

## Responsabilidad civil de las entidades financieras por el otorgamiento abusivo de crédito

Por

DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO (\*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La actividad crediticia. — III. El otorgamiento abusivo de créditos. — IV. El elemento subjetivo de imputación. — V. El daño resarcible. — VI. La relación de causalidad. — VII. A modo de conclusión.

### I. Introducción

La sociedad moderna asiste, desde hace un tiempo, a una renovación de los enfoques jurídicos relacionados con la responsabilidad, en particular, aquellos atinentes a la responsabilidad civil. Primero fue el auge de la responsabilidad objetiva; luego, el de las responsabilidades profesionales; más tarde, la atención se centró en la responsabilidad del fabricante por los productos elaborados. Esto ha llevado a algún autor a hablar incluso de una "fiebre de la responsabilidad" (1). "La importancia creciente de los juicios de responsabilidad civil crea un verdadero problema para la administración de justicia en numerosos países industrializados, al mismo tiempo que un problema permanente para las compañías aseguradoras que trabajan con seguros de responsabilidad. Y las tendencias recientes parecen indicar que se prepara una suerte de explosión de la responsabilidad civil" (2). Dentro de este panorama, se inscribe la preocupación doctrinaria y la consagración jurisprudencial, sobre todo en Francia, de la responsabilidad del banquero por el otorgamiento de créditos.

El fenómeno no es casual, sino que responde a la modificación producida en las presuposiciones implícitas que operan en el sustrato de la ciencia jurídica. Presuposiciones que hacen a la correspondencia que no tiene de la sociedad, a las ideas y valores que la forman, todo fenómeno social y en particular el Derecho.

Si bien existe una tendencia clara a ampliar las hipótesis comprendidas por las normas de la responsabilidad civil, el jurista no puede perder de vista que la regulación de cada sector de la vida de relación supone tener en cuenta las particularidades y circunstancias que lo caracterizan.

Los fines y las funciones que ha desempeñado la institución de la responsabilidad civil han variado con las circunstancias históricas pero también se han adecuado a las características propias de la actividad sobre la que se hacía recaer la responsabilidad.

La consideración de las funciones que desempeña la responsabilidad civil en el cuadro de las instituciones jurídicas resulta indispensable para no desenfocar el tema de la responsabilidad que cabe a las entidades financieras. A lo largo de la historia, la responsabilidad civil ha cumplido por lo menos, cinco funciones diferenciales: "a) castigo de un culpable; b) y c) venganza e indemnización de la víctima; d) y e) restablecimiento del orden social y prevención de los comportamientos antisociales" (3). La asignación de esas funciones

ha estado ligada a consideraciones extra o meta-jurídicas. Lo que es claro es que hoy ya no se ve a la responsabilidad civil como una forma de castigo, sino más bien como un mecanismo para reparar perjuicios. Esto no implica que el orden jurídico carezca de instituciones sancionatorias; significa que se ha operado una clara diferenciación en los fines y funciones asignadas a cada institución.

Cuando los autores abordan la cuestión de la responsabilidad civil del banco, del banquero o de las entidades financieras (4), no dejan de señalar la necesidad de "moralizar" la actividad financiera (5). Esa necesidad es compartida unánimemente, pero la "moralización" no puede encararse a través de la desnaturalización de una institución jurídica como la responsabilidad civil.

La concepción de la responsabilidad civil imputada sobre bases objetivas, la tendencia a la redistribución social de la reparación del perjuicio, la creciente importancia del aseguramiento de los riesgos, son otros tantos de los indicios de que la responsabilidad civil ya no es concebida como un castigo, sino como una herramienta esencial de reparación. Subsisten, claro está, sectores en que la base de imputación es el elemento subjetivo. Ello así, no como castigo, sino como factor de atribución del deber de reparar.

Es necesario moralizar la actividad financiera y evitar los abusos pero ello no se logrará —sin asumir riesgos socio-jurídicos mayores— a través de la utilización de la responsabilidad civil como instrumento de esta especie de "inquisición".

Cada institución jurídica tiene fines y fundamentos propios, sin perjuicio de su vinculación e integración en el ordenamiento general. No debe confundirse a la responsabilidad civil, como mecanismo

reparador, con otras instituciones que tienen fines sancionatorios propiamente dichos (por ejemplo, la calificación de la conducta del tercero como cómplice del fallido) o con aquellas que tienen por misión evitar la producción efectiva del daño (por ejemplo, la recomposición del patrimonio "prenda común de los acreedores", a través de la figura de la ineficacia o la inoponibilidad de ciertos actos).

Por el momento, la responsabilidad derivada de la actividad bancaria no ha sido objeto de normas jurídicas específicas, por lo cual corresponde aplicar normas generales que rigen la materia. Ello implica para el jurista el desafío de la interpretación de las normas jurídicas y su adaptación a este supuesto de hecho particular, a través de una auténtica "construcción". La tarea científica de la construcción no deberá perder de vista las particularidades del fenómeno bancario y tampoco deberá encerrarse en una atractiva "matemática de conceptos", sino que tendrá que atender a las consecuencias prácticas de su elaboración.

