

PERFILES COMPARATIVOS: LA ACTIVIDAD CREDITICIA DE LA BANCA COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Juan Espinoza Espinoza
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1. ACTIVIDAD BANCARIA: ¿SERVICIO PUBLICO O EMPRESA?

Punto de partida ineludible para determinar la responsabilidad civil de la banca por la actividad crediticia es el encuadramiento de los principios rectores del ordenamiento jurídico referentes a la naturaleza de la actividad bancaria.

En doctrina, la corriente publicista considera que la finalidad de la intermediación financiera es el bienestar común, motor del desarrollo económico, siendo extraña a ésta cualquier intención lucrativa, o la preocupación por la obtención de una utilidad económica. Bajo este aspecto, la actividad bancaria puede ser ofrecida sólo por el Estado, a través de órganos creados por éste o mediante instituciones en las cuales él mismo participa, o por medio de privados a los cuales el Estado permite desarrollar sólo temporalmente y en vez de éste, dicha función por vía de la concesión administrativa.

En sentido opuesto, para el sector privatístico de la doctrina, la actividad bancaria es una simple actividad mercantil de libre acceso, con requisitos legales de constitución de empresa predeterminados por la legislación común, independientemente del hecho que los operadores de crédito sean públicos o privados. Si se acepta esta posición, el ejercicio de la actividad bancaria no es prerrogativa exclusiva del Estado y ésta puede ser prestada libremente por los privados, los cuales, sin embargo, deben observar las diversas normas que la regulan así como dotarse de la prescrita autorización. .

Desde el punto de vista teórico, existe notable diferencia entre **concesión** y **autorización**. En el

El autor realiza un análisis de la disyuntiva doctrinaria acerca de la naturaleza de la actividad bancaria. Tema de especial importancia para determinar la responsabilidad civil que las empresas bancarias deberán prever. En ese sentido analiza las tendencias existentes, señalando por un lado al sector privatístico y por el otro, al sector publicístico. Asimismo, nos muestra las posturas adoptadas por países como Italia, Francia y Argentina sobre este tema y la consiguiente responsabilidad civil de los bancos por la concesión o la denegación abusiva del crédito.

Finalmente se propone en base a la legislación peruana vigente, la tendencia dentro de la que debemos ubicar a la actividad bancaria nacional y su consecuente régimen de responsabilidad.

caso de la concesión, no pre-existe al procedimiento administrativo ningún derecho del concesionario de ejercitar la actividad conferida, ya que el derecho nace con el acto administrativo. En cambio, la autorización consiste en el asentimiento de la administración a que el privado ejercite un derecho propio que pre-existe al procedimiento. Esta es expedida siempre y cuando se cumplan, por parte del privado, los requisitos exigidos por ley al fin de salvaguardar el interés, la seguridad y el orden público¹.

En Italia, el art. 28 del R.D.L., 12.03.36, n. 375, denominado, **Disposiciones para la defensa del ahorro y para la disciplina de la función crediticia**, (l.b.)², hace referencia a la doble "autorización" (una para la constitución del ente y la otra para el inicio de las operaciones) concedida por la *Banca d'Italia* a las haciendas de crédito³. La actividad bancaria es calificada como **empresa** (el artículo 2195, párrafo 4, confirma ello) y su desenvolvimiento debe entenderse como objeto de un derecho de los privados, pre-existente al acto administrativo y no como exclusivo del Estado.⁴ Por ello el régimen de la autorización en Italia "mira sobre todo a resaltar que la finalidad del procedimiento también en el Derecho previgente (al D.P.R. n. 350, 27.06.85) era aquél de establecer límites y condiciones al ejercicio de una actividad de empresa, en línea del principio libre y reconducible al derecho de iniciativa económica constitucionalmente protegido"⁵.

Este mismo sistema ha sido adoptado en el Perú, con la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, D.Leg. No. 770. En efecto, la Superintendencia de Banca y Seguros debe emitir tanto una autorización de organización (artículos 33 al 40) como una de funcionamiento (artículos 41 al 45) para que las empresas bancarias puedan iniciar

sus operaciones. Asimismo, el art. 3 del referido texto legal utiliza la expresión "empresa bancaria". Dichos dispositivos deben de ser interpretados a la luz del principio constitucional de la libertad en la iniciativa económica (artículo 58 de la Constitución).

