

LA RESPONSABILIDAD DEL BANQUERO AL OTORGAR
CREDITOS A EMPRESAS EN DEBIL SITUACION
FINANCIERA Y ECONOMICA*

Dr. Fernando Mora Rojas

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

* El autor es Vicepresidente del "Comité de Abogados expertos en Deuda Bancaria" de la Federación Latinoamericana de Bancos y pronunció esta conferencia el 26 de agosto de 1986 en el VI Encuentro Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Bancario, Santiago de Chile.

El Informe Anual de 1985, del Banco Mundial señala que el P.I.B. de los países latinoamericanos aumentó en un 2.8% en 1984, lo cual comparado con el crecimiento de 1981 (1.6) y el de crecimiento constante entre los años 60 a 80 (1960-73=6.1%, 1973-80=5.4), constituye, como reza el informe, "una tregua". Sin embargo, se trata de una tasa de crecimiento muy baja, si se la compara con la tasa de crecimiento de 1983 para el Asia, 6.3, aunque aceptable y mejor comparada con el crecimiento de otras regiones también de países eufemísticamente llamados en la jerga internacional, "países en desarrollo". (Oriente Medio, Norte de Africa 0.4, Africa al sur del Sahara -0.6; Europa Meridional 2.1). Además, es un crecimiento que apenas supera en un 0.2% la tasa de crecimiento demográfico.

El Informe del Banco, en todo caso, agrega: "El desempleo aumentó extraordinariamente en muchos sectores. Una gran parte de la mejora del P.I.B. lograda por los países latinoamericanos, obedeció a aumentos de los superávits comerciales o a disminuciones de los déficits, y no a un incremento considerable del gasto interno. El superávit comercial de los países latinoamericanos aumentó a \$ 40.000 millones, es decir, a casi el 6% del P.I.B. Los países latinoamericanos tuvieron que destinar el aumento del producto al pago de intereses y en cierta medida, a la reconstitución de sus reservas, que se habían agotado; por consiguiente, continuaron limitando el consumo y la inversión interna. Si bien aún no se dispone de indicadores confiables, es probable que el consumo per cápita haya disminuido nuevamente".

Señalo estos indicadores económicos porque es evidente que es en períodos de crisis como el actual, aquéllos durante los cuales se hacen patentes situaciones que, normalmente, no son observados o pasan inadvertidas por la bonanza en que se vive. Un empresario que en período de abundancia afronta un bajo porcentaje de pérdida, por no recuperación del crédito, no tiene interés en plantear complejos y discutibles litigios contra su deudor o contra terceros. Pero un empresario que acumule grandes pérdidas causadas por el no pago, oportuno o total, por parte de su cliente, aguza su ingenio y exige otro tanto a sus asesores legales, porque empieza a sentir, a intuir, a olfatear, que quizá sus pérdidas puedan ser imputadas a terceros que en su propio provecho o buscando su exclusivo provecho, han agravado la situación económica de su deudor.

Como bien señala Vasseur (Michele, "La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France", Banca Borsa e Titoli di Credito, XXXIII-IV, Milano, 1980, 398) refiriéndose a la escalada que en nuestros tiempos ha tenido la búsqueda de la responsabilidad

del banquero, a través de "procesos numerosos y de vivaces discusiones", "Esta situación es la consecuencia del período de crisis económica por el que atravesamos. El número de quiebras ha aumentado considerablemente; ahora bien, los hechos están ahí y demuestran que los acreedores de las empresas declaradas en quiebra, no pueden pretender la recuperación de fracciones importantes de sus créditos. La tentación, en tales condiciones, es grande para acreedores y curador de orientarse contra el o los banqueros de la empresa".

Algunas veces —dice Vasseur— "bajo diversos pretextos", se trata de conseguir la condena en daños y perjuicios contra el banquero, para aumentar así, el acervo de la quiebra repartible entre los acreedores. Otras veces "el acreedor o el cliente de una empresa declarada en quiebra se esfuerza para salir del problema, en negar los derechos que el banquero podría invocar en su contra; dicho de otra manera, trata de hacer repercutir su pérdida contra el banquero, privándolo de la posibilidad de hacerse pagar".