El jurista no podrá abordar esta cuestión sin tener en cuenta la noción del riesgo que es de la naturaleza misma de la actividad bancaria de otorgamiento de crédito. Tampoco deberá dejar de lado el carácter marcadamente placista del derecho bancario, ni la función que la actividad bancaria desarrolla en el esquema económico de una sociedad. Únicamente cuando se valoren ajustadamente estos factores, podrán brindarse soluciones no sólo viables, desde el punto de vista lógico, sino adecuadas a la realidad que se quiere encauzar.

Dentro del cúmulo de cuestiones derivadas de la actividad bancaria que pueden dar lugar a un análisis desde el punto de vista de la responsabilidad civil, hemos de limitarnos a la responsabilidad civil por los daños para terceros derivados de la activi-

dad de otorgamiento de crédito, en el derecho argentino.

Por cierto que, en este ámbito, no queda otra posibilidad que aceptar la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual (6) pues ella es el eje central sobre el que se construye la normativa de la responsabilidad civil en nuestro sistema. La doctrina es unánime en el sentido de propiciar una unificación de régimen, pero mientras ello no ocurra, la distinción existe en el derecho positivo, y las soluciones se encauzan a través de esta doble vía. En ese marco la responsabilidad del banquero por el otorgamiento abusivo del crédito, frente a terceros, debe encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (7). Nos referiremos, así, a los elementos que —conforme al ordenamiento jurídico vigente— deben reunirse para que se aplique la responsabilidad, esto es la determinación de los elementos del supuesto de hecho.

## II. La actividad crediticia

El sistema bancario debe estar basado sobre pilares de honestidad y buena fe. La corrección de los abusos cometidos es un fin encomiable, no cabe duda. Sin embargo, el logro de este objetivo supone la utilización de los medios adecuados para evitar que la solución en lugar de "moralizar", entorpezca el funcionamiento de las instituciones.

A nadie escapa la importancia que la actividad crediticia tiene para el sano desenvolvimiento y el necesario crecimiento de la economía. El crédito es fundamental para las empresas que funcionan normalmente, pero lo es más aún para aquellas que, en algún momento, atraviesan dificultades. Una consideración severísima de la actividad bancaria de otorgamiento de crédito dificultará aún más la concesión de créditos a empresas en apuros, con lo cual la sociedad se verá seriamente perjudicada.

Esta es una cuestión cuyos límites resultan de difícil trazado. El banco que niega o suspende el crédito a una empresa en apuros puede ser sancionado, por acelerar y agravar su desarreglo económico-financiero precipitándola a la quiebra. Pero también es reprochable la concesión de créditos a empresas que están en virtual cesación de pagos. Los juristas parecen aplicar a la actividad bancaria aquello de "palos porque bogas, palos porque no bogas". En un caso se hace responsable al banco porque, al limitar el riesgo que está dispuesto a asumir, causa un daño restringiendo el crédito. En otro, porque, al ampliar el margen de riesgo que asume, causa un daño, agravando la situación de los acreedores del beneficiario del crédito (8).

El eje de la discusión está dado por el distinto acento que se pone en la protección de los intereses en juego. En el primer caso, se pone el acento en la protección de los intereses del empresario y, sólo mediatamente, de sus acreedores. En el segundo caso, la protección del crédito de los terceros acreedores ocupa un lugar preeminente.

El quid de la cuestión, a los efectos de determinar responsabilidad civil y no otras cuestiones, está en la razonabilidad del riesgo empresario del banco. "El riesgo no es legítimo por excepción. Lo es por principio. Es una de las condiciones del dinamismo de la economía de la cual el crédito es motor" (9).

La valoración de la razonabilidad del riesgo empresario que, sin duda, es de la esencia de la actividad de otorgamiento de crédito, dependerá grandemente de consideraciones placistas. Y ello es así, porque no todas las plazas se manejan con los mismos medios y porque no todas conciben de la misma manera la actividad bancaria (10).

Cada ordenamiento jurídico brinda una serie de parámetros reguladores de la actividad de entidades financieras, parámetros entre los cuales figuran los lineamientos generales en los que se deberá enmarcar el riesgo empresario. Esas normativas no pueden, sin embargo, restringir a cero el riesgo que el banco debe asumir, pues de lo contrario se desnaturalizaría por completo la actividad. Hay un cierto margen de discrecionalidad que da al banco el margen para la apreciación de la conveniencia de la operación. El riesgo que se corre, aplicando teorías muy severas en materia de responsabilidad es el de impulsar a los bancos a no correr riesgo alguno y dar créditos sólo a los que son absolutamente solventes y no tienen dificultades económicas (11). "Los bancos no deben ser temerarios", pero, "no sería menos catastrófico que ellos fueran temerosos o tímidos" (12).

### III. El otorgamiento abusivo de créditos

La doctrina, en forma casi unánime, describe la situación de hecho contemplada por esta hipótesis, siguiendo a Stoufflet, cuando afirma que un banco puede "sostener una empresa ineficiente, favorecer inversiones excesivas y manifiestamente poco rentables y ocasionar, de esta manera, un daño real a los acreedores del beneficiario del crédito, engañados por una prosperidad artificial" (13).