Si la actividad bancaria fuese considerada un servicio público, la concesión o denegación del crédito sería abusiva en todos los casos en los cuales ésta resulte incompatible con la función social que debería caracterizarla. Si la actividad bancaria, en cambio, fuese considerada como una actividad de empresa que se desarrolla dentro del ámbito de la libertad de la iniciativa económica (artículo 41 Constitución italiana), ésta, aligerada de la "carga ideológica" de la concepción publicista, estaría sujeta a las reglas del mercado. En esta perspectiva, la eventual responsabilidad civil que resultase, por la concesión o la denegación abusiva del crédito, sería valorizada a la luz de otros principios.

2. LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL FRANCESA Y LA DISCUSION DOCTRINARIA SOBRE LA CONFIGURABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONCESION ABUSIVA DEL CREDITO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO

En Italia, el debate relativo a la concesión abusiva de crédito, ha permanecido sólo en un nivel doctrinario. En cambio, en Francia y en Bélgica la jurisprudencia ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse.⁶ En el primero de estos países se afirma que el banquero es responsable con respecto a los terceros, ex artículo 1382 c.c., cuando el ejercicio de su actividad cause daño, a título de responsabilidad extracontractual. El *status* del banquero es asimilable a aquel del productor (*fabricant*) con respecto a la cosa que ha

¹ COZ, Actividad bancaria: ¿Servicio público o empresa?, en *Advocatus*, año I, 2, Lima, 1990, 55.

² Esta ley ha tenido diversas modificaciones, la última ha sido hecha por el D.L. vo n. 481, del 14.12.92, Actuación de la directiva 89/646/CEE, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de los entes crediticios y su ejercicio y referente a la modificación de la directiva 77/780/CEE.

³ Así, COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 1986, 188.

⁴ En esta perspectiva se puede afirmar que "el acceso a la actividad bancaria permanece condicionado a un régimen de autorización cautamente discrecional" (PORZIO, *Ordinamento Bancario Italiano*, en *Digesto*, UTET, Torino, 1994, 406).

⁵ COSTI, *op. cit.*, 191. En este sentido, también PORZIO: "esta específica iniciativa económica privada permanece libre en el sentido que es expresión de un derecho subjetivo (y no es función), sino la necesaria presencia de una actividad de dirección, coordinación y control por parte de la República (y de la República ordenamiento y no aparato) (MERUSI), hace a este derecho particularmente limitado (o débil)" (*Funzione bancaria e responsabilità della banca*, in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Giuffrè, 1986, 331).

⁶ En Francia, CAS. COM., 02.05.72, 05.01.73, 19.03.74, 07.01.76, 09.05.78, 09.07.79; CAS. CIV., 16.10.79; AP. PARIS, 06.01.77; AP. ROUEN, 08.04.75; AP. AIX-EN PROVENCE, 23.02.79. En Bélgica, CAS, 19.03.76, TRIB. COM. BRUXELLES, 16.06.76. Estos datos han sido tomados de la reseña de BORGIOGLI, *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito?*, en *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura de MACCARONE y NIGRO, Giuffrè, Milano, 1981, 198, nota 5.

“producido”, es decir, el “dinero”, que debería estar calificado entre las cosas peligrosas, es más, entre *les choses explosives*⁷. En Francia, en lo que se refiere al crédito, el banquero es considerado responsable en los siguientes casos:

a. por interrupción inmotivada y prematura de la línea de crédito concedida. No obstante que el cliente no tiene el derecho al crédito, porque éste presupone confianza, la Corte de París, con sentencia del 07.05.79, ha considerado responsable al banco que ha rechazado pagar un cheque de 100.000 francos de una empresa-cliente a la cual le había concedido un crédito. La Corte, haciendo una media de los saldos deudores de la cuenta corriente en los días precedentes, ha constatado que el cliente no hubiera superado tal media, aunque el banco hubiese honrado el cheque⁸;

b. por prolongación “artificial” de la vida de la empresa. El banco es responsable si financia a una empresa cuando ésta se encuentra jurídicamente en estado de cese de pagos. Sin embargo, la Corte de Casación, con sentencia de fecha 09.05.78, ha considerado que el banco no es responsable por haber concedido crédito a una empresa cuyos dirigentes durante siete años habían alterado los balances, haciendo aparecer un activo inexistente, mientras cada año las pérdidas eran considerables⁹. La Corte de Casación, con sentencia del 07.01.76, ha puesto fin a la orientación jurisprudencial que, en este tipo de casos, consideraba legitimados sólo a los acreedores para iniciar este tipo de acciones, admitiendo a accionar también al curador falimentario en representación de éstos y

