

Consecuencias de la corrupción en el sistema financiero: Caso Deutsche Bank AG y manipulación del LIBOR.

Por: Lina María Rodríguez (Monitora CIFD)

(...) Esa reflexión debería empezar por el reconocimiento de que esos agravios no son solo económicos, sino también morales y culturales; de que no tienen que ver únicamente con los salarios y los puestos de trabajo, sino que atañen asimismo a la estima social (...) (Sandel, 2020, pág. 28)

¿Cuántos más “Escándalos del Siglo” faltarán? Parece más un hecho notorio que una opinión generalizada la idea de que en Colombia “*somos corruptos*”. Ni siquiera se aduce en las calles el pensar en que “*existe corrupción*” o que sea un fenómeno recurrente, sino que ella hace parte del “fenotipo tricolor”. Leer la sección de un periódico con titulares tan amarillos como las mariposas en un relato macondiano nos llevaría a pensar que vivimos la magia del realismo. Aparecen y desaparecen recursos, obras, vías y contratos.

La corrupción puede ser definida como “abuso de cargo o poder delegado para un beneficio privado” (Friedrich, 1989). Una de sus clasificaciones es la organizacional, dentro de la cual se ubica la corrupción privada. Ésta se caracteriza por presentarse al interior de una organización de carácter privado (Isaza Espinosa, 2018).

Como vimos con anterioridad, la corrupción también puede permear a las empresas. Es por ello que en esta entrada intentaré abordar las consecuencias penales que acarrearán para personas (tanto físicas como jurídicas) la comisión de conductas enmarcadas como delitos o faltas administrativas dentro del contexto del sistema financiero, tomando referencia el análisis del caso Deutsche Bank AG (DB) y la manipulación del LIBOR.

Cuando el beneficio privado que se obtiene afecta los bienes jurídicos supraindividuales relacionados con el modelo económico o los mecanismos de intervención por los que opta un estado, el derecho penal económico se encarga de garantizar su tutela (Nieto Martín, 2018). Este es el caso de afectaciones dentro del sistema financiero y asegurador, el cual está conformado en Colombia por i) establecimientos de crédito, ii) sociedades de servicios financieros, iii) sociedades de capitalización, iv) entidades aseguradoras, v) intermediarios de seguros y reaseguros (Ley 663, 1993, art. 1).

A continuación intentaré exponer resumidamente un caso que nos permite observar las consecuencias que se pueden presentar cuando al interior de un establecimiento de crédito se evidencian conductas corruptas: “Caso Deutsche Bank AG y manipulación del LIBOR”

Desde finales de 2007 se comenzó a evidenciar en Estados Unidos la “*subprime mortgage crisis*”. Previamente, los bancos agruparon los préstamos o acreencias de alto y bajo riesgo, luego de agruparlos eran vendidos como títulos que generaban un interés a inversores. Esto es considerado como “*titularización*” (Duignan, 2023). La titularización generó que los

bancos realizaran préstamos de riesgo elevado a personas que no tenían capacidad de pago, para conseguir liquidez (Abondano, 2021).

Este fenómeno generó que los precios de vivienda aumentaran como efecto burbuja. Tiempo después estos precios retornaron a su precio “real” debido a que las personas a las que les fue concedido un préstamo hipotecario dejaron de pagar las cuotas. Ello generó que las entidades financieras no contaran con los rendimientos esperados y muchos de ellos, como el banco Lehman and Brothers tuvieron que iniciar procesos de liquidación (Pozzi , 2008), extendiéndose a otros países, principalmente pertenecientes a la Unión Europea (Chinn, 2012).

Las repercusiones económicas llevaron a la creación de entidades como la National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States (FCIC) en Estados Unidos (Ley 111-21, 2009) y el Financial Conduct Authority en Reino Unido (FCA, 2023), quienes tras la publicación de un artículo en el Wall Street Journal del 18 de abril de 2008 que así lo sugería, iniciaron las investigaciones a cerca de la posible manipulación de la tasa LIBOR (Braml, 2015).