El problema es de graves alcances porque unas veces se le reclama al banquero haber cortado el crédito bruscamente al cliente —no permitiéndole, por ejemplo, mantener una especie de crédito revolutivo mediante sobre giros continuados— provocando con ello la quiebra de la empresa. Otras veces, el "reclamo es el contrario: haber sostenido artificialmente la vida de la empresa mediante crédito continuado, a pesar de conocer la situación financiera desesperada de aquélla. Y algunas veces, como veremos en casos concretos, el reclamo se fundamenta en haberse mezclado el banquero en la administración de la empresa, con el propósito de salvarla —y generalmente, de salvar su crédito— acusándole entonces de haberse convertido en administrador y aún socio, obligado a pagar las deudas.

En términos generales la responsabilidad del banquero (o del banco, en su caso) se desenvuelve —como por otra parte sucede para cualquier otro sujeto, sea comerciante o no— tanto en el plano civil o de derecho común, como en el plano penal.

En el plano civil la responsabilidad podría ser contractual o extracontractual. Es contractual la que deriva del incumplimiento de un negocio jurídico contractual, de un contrato, o que proviene de las estipulaciones penales (sin sentido criminal) o cláusula penal, que las partes acuerden. Esta responsabilidad contractual se origina en la voluntad de las partes. Es extracontractual la responsabilidad que un sujeto puede exigir de un tercero por acción u omisión de éste, imputable a dolo o culpa del mismo tercero o la que la ley imputa a un tercero sin que medie culpa o dolo, llamada también en este caso, responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo creado. En este último caso, la responsabilidad nace del mero nexo causal entre la acción u omisión y el daño o perjuicio sufrido por otro sujeto.

Finalmente, la responsabilidad puede ser penal, viéndose el banquero considerado cómplice en algún delito.

Como se podrá ver de la casuística genérica enumerada un poco adelante, existen casos de responsabilidad contractual (cierre violento del crédito concedido tácitamente mediante sobregiro continuado en cuenta corriente), o de responsabilidad civil (el mismo caso anterior en cuanto haya dañado a terceros, o el caso en el cual el banquero, a sabiendas o no de la situación financiera irremediable de su cliente, le concede más crédito, o con la esperanza de salvar lo ya invertido, o simplemente porque considera estar obteniendo garantía adecuada para sí aunque sea evidente que para la empresa gestataria el crédito es ruinoso).

Sin embargo, la jurisprudencia también ha llegado a considerar, bajo ciertas circunstancias, que el banquero por medio de su acción típica, que es otorgar crédito, puede llegar a ser considerado cómplice en la comisión de determinados delitos, por ejemplo quiebra fraudulenta o culposa.

Toda esta problemática, respecto a la cual existe ya un profusa jurisprudencia, me sugirió la idea de proponer a los organizadores de este "VI Encuentro Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Bancario" este tema, con el propósito de compartir con ustedes la información y las preocupaciones, en un período particularmente conflictivo y en el que los profesionales del Derecho han jugado y juegan un papel de primordial importancia, como ya fue señalado por nuestro Presidente el Dr. Carlos Muñoz.

Si bien es cierto que los principios del Derecho son universales, cada legislación contiene características propias para llevar a la práctica la aplicación de tales principios. Por otra parte, la materia de quiebra está hoy —y lo viene estando desde hace algunas décadas— en franca transformación y, como hemos esbozado, y como veremos adelante, nuestro asunto, en algunos casos, se refiere, precisamente a distintas defensas planteadas por los acreedores y los curadores en quiebra. En consecuencia, no he querido llevar a cabo una elaboración doctrinaria de conceptos que podrían ser los más variados, según el derecho positivo de cada país, sino más bien un planteamiento de problemas penales, contractuales y extracontractuales y diversas soluciones que tribunales de algunos países le han dado a esos problemas. Revisemos, en primer término, algunos casos penales.