c. cuando el banquero es considerado dirigente de la empresa. El artículo 99 de la Ley del 13.07.67, relativa a la quiebra, establece que cuando una persona jurídica (*personne morale*) tiene el activo insuficiente, el tribunal puede decidir que las deudas sean asumidas, total o parcialmente, por todos

los dirigentes sociales, sean de derecho o de *hecho*. Este artículo puede constituir un obstáculo para el ejercicio de la actividad bancaria, no obstante que la Corte de París, con sentencia del 17.03.78, haya establecido que para ser considerado dirigente de hecho y por consiguiente, estar sometido a la norma en cuestión, se debe ejercitar una actividad positiva de gestión y de dirección.¹⁰

En el caso de la concesión abusiva de crédito se pueden lesionar los intereses de los acreedores del insolvente en dos hipótesis¹¹:

a. con respecto a los acreedores anteriores (al financiamiento abusivo), por el retraso en el inicio del procedimiento concursal o de quiebra, que determina un aumento del pasivo del deudor y

b. con respecto a los acreedores posteriores (al financiamiento abusivo), porque el crédito concedido por el banco ocasiona una aparente solvencia que lleva al engaño, creando inmotivada confianza.

En Italia, cuya jurisprudencia y legislación no se han pronunciado al respecto, se contraponen dos corrientes de la doctrina, la primera -minoritaria- que admite la configurabilidad de la concesión abusiva de crédito y la otra que, dando al problema un diverso planteamiento, se alinea en una dirección opuesta. Así, en el primer caso, se considera que el banco es responsable con respecto a los terceros, en vía extracontractual, por concesión abusiva de crédito, no obstante encontrarse en una de aquellas “zonas grises”¹² de la responsabilidad civil en la cual se debe proceder con cautela. En esta perspectiva la responsabilidad civil del banco debe considerarse en función del concepto de **injusticia** que se debe asumir en el cuadro de la sistematización general del ilícito. En efecto, si nos adherimos a una concepción “rígida” de éste, se tendrá responsabilidad donde exista una obligación específica para los

⁷ VASSEUR, *La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France*, en *Funzione bancaria*, cit., 62. El A. está en desacuerdo con esta orientación, y afirma que el banquero es un vendedor de crédito (Intervento, en *Funzione bancaria*, cit., 254) y que es necesario establecer los confines del concepto de “función bancaria”, agregando “que el legislador intevenga, está bien, pero que la jurisprudencia de propia iniciativa imponga tal obligación (de vigilancia) a cargo del banquero, creo que sea ir más de aquello que es agurable” (cit., 255).

⁸ VASSEUR, op. cit., 66, el cual afirma que no es la menor paradoja que el banquero sea reprochado si corta los créditos y también, si los mantiene (cit., 67).

⁹ VASSEUR, op. cit., 72.

¹⁰ VASSEUR, op. cit., 76.

¹¹ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione “abusiva” di credito*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1978, I, 223.

¹² NIGRO, op. cit., 234.

bancos de no conceder crédito a los empresarios en dificultades económicas, que haya sido violada. Si, en cambio, se acoge una posición más “elástica”, es imperativo proceder a una atenta y cuidadosa evaluación de los deberes de corrección y de solidaridad del banquero, que deben ser recogidos y precisados, en vía interpretativa, por las normas que regulan la materia *de qua*.¹³

Del art. 218 R.D. n. 267, del 16.03.42, (Ley de quiebras), que considera delito el **recurso abusivo al crédito**, entendido como el hecho del empresario que ejerce una actividad económica “que recurre o continúa a recurrir al crédito, disimulando la propia insolvencia”, se puede recabar “un hecho típico de **concurso**” en la violación de una obligación de comportamiento puesto a tutela de la generalidad de los acreedores”, por parte del banco.¹⁴ Se afirma, consiguientemente, como principio el deber de correcta erogación del crédito¹⁵ a efectos de tutelar a los terceros acreedores del insolvente y también a los ahorristas-depositantes (tutela de la empresa bancaria en la asunción de riesgos).¹⁶

A efectos del resarcimiento del daño, se necesita evaluar cuánto hubiera percibido cada acreedor anterior (respecto al financiamiento abusivo) si no hubiese sido retrasado el procedimiento concursal y en el caso de acreedor posterior (respecto al financiamiento abusivo) se debe tener en cuenta que