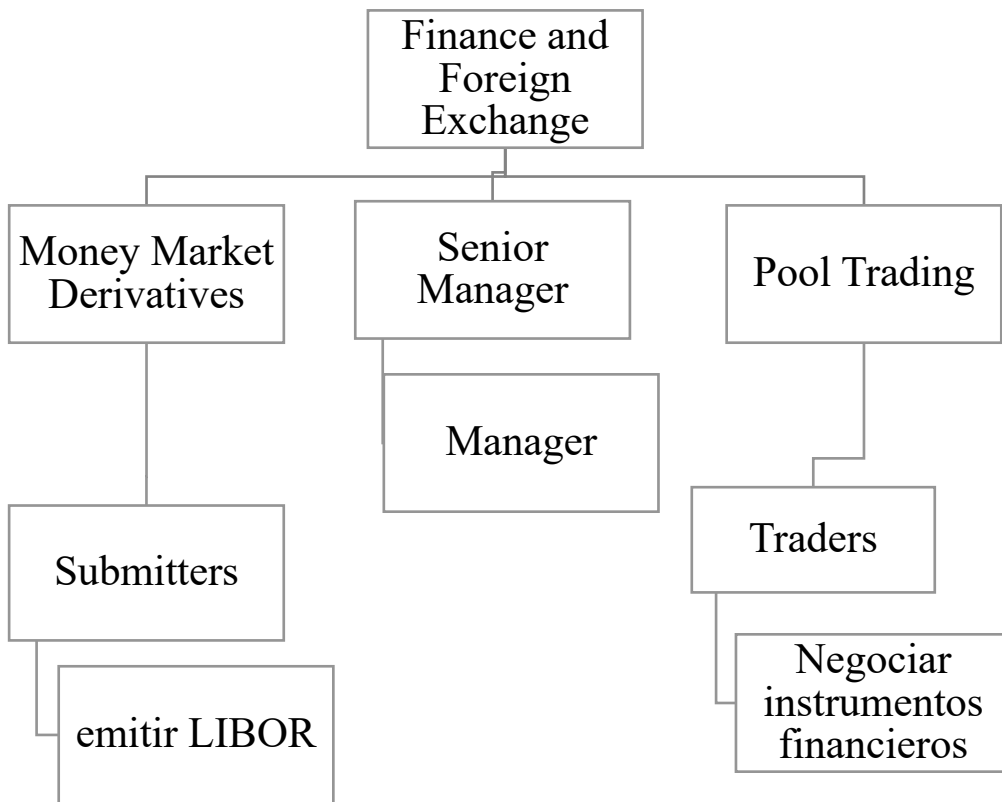
La llamada “tasa LIBOR” es una abreviatura para el “London Interbank Offered Rate”. Técnicamente debe llamarse “índice de referencia” debido a que fue un cálculo estadístico o “*benchmark*” que permitió determinar el costo de varias transacciones financieras entre los bancos, relacionadas con tarjetas de crédito, préstamos y otros derivados financieros (Yeoh, 2016; Hinch et al, 2005).

Este índice se fijaba con un promedio generado por la Asociación Privada de Banqueros de Reino Unido (BBA). Este administrador hacía unas preguntas a los bancos (generalmente respondidas por los *submitters* al interior de cada organización). Con base en las respuestas acudía a la media aritmética recortada para fijar el promedio. (Lokanan, 2019; Braml, 2015)

En palabras sencillas, el BBA preguntaba a varios bancos “¿A cuánto le prestarías a otro banco por un plazo de 3 meses o cuánto crees que otro banco te cobraría por x divisa?” (al tratarse de la LIBOR se preguntaba por la Libra Esterlina) Con la respuesta dada con estimaciones y no con el valor de las transacciones por cada *submitter*, el BBA eliminaba el 50% de las respuestas (las que pertenecieran a 25% más alto y al 25% más bajo). Luego con ese 50% de respuestas que se encontraban en la mitad fijaba el promedio del LIBOR, el cual era publicado todos los días, al medio día. (Lokanan, 2019; Braml, 2015)

Las alegaciones de manipulación a varios índices de referencia para diferentes divisas se confirmaron dentro de las investigaciones en donde fueron sancionados algunos bancos como Barclay, Royal Bank of Scotland, UBS y Deutsche Bank, (Braml, 2015; Lokanan, 2019). Para el caso del DB se evidenciaron diversas modalidades de manipular el índice que intentaré resumir a continuación, explicando antes brevemente el organigrama:

Tabla 1: Organigrama del área Finance and Foreign Exchange del DB



En las investigaciones del U.S Department of Justice y del Financial Conduct Authority de Reino Unido se constata que en algunas ocasiones los *traders* directamente solicitaban a los *submitters* que enviaran al administrador un interés de referencia que pudiera favorecer las posiciones de negociación de los operadores de derivados. En otras ocasiones era el *emisor* quien ofrecía su ayuda de manera indeterminada a algún *corredor* en relación con los IBORS. A veces era el *manager* quien conectaba al *emisor* y al *corredor* o -directamente- le impartía al *submitter* la directriz de reportar un índice específico. Incluso se puede observar en los informes cómo homólogos de diferentes bancos solicitaron colaboración o coludieron entre sí para manipular los índices de diferentes divisas. (Financial Conduct Authority, 2015; U.S Department of Justice, 2015)

Entender el modo de operación es más bien sencillo. La dificultad se presenta en llegar a comprender por qué esas conductas son antijurídicas, o ¿por qué ésta manipulación constituye un acto corrupto?

Si miramos en la RAE encontraremos que “manipular”, en la tercera acepción, es definida como “intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros en la política, en el mercado, en la información, et., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares” (Real Academia Española, 2023).

Si recordamos la definición que dimos de corrupción al inicio veremos que una de las formas en la que ella se evidencia es con la manipulación ¿Por qué? Porque al intervenir, aprovechando una posición y conocimiento especializado dentro del sistema financiero, un grupo de personas, a su arbitrio, definieron un monto que no correspondía a la realidad. ¿Para qué? Para obtener un provecho en las operaciones de derivados financieros, sin considerar las repercusiones que esa fijación fraudulenta tuviese para el mercado y consumidores financieros en general.

¿Qué hubiese pasado si estas conductas fueran realizadas a día de hoy en Colombia? Lo primero que me resulta importante aclarar es que en Colombia las empresas no responden penalmente, pues si partimos del concepto de acción como “voluntad humana”, una empresa como ficción jurídica no puede moverse, ni actuar por ella misma. Tampoco puede ser culpable porque no piensa, ni se le puede quitar la libertad pues ésta es exclusiva de un humano (Fernández, 2011).

Desde un análisis de imputación, las personas físicas podrían responder por los delitos de concierto para delinquir (340 C.PEN), utilización indebida de información privilegiada (258 C.PEN) y manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (317 C.PEN).

Si bien mencioné que en Colombia no existe la responsabilidad penal para personas jurídicas, ello no obsta para imponer una sanción administrativa contemplada en la Ley 2195 de 2022, la cual puede consistir en multa de hasta doscientos mil (200.000) SMLMV (entre otras), si se llega a constatar el ofrecimiento por parte de funcionarios del banco de beneficio o utilidad a servidor público extranjero (Ley 2195, 2022).

En derecho comparado, las respuestas varían un poco. En Estados Unidos de América, las sanciones al DB en materia administrativa se fundamentan en el “*Commodity Exchange Act*”. Este estatuto proscribía la manipulación -consumada o en tentativa- de precio de cualquier mercancía en las secciones 6 (c) (d), 9 (a) (2) y 13 (a) (2) (b) (CFTC, 2015), por ello la sanción pecuniaria civil puede ser de hasta \$1,404,520 USD (CFTC, 2023).

En materia penal, la fuente normativa es el “*Foreign Corrupt Practices Act*”, el cual prohíbe la utilización de correo de forma corrupta (Foreign Corrupt Practices Act, 1977), por esta acción la pena impuesta puede ser de hasta 2 millones de USD (Tomasic, 2011)

A la vez, en el Reino Unido, es el FCA el encargado en materia administrativa de fijar la sanción civil, quien tiene en consideración el DEEP 6.5, guiándose de los parámetros de indemnización, disciplina y disuasión (Financial Conduct Authority, 2015) ante la vulneración de principios que se encuentran en el “*FCA Handbook: Principles for Business*”. Dentro de los cuales se encuentran la adopción de medidas razonables, el respeto por las normas de mercado y el deber de información y relación con el regulador. Estos mandatos se vieron afectados con el actuar del DB (Financial Conduct Authority, 2015).

La consecuencia jurídica penal consiste en una multa ilimitada (Hunter, 2011), que se encuentra en el “*Bribery Act*” y es impuesta cuando se incumple con la obligación de impedir el soborno. (ley Bribery Act, 2010)

En conclusión, el LIBOR fue un índice de referencia interbancario que era fijado por medio del promedio realizado por un administrador, quien solicitaba información a los bancos. En algunas ocasiones, los bancos suministraban información inexacta o falsa por medio de sus funcionarios para obtener beneficios en las posiciones de negociación de los operadores de derivados, conductas que se pueden enmarcar como corruptas.

