tahler & Sunstein.** Nudge. Wie man kluge Entscheidung antsößt. (Como tomar una decisión inteligente) Pág. 34-35. Edit. ullstein. 12 Auflage. 2017
- **Thaler.** La psicología económica. Edit. Deusto. 2016. Barcelona
- **Thieß Peterson.** Makroökonomie. Schritt für Schritt. 3 Auflage. Edit. 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 A. Mario**. Suerte Penal. Edit. Didot. Bs.As. 2016