éste, probablemente no hubiese asumido tal situación¹⁷. Al mismo tiempo no puede soslayarse que la insolvencia y la consiguiente quiebra de una empresa son el resultado de múltiples factores. Será pues, tarea del operador jurídico determinar si la concesión abusiva de crédito haya sido causa eficiente, o no, de tal insolvencia.¹⁸

Dentro del sector de la doctrina que podemos llamar **negativo**, hay quien critica la posición **positiva** calificándola de “simplista”.¹⁹ Se considera, dentro de esta óptica, que la insolvencia antes de la declaración de la quiebra, sea una situación que puede venir a menos por efecto de un proceso de resaneamiento y que depende de los acreedores la elección de conferir su confianza al deudor o de solicitar la declaración de quiebra. Puede además agregarse que: “no se comprende cómo un acreedor, que no haya considerado solicitar la declaración de quiebra y con ello, implícitamente, continuado a conferir confianza al propio deudor, pueda reprochar al banco un comportamiento análogo, a evitar lo cual él hubiese tempestivamente podido ejercitar con el derecho atribuido por el art. 6 de la Ley de quiebras”.²⁰ Por otro lado, esta posición es contestada, afirmándose que la revocatoria falimentaria “no es (...) instrumento idóneo para hacer conseguir a los acreedores del insolvente un resarcimiento del daño que, con la concesión abusiva de crédito, se les ha causado”.²¹

¹³ NIGRO, op. cit., 236-237.

¹⁴ NIGRO, op. cit., 239.

¹⁵ NIGRO, op. cit., 243.

¹⁶ NIGRO, op. cit., 244. Al respecto, el art. 37 del D.Lvo. n. 481/92 establece que “1. Está penado con la reclusión hasta un año y con la multa hasta diez millones de liras, salvo la aplicación de mayores penas dispuestas por el código penal y por otras leyes, quien, con el fin de obtener concesiones de crédito para sí o para las haciendas que administra, o para cambiar las condiciones a las cuales el crédito fué ya concedido, proporciona dolosamente a entes crediticios noticias o datos falsos sobre la constitución o sobre la situación económica, patrimonial y financiera de las haciendas interesadas a la concesión del crédito. 2. Salvo que el hecho constituya más grave delito, quien deservuelve funciones de administración o de dirección y sean dependientes de entidades crediticias que, a efectos de conceder crédito o de evitar la revocación del crédito concedido, intencionalmente omitan señalar datos o noticias de las cuales tienen conocimiento o utilizan en la fase instructiva noticias o datos falsos sobre la constitución o sobre la situación económica, patrimonial y financiera del solicitante del préstamo, están penados con el arresto de seis meses a tres años y con multa hasta de veinte millones de liras”.

¹⁷ NIGRO, op. cit., 250.

¹⁸ NIGRO, op. cit., 251.

¹⁹ CASTRONUOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. Responsabilità civile e impresa bancaria*, en *Ius*, II, 1981, 164 y en *Funzione Bancaria*, cit., 281.

²⁰ CASTRONUOVO, op. cit., 167-168. También en este sentido BIBOLINI quien, sin embargo, distingue: “el caso en el cual el financiamiento bancario incida sobre la vida de la empresa de manera tal de ocultar su situación de grave insolvencia como para no hacerla conocida a los otros acreedores, no obstante la normal diligencia” (*Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, en *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Giuffrè, Milano, 1986, 57). También, PRINCIPE admite que la revocatoria puede constituir una eficaz sanción y el recurso a los arts. 2043-2049 c.c. (de responsabilidad civil) podría rebelarse útil en los casos en los cuales la concesión sea efectuada de manera irregular (*Concessione abusiva di credito e problemi di responsabilità della banca*, *ivi*, 360).

²¹ LOCUCOCO, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, en *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, cit., 216.