Más allá de los efectos que provoque, el supuesto de hecho se configura cuando un banco otorga un crédito (o lo mantiene abierto) a un beneficiario insolvente. Con esta conducta el banco puede provocar un daño a los terceros acreedores del beneficiario del crédito, al dilatar el desenlace de la situación.

Resulta de fundamental importancia configurar acabadamente la hipótesis del otorgamiento "abusivo" del crédito. Se ha señalado con acierto que, *a posteriori*, y cuando la realidad demostró que las dificultades que tenía el beneficiario del crédito eran insalvables, resulta fácil juzgar como abusivo el crédito que concedió el banco (14). Pero para poder aplicar la responsabilidad civil, dentro del marco de la realización del valor seguridad jurídica, resulta indispensable que *a priori*, al momento de tomar la decisión, el banquero sepa qué parámetros han de utilizarse para calificar su conducta como abusiva y generadora de responsabilidad civil.

La determinación de lo que se considerará crédito abusivo no puede dejarse pendiente para el momento de la producción del desenlace (15): hacerlo de esta forma implicará violar un principio liminar del derecho moderno que apunta a la determinación previa de las consecuencias atribuibles a las conductas, a efectos de dar certeza a las relaciones jurídicas.

El crédito será abusivo cuando haya sido concedido en violación de las normas jurídicas que rigen la actividad y cuando, a pesar de ser formalmente correcto, la apreciación del riesgo por parte del banco no haya sido razonable, de acuerdo con los elementos de que se disponía —actuando diligentemente— en el momento de tomar la decisión.

Para evitar las consecuencias de la responsabilidad civil (lo que no es lo mismo, insistimos, que decir las consecuencias derivadas de la legislación concursal, penal o administrativa aplicable), el banco deberá obrar con la diligencia debida de acuerdo a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

La actividad bancaria es una actividad empresaria que conlleva un riesgo, pero ese margen de riesgo no es absoluto ni irracional. No se puede "sancionar" al banco por otorgar un crédito a una empresa en apuros si, al otorgar el crédito, el banco cumplió las disposiciones jurídicas en vigor y juzgó razonablemente, de acuerdo con los elementos diligentemente reunidos en ese

momento, la solvencia y la capacidad de recuperación de la empresa. La responsabilidad civil no se aplica al banco por no haber "adivinado" que la empresa no saldría adelante, sino por haber juzgado negligentemente sus posibilidades de recuperación, en el momento del otorgamiento del crédito.

Insistimos que estas consideraciones se aplican a fin de determinar la posible responsabilidad civil del banco por su actividad de creditante. Cuestión distinta es la configuración de los supuestos de hecho del derecho concursal para determinar la eficacia o ineficacia del crédito respecto de los demás acreedores, o la complicidad del banco por el fallido.

En cuanto a la configuración de este supuesto de hecho (otorgamiento abusivo de crédito), no nos parece adecuada la conceptualización que brindan las Recomendaciones de las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza, en cuanto se define el otorgamiento abusivo de crédito como la "creación de una apariencia de solvencia" (16). La creación de esa apariencia puede ser el resultado de la conducta del banco pero no constituye la sustancia de la misma. Se trata de un error en la técnica de definición. Si la definición fuera correcta, y si la clave fuera la creación de una apariencia de solvencia, también estaría incurso en esta conducta aquel amigo del empresario que gratuitamente le prestara una magnífica oficina para atender a un potencial cliente. Esa conducta no responde a la configuración del otorgamiento de un crédito abusivamente, como es obvio, pero sí implicaría la creación de una apariencia de solvencia.

#### IV. El elemento subjetivo de imputación

La calificación de "abusivo" del otorgamiento del crédito implica también la consideración del llamado elemento subjetivo de la responsabilidad.

La responsabilidad del banco derivada del otorgamiento abusivo de crédito es un supuesto de responsabilidad subjetiva, en el sentido de que requiere para su existencia una calificación subjetiva de imputación (dolo o culpa), siendo de aplicación en la materia las normas del Cód. Civil sobre la atribución de conductas en materia de personas jurídicas (17).

La hipótesis de que el banco actúe con dolo, en connivencia con el deudor, y con el fin de ocasionar un perjuicio a los acreedores, nos sitúa frente al fraude que hará responsable al banco por las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales de su acción, en virtud de lo dispuesto por los arts. 901, 903, 904, 905 y 1073 y conchs. del Cód. Civil.

La configuración del dolo no presenta problemas mayores; la acción es dolosa cuando para la ejecución de un acto se afirma lo falso, se oculta lo verdadero o se utilizan maquinaciones o artificios (art. 931, Cód. Civil).

Por lo general, en la hipótesis del otorgamiento abusivo de crédito nos encontraremos, en cambio, ante un obrar culposo. La conducta del banco no tendrá por fin ocasionar una lesión en los derechos de los acreedores, aunque esa lesión pueda existir y ser el resultado de un obrar culposo o negligente.