RESPONSABILIDAD PENAL

La sentencia de la Casación penal francesa (Arret de la chambre criminelle de la Cour de Cassation de 13 de marzo de 1978, publicada en el Boletín 91 Gaz. Pal. 19-20 de enero de 1979), confirmó la decisión del "a quo" manifestando con claridad que cuando el banco conoce la situación económica del cliente y sabe que éste ha cesado en sus pagos, los administradores son culpables del delito de quiebra por

haber recurrido abusivamente al crédito. El Tribunal ha considerado que el "director general" y el "director general adjunto", al aconsejar e incluso impulsar al administrador de la sociedad a que mantuviera con una vida artificial la empresa, que evidentemente se encontraba en un irreparable estado de insolvencia, eran responsables penalmente. En este caso el cliente se encontraba claramente en dificultades financieras serias porque incluso había reducido el uso del crédito al mínimo. Y el banco, esperanzado de recuperar el débito-saldo siguió prestando sin preocuparse de una posible acción revocatoria, conforme a la ley.

En algunos casos aún más claros el Tribunal ha considerado que el banquero que pretende salvar una empresa en dificultades económicas y financieras, con el propósito de recuperar sus propios créditos, de no lograrlo puede ser considerado cómplice de bancarrota. En un caso concreto, el banquero fue acusado de haber provisto al cuente "medios ruinosos" de crédito, conforme al artículo 127, parágrafo 3 de la ley de 13 de julio de 1967, de Reglement Judiciaire. El Tribunal de Casación dijo en este caso que consideraba tales medios "ruinosos" porque en la práctica sólo habían servido para "retardar" la comprobación de la cesación de pagos lo que se tipifica como delito de bancarrota simple.

En sentencia del 20 de noviembre de 1978 (Dalloz, 1959, 525), la Corte Suprema consideró que la prueba del elemento psicológico de conocimiento del Banco, en cuanto a la situación difícil del cliente, se puede deducir de hechos tales como conceder nuevas garantías, aceptar altas tasas de interés o por el funcionamiento de la cuenta misma".

El banco, más bien sus administradores, han sido incluso, declarados culpables de bancarrota fraudulenta, en la Sentencia de la Casación francesa de 16 de mayo de 1976 (Dalloz, 1976, 578).

La jurisprudencia belga también se ha ido orientando en el mismo sentido. Como señala Vasseud (Op. Cit. Art. 397), la jurisprudencia más reciente parece por otra parte comprobar un crecimiento en el número de casos en los que se persigue al banquero como cómplice, "nueva manifestación —dice el colega profesor— del aumento del peso de la responsabilidad del banquero".

Lo que queda claro en todos estos casos es que el sujeto que hemos llagado en ellos "el banquero", no suele ser sino un asalariado, un empleado, que no estará en capacidad de pagar las consecuencias patrimoniales del delito, es decir el daño y el perjuicio. Y dados los principios de la culpa in eligendo y de la culpa in vigilando, que suelen existir en todas las legislaciones, el responsable final, el responsable civil, será el patrono, el mandante; es decir, el Banco.

Responsabilidad contractual

Revisamos ahora algunos precedentes relativos a la materia en examen pero en caso de responsabilidad contractual. Considero que

este nuevo tema no necesariamente se relaciona con nuestro asunto principal, pero sí completa el cuadro de la responsabilidad del banquero por acción respecto a un cliente en dificultad económica seria.

Un caso de responsabilidad contractual

La Corte de Casación Francesa, en Sentencia del 8 de Marzo de 1978 (Bull. IV. N. 129 p. 108), consideró que una ruptura intempestiva de crédito (rupture brutale), a un cliente a quien el banco había permitido seguir girando al descubierto, después de vencido el plazo del convenio por el que se le había dado tal autorización, hacía incurrir al banco en responsabilidad por los daños y perjuicios causados con su conducta, impropia de un comportamiento leal entre las partes.

En realidad, el banco cerró la cuenta alegando que desde "fines de marzo pasado" tenía derecho de hacerlo, en virtud de que la autorización de sobregiro o de giro en descubierto, había sido dada sólo para los meses de febrero y marzo.