Dentro de la misma línea de pensamiento se coloca quien duda de la existencia de una relación de causalidad entre el financiamiento del banco y el daño a los acreedores, "en cuanto entre tales elementos se incluye el comportamiento voluntario del empresario, que se refiere a la fase de utilización del financiamiento mismo".²² Tomando como punto de partida una doctrina francesa, se podría, entonces, proponer en este tipo de casos, la acción revocatoria falimentaria, considerando que el daño sufrido no incida sobre el derecho de crédito, sino sobre la garantía patrimonial.²³ Una autorizada doctrina, es de la opinión que el banco no pueda ser considerado responsable de las operaciones de crédito, en cuanto "simple instrumento de la actividad administrativa"²⁴, dado que el Estado determina el contenido de dichas operaciones y, como consecuencia de ello, éste debería ser el sujeto civilmente responsable. Quienes se adhieren a esta corriente, consideran que la concesión del crédito no sea una actividad meramente potestativa de los bancos.²⁵ En efecto, el artículo 35, II apartado, letra c, de la Ley de bancos, prevé la facultad de la Banca d'Italia "de emanar normas relativas a las declaraciones que los solicitantes de préstamos deben presentar sobre sus condiciones patrimoniales y económicas para que los préstamos sean concedidos". En el Perú, esta facul-

tad le corresponde a la Superintendencia de Banca y Seguros. Sin embargo el derecho de otorgar créditos es de atribución discrecional de los propios bancos.

3. PERFILES COMPARATIVOS CON LA EXPERIENCIA JURIDICA ARGENTINA²⁶

A partir de los estudios hechos por Borgiogli²⁷ y sucesivamente de Vasseur,²⁸ también la doctrina argentina se ha preocupado de la temática en examen. En primer lugar, ésta se ha interesado por la naturaleza de la actividad financiera: hay quien considera que se trata de una actividad privada de interés público,²⁹ otros la definen como un servicio público impropio³⁰ y no falta quien identifica la noción de banca con aquella de la empresa *tout court*.³¹

La jurisprudencia, en un caso ha afirmado la responsabilidad por interrupción de un crédito ya concedido, en cuanto el cliente-empresa tenía un contrato de crédito con un banco, el cual, con el receso intempestivo del contrato, había ocasionado su quiebra.³² En doctrina, en lo que se refiere a las condiciones que el banco debe observar en el caso de revocación unilateral del contrato de crédito, se ha hecho una distinción, según el plazo previsto en el mismo. En efecto, si el contrato es a plazo incierto, la banca debe dar un

²² BORGIOGLI, op. cit., 204.

²³ BORGIOGLI, op. cit., 207.

²⁴ G. FERRI, *Intervento, en Funzione bancaria*, cit., 247.

²⁵ LOCUCOCO, op. cit., 220. No obstante, el mismo autor afirma que si se prueba que el banco tenía conocimiento del estado de insolvencia del deudor (cese de pagos, protestos, procedimientos ejecutivos, entre otros), ninguna duda puede existir acerca de la subsistencia de su responsabilidad (cit., 226).

²⁶ Agradezco vivamente a los Profesores Julio César Rivera y Graciela Medina por haberme proporcionado el valioso material hemerográfico sobre el cual se basa esta reseña.

²⁷ La versión en español de La responsabilidad del banco por concesión "abusiva" de crédito, ha sido traducida por BONFANTI, en RDCO, 15-89, Buenos Aires, 1982, 621.

²⁸ La versión en español de La responsabilidad contractual y extracontractual de la banca en Francia, con notas de derecho privado argentino de ALBERTI y de derecho penal argentino de HENDLER, ha sido publicada en RDCO, 17-97/98, Buenos Aires, 1984, 193.

²⁹ BENELBAZ, La responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos, en RDCO, 16-91, Buenos Aires, 25. Esta tesis ha sido también adoptada por el Segundo Congreso Nacional sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, La Cumbre (Córdoba), 1981, (cit., 27).

³⁰ LLOVERAS DE RESK, La responsabilidad civil de las entidades financieras, en Diario jurídico de Fallos y Doctrina, Córdoba, 05.09.83, 4; PEREIRO, La responsabilidad civil de las entidades financieras por el otorgamiento abusivo de créditos, en La Ley, T. 1984-C, 1113.

³¹ BONFANTI, Nuevamente sobre la responsabilidad civil del banquero dador de crédito, en El Derecho, Buenos Aires, T. 132, 1989, 843.