En una reciente polémica con Alterini (18), Bonfanti reclama que el concepto de culpa a aplicar a los bancos sea lo suficientemente flexible como para captar las especiales características de la actividad bancaria (19). El logro de esa adecuación no supone ningún problema de interpretación. La configuración de la culpa en el Código Civil —uno de los tantos aciertos de Vélez Sársfield—, se logra a través de un concepto abierto que permite analizar las particularidades de cada caso.

En efecto, el art. 512 del Cód. Civil dispone que "la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Esta norma se complementa con la del art. 902 que establece que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

En lo que se refiere a la responsabilidad del banco por el otorgamiento del crédito, la culpa se ajustará a la consideración, entre otros, de los siguientes elementos: a) el carácter profesional de la actividad, lo que impone mayor prudencia y conocimiento; b) la naturaleza del riesgo empresarial que conlleva la actividad bancaria de otorgamiento de crédito, y c) las características de ese tipo de operaciones en la plaza bancaria de que se trate.

La diligencia exigida al banco es la razonable de acuerdo a estas consideraciones. El otorgamiento del crédito deberá ser el resultado de un proceso decisorio en que el banco haya actuado con diligencia para calibrar ajustadamente las posibilidades del deudor para hacer frente a las obligaciones que asumirá (20).

Dado que la actividad del banco tiene también un grado de riesgo, la asunción de éste deberá ser razonable y prudente. Cuando se trate de dar crédito a deudores que enfrenten una situación difícil económicamente hablando, el banco deberá sopesar los planes y posibilidades de recuperación de acuerdo al curso normal y natural de las cosas, en función de las circunstancias reales y no abstractas o ideales. Es imposible dar con certeza un listado de las informaciones a solicitar para cubrir ese margen de diligencia. Dice, con acierto, Stoufflet que la formulación de directivas permanentes es imposible porque "la apreciación del riesgo comporta una parte irreductible de subjetividad" y agrega que, "según el grado de notoriedad de la empresa y la importancia más o menos grande del crédito solicitado (el banquero) podrá contentarse con una información

mínima o deberá llevar delante una investigación más detallada" (21). En la medida en que tome estos recaudos, su obrar no podrá calificarse como culpable, y por lo tanto no existirá la posibilidad de imputarle responsabilidad alguna, desde el punto de vista civil.

La culpa del banco consistirá en haber otorgado un crédito a quien es absolutamente insolvente y no tiene razonablemente posibilidad de recuperación. No basta para salvar esta responsabilidad (desde el punto de vista civil) que el banco aduzca que no conocía el estado patrimonial del beneficiario del crédito, pues por su actividad profesional tiene el deber de informarse al respecto —aunque no lo exigieran expresamente las normas jurídicas específicas para la materia—. El banco podrá eximirse de responsabilidad probando que puso todo el cuidado y diligencia razonable y exigible de acuerdo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, a pesar de lo cual no pudo conocer la realidad y gravedad de la crisis y no pudo prever la imposibilidad de su mejoramiento o superación.

Esta cuestión es bien distinta de la relacionada con las exigencias que la ley de concursos plantea para que opere la declaración de ineficacia de ciertos actos respecto a los acreedores (prevista en el art. 123, ley de concursos —Adia, XLIV-D, 3806—), o los requisitos necesarios para calificar la conducta del banco como cómplice del fallido, que actuó fraudulentamente (arts. 240 y 235, ley de concursos).

Tener en claro esta diferencia, permite evitar confusiones y valorar acertadamente algunos fallos en la materia (22). En efecto, para declarar ineficaces algunos actos realizados en el período de sospecha, la ley de concursos exige que "se acredite que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor". Si en lugar de esta configuración del supuesto de hecho, la ley hubiera hecho referencia a la

"culpa" del tercero, sería razonable remitirse al concepto de culpa del art. 512 del Cód. Civil, y determinar cuándo se configura la culpa. El resultado sería el siguiente: el banco actuó con culpa cuando tuvo conocimiento del estado de cesación de pagos o cuando, actuando con la debida diligencia, debió haber conocido esa situación.

Sucede, en cambio, que la legislación concursal no remite al concepto de culpa y no trata de resolver una hipótesis de responsabilidad civil, sino de prefigurar un supuesto de hecho para aplicar una sanción, una consecuencia jurídica. ¿Qué se exige para poder declarar la ineficacia del acto? Que el tercero —en este caso el banco— tuviera conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. Se trata de un requisito absolutamente claro que debe acreditarse, de acuerdo a las reglas de la prueba. Podrá recurrirse a las presunciones, pero sin caer en excesos que desvirtúan lo que el legislador expresamente ha exigido, para transformar al juzgador en creador de la norma que pretende aplicar —muchas veces impulsado por un fin moralizador— (23).

En otra hipótesis, y para determinar la complicidad con la conducta fraudulenta del fallido, el legislador se refiere a la conducta de terceros y exige expresamente (al contrario de lo dispuesto en el art. 123, ley de concursos) que el tercero "haya conocido o debido conocer" la finalidad del acto (art. 240, ley de concursos). Tampoco aquí hay una remisión a la conducta culposa del tercero, sino una configuración clara de un supuesto de hecho; no con el fin, insistimos, de atribuir responsabilidad civil, sino con la finalidad de calificar su conducta como cómplice del fallido.