El Tribunal de Casación, en cambio, considerando que en el caso había habido la concesión de un crédito, estimando además que un cliente de un banco a quien se ha otorgado un crédito en las condiciones dichas y que, vencido el plazo concedido siguen gozando de aquél sin que se le haga una expresa advertencia de cuánto tiempo se le va a permitir ese disfrute, ni se le explique el por qué de esa prolongación, está justificando en considerar que mantiene su derecho al crédito y en consecuencia, puede retirar la suma que proceda.

El Tribunal dijo que: "...si el banco había inicialmente concedido por dos meses las facilidades de caja, pero prolongó su crédito durante otros varios meses, en vista del elevado monto de intereses que se le estaban contabilizando, tuvo fundamento suficiente para pensar que el banco, además de los dos primeros meses, le había acordado una apertura de crédito con una cierta estabilidad".

La Corte de París (7 de mayo de 1979, Dalloz 9, p. 357) en relación con la falta de pago de un cheque en cuenta corriente, consideró que incluso cuando hay una apertura de crédito formalizada a favor del cliente, éste se *siente* con derecho de emitir un cheque contra esa cuenta, pues tiene presente que incluso con anterioridad cheques similares fueron honrados incluso en momentos en que el sobregiro de la cuenta era mayor.

Un comportamiento tal por parte del banco —dijo el Tribunal francés— demuestra la existencia de hecho de una línea de crédito que el banco ha acordado al cliente con anterioridad.

El fundamento jurídico de decisiones de esta índole podemos encontrarlo, principalmente en normas que suelen comparecer normalmente en todos los sistemas jurídicos en términos tales como: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos como a las consecuencias

que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta" (artículo 1023 pro. 1º del Código Civil de Costa Rica, artículo 1135 del Código Civil; 1374 del Codice Civile). Asimismo, un buen fundamento de decisiones como las citadas es el principio de buena fe en la ejecución de los contratos.

Sin embargo, no cabe duda que, desde un punto de vista estrictamente jurídico doctrinario, decisiones como las citadas, han de fundamentarse fuertemente en la doctrina de los actos propios (confrontan, para todos sus alcances en derecho comparado "Luis Díez-Picazo Ponce de León, "La doctrina de los propios actos" Bosch, Barcelona, 1962), con fuertes relaciones con las teorías germánicas de la apariencia y del Verwirkung, y con el estoppel angloamericano.

No se trata en la especie de una voluntad tácitamente manifestada a través del comportamiento sino de un caso típico de aplicación del aforismo "Nadie puede ir válidamente contra sus propios actos" (Adversus factum suum quis venire non potest). "...en el "venire contra factum" el efecto se produce de un modo objetivo, en el cual para nada se tiene en cuenta la verdadera voluntad del autor de los actos. Se protege la confianza que estos actos suscitan en los terceros, porque venir contra ellos constituiría objetivamente un ataque a la buena fe". (Díez - Picazo, op. cit., 151).

En el derecho alemán se dice "Toda persona debe, en sus relaciones contractuales, soportar el riesgo inherente a una determinada situación jurídica, por el hecho de haber producido con sus actos aún sin culpa esta situación jurídica". (op. cit., 89).

Aún más claro que lo anterior, puede resultar la aplicación de la Verwirkung, de creación jurisprudencial en el derecho germánico. (Transcribo por nota al pie de este trabajo la nota 30 de la obra citada de Díez-Picazo acerca del significado de la palabra Verwirkung).(*)

La Verwirkung es un fenómeno que podríamos llamar, con Díez-Picazo, "deseficacia". La Verwirkung es un caso especial de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o, si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso del derecho consistente en un ejercicio del dere-

* (30) El término es de traducción muy difícil. En un sentido muy amplio y vulgar puede equivaler a "caducidad", pero, en rigor, la palabra caducidad expresa entre nosotros una figura jurídica muy concreta y precisa. Podría acaso traducirse por "preclusión" sin expresar tampoco demasiado exactamente esta idea y esta traducción la hemos empleado supra en pág. 38, aunque allí Verwirkung no se utilizaba con el mismo sentido que ahora. Una traducción literal nos llevaría seguramente a hablar de una "deseficacia" ("Wirkung es en efecto, eficacia; el prefijo "ver", que en alemán se utiliza con frecuencia como refuerzo de la raíz, posee aquí un sentido de privación). Ello obligaría a crear un neologismo de muy difícil admisión. Se conserva por ello la palabra en su idioma originario, como lo ha hecho también PUIG BRUTAU en la traducción de BOEHMER, op. cit., págs. 242 y sigs."