³² La C.N.Com., Sala A, con fecha 15.04.80, (La Ley, 21.11.80), falla que: "la notificación telegráfica sin causa de la voluntad de discontinuar el servicio, aparece, claramente, como un abuso de la facultad de extinción del contrato... en atención a que los mismos se pactan para ser cumplidos (art. 218, inc. 3, Cód. de Comercio arg.)", (reportada por BENELBAZ, op. cit., 31). TRIGO REPRESAS, comentando la sentencia, califica a la conducta de qua como "abusiva" y contraria al principio de la buena fe (art. 1198 c.c. arg.)" (Responsabilidad civil de las entidades bancarias y financieras, en La Ley, T. 1983-D, Buenos Aires, 904).

pre-aviso y ejercer de manera regular su derecho de extinguir el contrato de crédito (artículo 1071, referente al denominado abuso de derecho). Si el contrato es a plazo cierto debe haber una justa causa y se requiere también del pre-aviso.³³

En un encuentro de juristas y magistrados argentinos, denominado **Primeras Jornadas de Derecho Civil**, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (24-26.08.83), se discutió sobre el argumento, llegando a una serie de conclusiones,³⁴ entre las cuales enunciamos las siguientes:

1. La responsabilidad de las instituciones financiera está regulada por los principios generales contenidos en el Código Civil, el cual es Derecho supletorio, de acuerdo al art. I del título preliminar y 207 del Código de Comercio Argentino.

2. Sobre la naturaleza jurídica de la actividad de los institutos financieros se puede sostener:

a) que prestan un servicio público denominado impropio;

b) que ejercitan una actividad privada de interés público y

c) que en el ejercicio de la intermediación en el crédito desenvuelven una "función social" y de interés público.

3. La concesión abusiva de crédito se manifiesta a través de la creación de una apariencia de solvencia, en realidad, inexistente, en el deudor.

4. Entre los presupuestos de este tipo de responsabilidad hacia los terceros dañados pueden recordarse aquellos que enunciamos seguidamente:

a) debe ser apreciada con particular atención la relación causal en los casos de responsabilidad bancaria por la concesión abusiva de crédito;

b) en cuanto a las características del daño, se considera que éste afecta a la generalidad de los acreedores, por ello puede ser considerado colectivo, en cadena, persistente;

c) se admite la posibilidad que sea el síndico de quiebras o los acreedores del beneficiario del crédito abusivamente concedido, los legitimados activamente a iniciar la acción y

d) la connivencia en la concesión de crédito entre el instituto financiero y el beneficiario, configura un ilícito civil que los hace responsables solidarios.

5. La actividad crediticia realizada por las instituciones financieras en Argentina, tiene necesidad de una tarea permanente de moralización.

A nivel legislativo, para resolver el problema de los "grupos económicos", especialmente en el caso que el banco y la empresa insolvente pertenezcan a uno de éstos, se prevé el remedio de la inoponibilidad del límite de la personalidad jurídica.³⁵

En efecto, dado que tanto la empresa insolvente como el banco forman parte de una sola unidad económica, se desconoce su autonomía jurídica y se responsabiliza también al banco por los daños causados a los terceros. Se considera que la responsabilidad de las instituciones financieras en el caso de la concesión abusiva de crédito es subjetiva, estando exento de responsabilidad el banquero si está en grado de presentar la prueba de falta de culpa.³⁶

La Cámara Nacional Comercial, Sección C, con sentencia del 29.11.84, ha confirmado una sentencia de

³³ A. A. ALTERINI, Responsabilidad civil de la entidad financiera por cancelación del crédito otorgado al cliente, en *La Ley*, T. 1989-A, 1070 y ss. y también del mismo A, La responsabilidad civil del banquero dador de crédito: precisiones conceptuales, en *El Derecho*, T. 132, Buenos Aires, 1989, 966 y ss.

³⁴ El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, 179-180.

³⁵ En efecto, el art. 54 de la ley 22.903 (ADLA, XLIII-D, 3673), del 09.09.83, publicada en el Boletín Oficial el 15.09.83, introduce un párrafo al art. 54 de la ley 19.550 (AADLA, XXXII-B, 1836, en el cual se establece que: "la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, o el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieren posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados" (tomado de PEREIRO, op. cit., 1117). En doctrina, cfr. DOBSON, El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado), De Palma, Buenos Aires, 1985, que desarrolla esta teoría inspirado en la obra de SERIK, Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, Trad. por PUIG BRUTAU, Ariel, Barcelona, 1958. Cfr. también ESPINOZA ESPINOZA, Estudios de derecho de las personas, CIDDE-CONCYTEC, Lima, 1990, 258-260 y Una aplicación de los "abusos de derecho" en la experiencia jurídica: el problema del abuso de la personalidad jurídica, en *Gaceta Jurídica*, Tomo 17, mayo, Lima, 1995, 55-A y ss.