En fin, una cosa es la determinación de la responsabilidad civil del banco y otra, la declaración de ineficacia del crédito que otorgó, y otra, la calificación de su actuación en punto a la posible complicidad.

Para que pueda atribuirse al banco responsabilidad civil en función de una conducta culposa deberá probarse que otorgó el crédito a quien no reunía los requisitos exigidos por la ley y demás disposiciones aplicables y que esa decisión fue el resultado de una actuación negligente porque el banco conocía o debía conocer esa situación obrando con la debida diligencia, en función de su profesionalidad.

## V. El daño resarcible

Para que pueda hablarse de responsabilidad civil es fundamental la existencia del daño. Si de la conducta del banco, descrita más arriba, no surgiera daño alguno, no habría responsabilidad civil posible, aunque pudieran funcionar sanciones derivadas de consideraciones administrativas, penales o concursales. Sin daño no hay responsabilidad civil. El principio está recogido en el art. 1067 del Cód. Civil: "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia".

La doctrina nacional, siguiendo los lineamientos del derecho francés (24), ha distinguido dos tipos de posibles damnificados por el otorgamiento abusivo de crédito. Por un lado, los acreedores del beneficiario, cuyos créditos son anteriores al del banco; por otro, los acreedores cuyos créditos son posteriores al del banco (25).

En el primer caso, se sostiene, el daño derivaría del agravamiento de la situación económico-financiera del beneficiario y de la dilación del concurso, lo que origina una lesión al crédito de los terceros acreedores. Esa lesión al crédito se expresaría a través de la afectación no de la exigibilidad del mismo, sino en su eficacia. En efecto, es probable que el crédito del banco demore el desenlace de la crisis económica y por lo tanto se reduzcan las posibilidades de cobro efectivo por parte de los acreedores.

La segunda hipótesis está relacionada con la situación de quienes traban relaciones jurídicas obligacionales con el beneficiario, con posterioridad a la concesión del

crédito por parte del banco. En este supuesto, se hace responsable al banco por que su conducta al otorgar abusivamente un crédito generó —se afirma— una apariencia de solvencia.

La cuestión nos parece más que discutible. En efecto, si —como se reconoce— se trata sólo de una "apariencia" de solvencia, ello implica que quien va a otorgar un nuevo crédito a la empresa, usando la diligencia debida podrá calibrar adecuadamente la situación de la misma, y decidir libremente si otorga o no el crédito. Quien al otorgar un crédito confía sólo en la apariencia no parece actuar diligentemente. No resulta razonable que el banco deba responder por la negligencia propia y por la de todos los acreedores posteriores (26).

La "apariencia" tiene, en el lenguaje jurídico, una conceptualización diversa de la que se le asigna en el lenguaje común. Como derivado del principio general de la buena fe, la apariencia jurídica es un mecanismo ideado para la protección de quienes actúan de acuerdo con la normatividad que surge de dicho principio (27). Pero obrar de buena fe no es obrar estúpidamente, sino obrar con honradez y diligencia. Así, hay hipótesis en que el Derecho protege a quien, obrando diligentemente, es víctima de una situación aparente. Tal el caso, por ejemplo, del pago al acreedor aparente, contemplado por el art. 732 del Cód. Civil.

En el caso que nos ocupa, lo único que puede haber es "apariencia" en el sentido vulgar del término. Quien esté ante la disyuntiva de otorgar un crédito deberá averiguar su situación económico-financiera y tendrá ante sí el panorama de una empresa con dificultades, que ha recibido un crédito de un banco. Tendrá que valorar, pues, si su futuro deudor es o no solvente y decidirá en consecuencia. "Sería injusto, afirma Stoufflet, hacer soportar a la banca las consecuencias de la falta de discernimiento de su cliente o de terceros. La vigilancia requerida al banquero no dispensa a los otros participantes de las relaciones de dar prueba ellos mismos de discernimiento" (28).

No debe confundirse esta hipótesis de apariencia con la hipótesis del engaño, que también puede darse en la realidad, aunque su configuración jurídica es diversa. El banco puede, en connivencia con el deudor, hacer aparecer una situación que no es la real o bien proporcionar informes falsos sobre la situación económico-financiera del deudor, o bien proporcionar, por error, informes incorrectos. En este caso, el banco podrá ser responsable civil del perjuicio ocasionado porque la "creación de esa apariencia de solvencia" proviene de una acción típicamente dolosa, definida por el Código Civil, como ya hemos recordado, en el art. 931, o de una acción culposa, relacionada con la actividad informativa y no con la de otorgamiento del crédito.

En resumen, entendemos que el banco no es responsable de daño alguno respecto a los acreedores del beneficiario del crédito,

cuyos créditos sean posteriores al del banco, salvo en los casos señalados en el párrafo anterior. El otorgamiento abusivo del crédito en sí no causa daño a los acreedores posteriores, salvo que ingresen en el cuadro otros elementos que, en principio, no son constitutivos de la conducta del banco, es decir, salvo que medie dolo, o culpa en la actividad de información, por ejemplo.