Las consecuencias penales de la corrupción para el Deutsche Bank AG como persona jurídica variarán dependiendo del país y el sistema jurídico dentro del cual éste clasifique. Hoy en día, los sistemas de corte anglosajón no consideran problemático la aplicación de la responsabilidad penal a personas jurídicas, pues parten del concepto de identidad. En el caso de USA se aplica el FCPA, mientras que en UK, el Bribery Act. En el caso de los ordenamientos del *civil law* esta consideración resulta problemática, por asociar la acción a la de un humano.

Si esta entrada, resultó de tu interés podrás conocer más en nuestra [Especialización de Gestión Anticorrupción](#) en colaboración con la Facultad de economía. ¡Te esperamos!

Bibliografía y referencias

Abondano, J. (02 de 09 de 2021). “*Titularización de activos y la crisis del 2008*”. Obtenido de Ficuniandes: <https://www.ficuniandes.com/post/titularizaci%C3%B3n-de-activos-y-la-crisis-del-2008>

Braml, H. (2015). The manipulation of LIBOR and related interest rates. *Studies in Economics and Finance*, 33, 106-125.

CFTC. (12 de 05 de 2023). *Inflation Adjusted Civil Monetary Penalties*. Obtenido de Commodity Futures Trading Commission: <https://www.cftc.gov/LawRegulation/InflationAdjustedCivilMonetaryPenalties/index.htm>

CFTC. (2015). *Order Instituting Proceedings Pursuant to 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act, Making Findings, and Imposing Remedial Sanctions*.

Chinn. (2012). “Evidence on Financial Globalization and Crises: Global Imbalances”. En *Encyclopedia of Financial Globalization*. . Elsevier.

Diamantis, M. (2019). Corporate Essence and Identity in Criminal Law. *Journal of Ethics* .

Duignan, B. (27 de 03 de 2023). *financial crisis of 2007–08*. Obtenido de Britannica : <https://www.britannica.com/event/financial-crisis-of-2007-2008>.

- Fernández, J. (2011). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Código Penal Español (una Visión Crítica). *Revista Jurídica de Castilla Leon*, 7, 7-42.
- Financial Conduct Authority. (14 de 07 de 2023). *Financial Crisis Inquiry Commission*. Obtenido de About the commission: www.cybercemetery.unt.edu: <https://cybercemetery.unt.edu/archive/fcic/20110310173617/http://www.fcic.gov/about>
- Financial Conduct Authority. (2015). Final Notice: Deutsche Bank AG.
- Friedrich, C. (1989). "Corruption Concepts in Historical Perspective". En Heidenheimer, & et al., *Political corruption: A Handbook*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Hunter, S. (2011). A Comparative Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act and the U.K Bribery Act, and the Practical Implications of both on International Business. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 18(1), 89-114.
- Isaza Espinosa, C. (2018). Estudio introductorio. Hallazgos y conclusiones de los estudios de las ciencias sociales sobre la corrupción y aportes de este libro a esa conversación en Colombia. En L. Rodríguez, & et al., *Corrupción en Colombia Tomo I: corrupción, política y sociedad*. Bogotá: Universidad Externado.
- Nieto Martín, A. (2018). Introducción al derecho penal económico y de la empresa. En J. de la Mata, J. Dopico G, J. A. Lascurain, & A. Nieto, *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson.
- Pozzi, S. (15 de 09 de 2008). Lehman presenta la mayor quiebra de la historia con un pasivo de 430.000 millones. *El país*.
- Real Academia Española. (15 de 07 de 2023). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la Real Academia Española : <https://dle.rae.es/manipular%20?m=form>
- Sandel, M. J. (2020). *La tiranía del mérito ¿Qué ha sido del bien común?* (A. S. Mosquera, Trad.) Bogotá, Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Tomasic, R. (2011). "The financial crisis and the haphazard pursuit of financial crimes". *Journal of Financial Times*, 18(1), 7-31.
- U.S Department of Justice . (2015). *Deutsche Bank Group Services Statement of Facts*. Financial Conduct Authority. (2015). *Final Notice: Deutsche Bank AG*.
- Yeoh, P. (2016). Libor benchmark: practice, crime and reforms. *Journal of Financial Crime*, 1140-1153.