³⁶ PEREIRO, op. cit., 1118. En este sentido, BENELBAZ, op. cit.; N. A. DUHALDE, Evaluación de la culpa de la entidad financiera en el otorgamiento de un crédito, en *La Ley*, Buenos Aires, 27.01.94, 1.

primera instancia, que había revocado los privilegios pignoraticios e hipotecarios de un banco el cual había concedido un crédito a una empresa en **período de sospecha**, en el cual, ésta se encontraba en un estado de impotencia financiera. La Cámara Nacional Comercial ha establecido que: “la convicción que un banquero puede tener acerca de la conveniencia del otorgamiento de un préstamo para que su cliente pueda superar las dificultades derivadas del corto plazo y las elevadas tasas de interés, en modo alguno incide para excluir las consecuencias derivadas del conocimiento de la cesación de pagos” y por consiguiente, de su responsabilidad.³⁷ Sin embargo, no se había reclamado resarcimiento por los daños ocasionados a los terceros por la concesión abusiva de créditos. Como su homólogo italiano, el jurista argentino distingue entre la revocatoria concursal, que garantiza la integridad del patrimonio del deudor evitando que este disminuya y la acción por concesión abusiva de crédito, en cuanto el nuevo crédito, en efecto, incrementa temporalmente el patrimonio del deudor.³⁸ Se pone de manifiesto, además, la preocupación por la tarea del operador jurídico llamado a examinar también la concurrencia de otros factores que pueden asumir relevancia entre la concesión del crédito y la producción del daño ocasionado a los terceros acreedores.³⁹

Hay quien resalta la importancia del análisis por parte del banco de la documentación presentada por los clientes. El banco no debería limitarse al estudio del activo y del pasivo del balance, sino también debería estudiar las actas del consejo de administración, del directorio o de la asamblea general, según fuere el caso, para tener una visión más completa de la situación del posible beneficiario del crédito.⁴⁰ En efecto, observamos que un aspecto, a veces descuidado, es el rol que debe desenvolver el funcionario del banco en la concesión del crédito. En cualquier institución de crédito existe una normativa interna en la cual se indican cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta para conceder un crédito. El estudio que realiza el sectorista no se

limita a un análisis económico de la solvencia del cliente, sino que llega también a evaluar los informes legales correspondientes a la documentación concerniente a los bienes que se pretenden ofrecer en garantía. Visto que ordenamientos jurídicos como el italiano, el argentino o el peruano no consienten la configuración de un principio de obligación de la banca a conceder los créditos a las empresas insolventes, debemos entender a la función crediticia del banco como un negocio, en el cual éste trata de obtener un beneficio económico sin -obviamente- ocasionar daños a terceros.

4. NOTA CONCLUSIVA: POSIBLE APLICACION DE LA CONCESION ABUSIVA DEL CREDITO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL

La libertad de la iniciativa económica privada está constitucionalmente garantizada en el ordenamiento jurídico italiano (artículo 41 Constitución), dentro de los límites de la utilidad social, de la seguridad, de la libertad y de la dignidad humana y por ley se determinan los programas y los controles para dirigir y coordinar los fines sociales de la misma. El principio de autonomía contractual, previsto por el artículo 1322 del Código Civil Italiano confirma ello. La banca, entre los servicios que ofrece a la clientela, proporciona el de la concesión de crédito, el cual está regulado por las normas emanadas por la *Banca d'Italia*. ¿En qué medida es responsable el banco que ha observado las directivas de la *Banca d'Italia*; cuyo funcionario ha sido negligente en la concesión de un crédito a tal punto de ocasionar daños a terceros? Se responderá que el banco, de todas maneras, estará obligado a resarcir a los daños *ex* artículo 2049 Código Civil, según el modelo, diseñado por el legislador italiano, de responsabilidad por el hecho de un tercero. El banco se podrá liberar sólo si demuestra que el funcionario de crédito no ha actuado “en el ejercicio de las funciones” que le habían sido conferidas.⁴¹ Esta última

³⁷ En El Derecho, No. 6361, Buenos Aires, 12.11.85, 1, con nota de BOLLINI, Responsabilidad de los bancos por la concesión de créditos a entidades insolventes.

³⁸ BOLLINI, op. cit., 4, el cual disiente de la opinión predominante en doctrina sosteniendo que el daño por concesión abusiva de crédito no configura un daño a la masa de acreedores como tal, sino a algunos acreedores, frente a los cuales, el daño debe valorizarse caso por caso (cit., 5).

³⁹ BOLLINI, op. cit., 6.

⁴⁰ N.A. DUHALDE, op. cit., 2.