Por regla general, el daño que puede atribuirse como consecuencia del otorgamiento abusivo del crédito es, pues, la lesión al derecho de crédito de los acreedores del beneficiario, cuyos créditos preexisten al que otorga el banco.

La lesión al derecho de crédito es una figura que tiene carta de ciudadanía en nuestro derecho, desde que se reconoce que el daño resarcible puede afectar no sólo a los derechos reales, sino también a los personales u obligacionales (29). Borgioli discrepa en cuanto a esta interpretación del daño provocado por el otorgamiento abusivo de crédito por cuanto entiende que en la hipótesis no hay ni imposibilidad de la prestación, ni extinción del crédito, como ocurre en las hipótesis de lesión al crédito reconocidas en el derecho italiano (30).

La lesión al crédito puede afectar al mismo en dos de sus aspectos: su exigibilidad o su eficacia. Hay lesión a la eficacia del crédito cuando, a pesar, de la subsistencia del mismo como exigible, se ve disminuida la posibilidad de su cobro total. En el caso que analizamos, la conducta del banquero afecta el patrimonio como prenda común de los acreedores y al demorar el desenlace de la crisis económica, puede disminuir la efectividad o eficacia de los créditos.

El propio ordenamiento trata de evitar o disminuir el posible daño a través de medidas protectivas del patrimonio "prenda común", previendo la posibilidad de declarar la inoponibilidad de algunos actos. Sin embargo, aun aplicando esas medidas, puede suceder que el daño se produzca. En ese caso, podrá intentarse obtener una indemnización por el daño producido.

Esto nos lleva directamente a la consideración de la valoración del daño. En líneas generales, puede decirse que el daño estará configurado por la diferencia entre lo que efectivamente percibió el acreedor y lo que hubiera podido percibir de no haber existido el otorgamiento abusivo del crédito (31). Obviamente, se trata de un aspecto a dilucidar en cada caso concreto, en función de las reglas generales sobre apreciación del daño.

## VI. La relación de causalidad

Por fin, para poder atribuir responsabilidad civil al banco por el otorgamiento abusivo del crédito será menester que exista una relación de causalidad adecuada entre el otorgamiento abusivo del crédito y el daño que se ha producido.

La relación causal o nexo causal es determinante en la imputación de la responsabilidad. La ocurrencia de elementos que interrumpan la vinculación causa-efecto entre la conducta y el daño, implica la imposibilidad de atribución de la responsabilidad civil. En el caso que nos ocupa, será difícil deslindar hasta qué punto el daño producido en el crédito de los acreedores es consecuencia del otorgamiento del crédito y no de otros actos realizados por el empresario u otros acreedores (32).

Supongamos que, con la debida prudencia, el banco estudia la situación del beneficiario del crédito y los planes que éste pretende llevar a cabo para sanear su situación. El banco otorga el crédito porque confía razonablemente en la recuperación del beneficiario que, por lo tanto podrá saldar la deuda. El empresario no puede llevar a cabo su programa de recuperación, o se presentan situaciones imprevistas e imprevisibles que alteran las condiciones de la situación, y se pone de manifiesto el irreversible estado de cesación de pagos. El banco no será responsable civilmente. En primer lugar, porque el carácter abusivo del crédito debe determinarse de acuerdo a las condiciones del momento de otorgamiento y en segundo lugar, porque no existe una relación de causalidad adecuada entre ese otorgamiento de crédito y el daño sufrido por los acreedores.

Salvo en situaciones de excepción, el banco no es responsable del seguimiento de los planes de recuperación del beneficiario del crédito, ni se transforma en dirigente de hecho por el solo hecho de conocer los planes de la empresa al conceder el crédito (33).

Supongamos, por el contrario, que el banco ha actuado imprudentemente, con culpa y ha otorgado un crédito a un insolvente sin hacer las averiguaciones y estudios previos exigibles, aun en esta hipótesis puede que el daño que sufren los acreedores, que ven demorada y disminuida la posibilidad de hacer efectivos sus créditos, no sea el resultado directo del otorgamiento del crédito, sino que provenga de circunstancias extrañas al banco, ya

de la propia conducta del fallido, ya de la acción de otros acreedores. En estos supuestos, la responsabilidad nacida, en principio, del otorgamiento abusivo del crédito desaparece pues estos hechos han roto el nexo causal.

Borgioli cuestiona, con acierto, la existencia de la debida relación de causalidad, en el caso del otorgamiento abusivo de crédito por cuanto "entre el daño acaecido a terceros y la conducta del banquero está siempre, como trámite necesario, la conducta del empresario, ... que mira a la fase de utilización misma de la financiación" (34).

Al igual que, respecto a los demás elementos o requisitos de la responsabilidad civil, queda al arbitrio judicial el análisis de la relación de causalidad y la valoración de los factores que pudieran afectarla. Responder a la pregunta sobre si el daño es, según el curso natural y ordinario de las cosas, resultado del otorgamiento del crédito, es una cuestión que escapa a la formulación de modelos a priori, de pretendida validez general.

## VII. A modo de conclusión

Las ideas que acabamos de exponer han tenido como principal objetivo una clarificación conceptual y deslinde de instituciones afines que, sin embargo, desempeñan

funciones diferentes en el contexto socio-jurídico y económico de una comunidad.

La dogmática impone en la comunidad jurídica cierto modelo jurídico que lleva, a veces, a descuidar las consecuencias prácticas de las elaboraciones y teorizaciones en torno al Derecho.

Cualquier análisis del fenómeno jurídico no debe perder de vista que los medios empleados deben ser los adecuados para lograr soluciones, coherentes desde el punto de vista lógico y sistemático, pero también coherentes con la realidad a que van dirigidas. Olvidar que el Derecho es un instrumento para ordenar con justicia y eficacia las relaciones sociales, nos puede llevar a propiciar soluciones que, en última instancia, se volverían como un "boomerang" contra la sociedad.

En lo que respecta la actividad bancaria todos los esfuerzos que se hagan para su "moralización" son encomiables, pero para lograr auténticamente su objetivo, deben atender a la importancia que la actividad tiene para el funcionamiento de la sociedad y su desarrollo.

---

(\*) Profesora de las Universidades de Belgrano, del Salvador y Nacional de Buenos Aires.

(1) YZQUIERDO TOLSADA, M., "La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general", p. 6, Ed. Reus, Madrid, 1989.

(2) TUNC, A., "La responsabilité civile", p. 5, Ed. Economica, París, 1981.

(3) TUNC, A., ob. cit., p. 133.

(4) Utilizaremos estas denominaciones indistintamente.

(5) Sobre el particular, pueden verse entre otros: BORGIOLO, A., "La responsabilidad del banco por concesión 'abusiva' de crédito" (trad. de M. Bonfantí), Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 15 (1982), núm. 89, ps. 621 y sigts., en especial, p. 626; TRIGO REPRESAS, F., "La responsabilidad civil de las entidades financieras en las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 16 (1983), núm. 95, ps. 741 y sigts., en especial, p. 758; BADENS, D. y ASTARLOA, G., "La responsabilidad de las entidades financieras por el otorgamiento abusivo del crédito", ED, 132-305, en especial, p. 313; PEREIRO, M., "La responsabilidad civil de las entidades financieras por el otorgamiento abusivo de créditos", LA LEY, 1984-C, 1111, en especial, p. 1115.

(6) Sobre el particular, para un panorama de la cuestión en el derecho comparado, ver TUNC, A., ob. cit. en nota 2, ps. 32 y siguientes.

(7) Conf. BORGIOLI, A., ob. cit. en nota 5; VASSEUR, M., "La responsabilidad contractual y extracontractual de la banca en Francia" (trad. de E. Alberti), *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 17 (1984), núms. 97/98, ps. 193 y sigtes.; TRIGO REPRESAS, F., ob. cit. en nota 5 y "Responsabilidad civil de las entidades bancarias y financieras", LA LEY, 1983-D, 900 y sigts.; BADENS, D. y ASTARLOA, G., ob. cit. en nota 5; BOLLINI SHAW, C., "Responsabilidad de los bancos por la concesión de créditos a entidades insolventes", ED, 115-552.

(8) Conf., entre otros, BORGIOLI, A., ob. cit. en nota 5, p. 628; VASSEUR, M., ob. cit. en nota anterior, p. 201.

(9) STOUFFLET, J., "Devoirs et responsabilites du banquier a l'occasion de la distribution du credit", en la obra colectiva "Responsabilité professionnelle du banquier: Contribution à la protection des clients de banque" (dirig. por Ch. Gavalda), ps. 21 y sigts., en especial, p. 34, Ed. Economica, Paris, 1978.

(10) Sobre el particular, BONFANTI, M., "Responsabilidad civil del banco. Nuevos aspectos", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 16 (1983), núm. 96, ps. 915 y sigts.; "Responsabilidad civil del banquero. Presunciones y doctrina extranjera", *Revista del*

*Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 18 (1985), núm. 108, ps. 801 y sigts.; "Nuevamente sobre la responsabilidad civil del banquero dador de crédito", ED, 132-841.

(11) Conf. VASSEUR, M., ob. cit. en nota 7, p. 216; BADENS, D. y ASTARLOA, G., ob. cit. en nota 5, p. 313.

(12) STOUFFLET, J., ob. cit. en nota 9, p. 23.

(13) Ver sobre el particular, BORGIOLI, A., ob. cit. en nota 5, p. 623; VASSEUR, M., ob. cit. en nota 7, ps. 195 y 202; TRIGO REPRESAS, F., ob. cit. en nota 7; PEREIRO, M., ob. cit. en nota 5, p. 1112; ver también, LE TOURNEAU, Ph., "La responsabilité civile", p. 548, Ed. Dalloz, 3ª ed., Paris, 1982.

(14) Conf. BORGIOLI, A., ob. cit. en nota 5, p. 626; VASSEUR, M., ob. cit. en nota 7, ps. 201 y 204; BADENS, D. y ASTARLOA, G., ob. cit. en nota 5, p. 311.