⁴¹ Así, CORTECAS, n. 4562: “la responsabilidad del comitente por la actividad del dependiente subsiste no sólo cuando sea configurable una dependencia causal directa entre el acto ilícito y las funciones confiadas al autor del mismo, sino también cuando entre los dos elementos subsista una relación ocasional necesaria, firme de todas formas, también en el segundo caso, la necesidad de una conexión funcional o instrumental entre el desenvolvimiento del encargo y el evento lesivo, **debiendo excluirse la responsabilidad del comitente**”

hipótesis se presentaría cuando se configure el delito de **falso interno**, previsto en el artículo 37.2 del D.L.vo n. 481/92.⁴²

Si los terceros dañados, acreedores anteriores o posteriores a la concesión de crédito, que pretenden que esta última sea declarada abusiva, logran probar el daño ocasionado, el banco podrá eximirse de responsabilidad si demuestra haber hecho una evaluación de crédito con la diligencia de un agudo banquero (o de un *bonus argentarius*) (art. 1176, párrafo 2 c.c.it.). El juez, deberá estar particularmente atento a la eventual ruptura del nexo de causalidad entre la concesión de crédito y el daño a los terceros acreedores que se verifica, por ejemplo, en el caso que el deudor no haya empleado el crédito obtenido, según los cánones de una buena administración. Es por ello necesario distinguir entre causa, condición y ocasión, de donde “la **causa** produce el efecto, la **condición** -que no lo produce por sí- de alguna manera lo permite o descarta un obstáculo; la **ocasión** se limita a favorecer la operatividad de la causa eficiente”.⁴³

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, no contamos con una precisa disposición legal al respecto. En efecto, ni la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley 26116, del 24.12.92, ni el Código Penal, en la parte que regula las conductas punibles referidas a la quiebra de las empresas (capítulo I del título VI del libro segundo) se refieren a este tipo de conducta, tanto con respecto al insolvente que aparenta solvencia como con el banco (o funcionario) que concede abusivamente el crédito. Dentro del Código Penal, para el caso del representante legal que solicite créditos, aparentando una situación financiera positiva, los tipos regulados en el artículo 196 (estafa) y en el artículo 198.5 (fraude en la administración de la persona jurídica, a través de la acción

de fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes), son insuficientes para penalizar esta actividad.

Siendo conscientes que determinar la responsabilidad de los bancos en este tipo de casos, parte del presupuesto de qué es lo que se debe entender por **actividad bancaria**, vale decir, si ésta es entendida como servicio público o como empresa privada, lo cual queda aclarado en esta última acepción, por lo previsto en la Constitución, en sus artículos 58 (libertad de la iniciativa privada que, a su vez, se manifiesta en el principio de libertad contractual, regulado en el artículo 1354 Código Civil), 60 (el Estado sólo por ley expresa puede realizar subsidiariamente actividad empresarial) y 87 (la Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público), creemos que el caso de la concesión abusiva de crédito debe ser incluido dentro de la “provincia” de la responsabilidad civil. La experiencia jurídica comparada ha comprobado que, en esta hipótesis, se configura, entre otros aspectos, una violación de los principios de corrección y buena fe objetiva. El hecho que la jurisprudencia francesa ha aplicado el artículo 1382 del *Code*, nos debe mover a reflexionar sobre la posibilidad de emplear, en este tipo de supuestos, entre otros, el artículo 1969 (principio general de la responsabilidad civil subjetiva) y el artículo 1981 de nuestro Código Civil, que prescribe la responsabilidad solidaria del autor directo-subordinado e indirecto-superior por los daños causados y, eventualmente, a efectos de exonerar de responsabilidad civil al banco, la aplicación *a sensu contrario* del artículo 160, que adscribe los efectos del acto jurídico realizado por el representante, en la persona del representado, “dentro de los límites de las facultades que se le hubiere conferido”.

cuando el daño sea imputable a la actividad privada del autor del ilícito, cometido en el ejercicio de su autonomía personal; el accertamiento cumplido al respecto por el juez de mérito constituye una investigación de hecho, que es incontestable en sede de legitimidad, si es correctamente motivada” (en Rep. Foro it., Bologna, 1980, 112, 2346). En doctrina, ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, 1991, 314. En sentido contrario CORTE CAS., 09.04.82, en Foro it., 1983, I, 161.

⁴² Cfr. nota 16.

⁴³ A.A. ALTERINI, *Responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3a. ed., 1987, 139.