(15) Conf. BADENS, D. y ASTARLOA, G., ob. cit. en nota 5, ps. 310 y 311.

(16) Citadas por TRIGO REPRESAS, F., ob. cit. en nota 5, p. 754 y por BOLLINI SHAW, C., ob. cit. en nota 7, p. 565.

(17) Conf., entre otros, TRIGO REPRESAS, F., ob. cit. en notas 5 y 7; Segunda Recomendación de las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mendoza, cit.; BADENS, D. y ASTARLOA, G., ob. cit. en nota 5; PEREIRO, M., ob. cit. en nota 5.

(18) ALTERINI, A., "Responsabilidad civil de la entidad financiera por la cancelación del crédito otorgado al cliente", LA LEY, 1989-A, 1067, y "La responsabilidad civil del banquero dador de crédito. Precisiones conceptuales", ED, 132-966. BONFANTI, M., ob. cit. en la nota siguiente.

(19) BONFANTI, M., ob. cit. en nota 10, publicada en ED, 132-841, en especial p. 846.

(20) Ver, además de la bibliografía citada, DI STEFANO, M. y TEPLITZCHI, E., "Responsabilidad del banco por concesión abusiva del crédito respecto del fiador", LA LEY, 1987-D, 840 y OVIEDO, R., "Comentarios sobre crédito bancario abusivo", JA, 1-XI-89, ps. 7 y siguientes.

(21) STOUFFLET, J., ob. cit. en nota 9, p. 32.

(22) En torno a estas cuestiones, merecen citarse por lo menos dos fallos: "Selaco S. A. c. Banco de Italia y Río de la Plata S. A.", CNCom., sala C, 29/9/84, publicado en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 18 (1985), núm. 108, ps. 795 y sigts. (con comentario de M. BONFANTI) y en ED, 115-552 (con comentario de C. BOLLINI SHAW); "Establecimiento Metalúrgico Pecu S. A. s/ quiebra c. Permanente S. A. Cia. Financiera", CNCom., sala D, 28/4/88, publicado en ED, 132-305 (con comentario de BADENS, D. y ASTARLOA, G.), y en JA, 1988-IV-521.

(23) Ver el comentario de BONFANTI, M., cit. en nota anterior.

(24) Ver STOUFFLET, J., ob. cit. en nota 9 y LE TOURNEAU, Ph., ob. cit. en 13 y la bibliografía allí citada. Para el derecho italiano, BORGIO-LI, A., ob. cit. en nota 5 y la bibliografía allí citada. Para una visión del estado de la cuestión en el derecho comparado, la obra colectiva "La responsabilité extracontractuelle de donneur de crédit en droit comparé" (dirig. por L. Simmont y A. Bruyneel), Feduct, Paris, 1984, cit. por BONFANTI, M., ob. cit. en nota 10, ED, 132-841.

(25) En este sentido, TRIGO REPRESAS, F., ob. cit. en notas 5 y 7; BOLLINI SHAW, C., ob. cit. en nota 7; PEREIRO, M., ob. cit. en nota 5. Por su parte, BENEBAZ, H., "Responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 16 (1983), núm. 91, ps. 25 y sigts., parece sugerir que sólo son damnificados posibles

los acreedores posteriores al crédito del banco, por cuanto afirma: "En cuanto al tema de la responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos, los titulares de la acción resarcitoria serían los terceros, nuevos acreedores de la prestataria, que inducidos por error por la gestión del Banco, otorgaron nuevos créditos", p. 32.

(26) Conf. STOUFFLET, J., ob. cit. en nota 9, p. 24.

(27) Sobre el particular, FERREIRA RUBIO, D., "La buena fe. El principio general en el derecho civil", Montecorvo, Madrid, 1984.

(28) STOUFFLET, J., ob. cit. en nota 9, p. 24.

(29) Sobre el particular, LLAMBIAS, J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. IV-A.

ps. 159 y sigts., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976; BUSTAMANTE ALSINA, J., "Teoría general de la responsabilidad civil", ps. 563 y sigts., Ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed., Bs. As., 1980, ps. 563 y sigts.; ERDOZIAN, M., "Acerca de la llamada 'lesión del crédito' (con especial referencia a su tratamiento en las Terceras Jornadas de Derecho Civil)", JA, 1968-III-728; ALTERINI, A., "Lesión al crédito y responsabilidad del Estado", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; APARICIO, J., "Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.

(30) BORGIOLO, A., ob. cit. en nota 5, ps. 329 y siguientes.

(31) Conf. BADENS, D. y ASTARLOA, G., ob. cit. en nota 5, p. 311.

---

(32) Conf. TRIGO REPRESAS, F., ob. cit. en notas 5 y 7; VASSEUR, M., ob. cit. en nota 7, en

especial p. 203; BADENS, D. y ASTARLOA, G., ob. cit. en nota 5, p. 311.

(33) Conf. STOUFFLET, J., ob. cit. en nota 9, ps. 32 y siguientes.

(34) BORGIOLO, A., ob. cit. en nota 5, ps. 628/629.

---