cho con un retraso desleal (illoyal verpätete Rechtsausübung)". Un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse "cuando el titular no sólo no se ha preocupado por mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no ejercitará el derecho". (op. cit. 94).

Finalmente, hay un fuerte parecido entre el derecho que puede tener el sujeto al que se le permite seguir girando en descubierto más allá del plazo vencido convenido y que, repentinamente, "brutalmente" como ha dicho la jurisprudencia francesa, se le cierra el crédito, al reclamar daños y perjuicios (dommages inêret) con la doctrina angloamericana del "promissory estoppel" o del "equitable estoppel".

Estoppel es un mecanismo procesal no sustantivo, que puede usar indistintamente actor o demandado contra su oponente (por lo que no es propiamente una excepción), aplicable sólo a instancia de parte (nunca de oficio); mediante el "estoppel" una parte en un proceso logra impedir que el juez o el jurado tomen en cuenta alegaciones de la otra parte que contradicen la conducta anterior de esta parte. El caso típico es el "agent by estoppel": si un sujeto actúa frente a terceros como si fuera el mandatario de Tizio y Tizio ha creado esa apariencia con su propia conducta, o simplemente no teniendo los controles adecuados para evitar que tal cosa suceda, Tizio no puede oponer a Cayo exitosamente la falta de poder, si Cayo alega una "agency by estoppel".

Un caso interesante, que tendremos oportunidad de revisar más adelante es el de Berkline Corporation vs Bank of Mississippi (Nº 54.939). Sentencia de 25 de julio de 1984. Berkline demandó al Banco por cuanto éste le dio información no verdadera respecto si era merecedora de crédito la firma Furniture City, Inc. Berkline alegó que razonablemente creyó tales afirmaciones dándole créditos en ventas de muebles a Furniture City y a consecuencia de lo cual sufrió pérdidas, demostrándose posteriormente que las cuentas corrientes de ahorro que el Banco dijo tener Furniture, realmente no tenían las sumas que el Banco dijo que había.

El juez rechazó la petición de Berkline y la Corte Suprema de Mississippi revocó la sentencia y ordenó al juez continuar el juicio argumentando entre otras cosas: "Como todos saben... penetrando en lo profundo de nuestro derecho se encuentra el concepto de que una persona debe responder cuando sus afirmaciones o su conducta razonablemente inducen a otra a tener confianza en aquella, derivando de ello un perjuicio. Análoga es la regla del "promissory estoppel" del caso Sanders vs Dantzer (1977). Similar es nuestra doctrina del "equitable estoppel" "(PMZ Oil Co. vs Lucroy 1984)" aquí se citan también los casos Nevada National Bank vs. Gold Star Meat (1973); Anchor Lumber Corp. vs. Manufacturers Trust Co. (1934).

En mi criterio, es claro que todas estas posiciones doctrinarias (el acto propio, el derecho a la apariencia, la Verwirkung, el estoppel) son distintas manifestaciones de la misma preocupación que ha

llevado a franceses y belgas y probablemente a otros sistemas jurídicos también, a decidir como ha sido hecho en los casos citados.

Pasemos ahora al último tema de esta charla, probablemente el más complejo y más escabroso, el de la responsabilidad extracontractual del banquero por otorgamiento de crédito a clientes técnicamente insolventes.

Responsabilidad extracontractual del Banco frente a terceros en relación con clientes insolventes

En términos generales, desde el punto de vista de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, quien recomienda a un tercero como sujeto de confianza para un préstamo, es responsable extracontractualmente frente al mutuante si el mutuario no cumple. Así, por lo menos, lo declaró una sentencia del Tribunal de Nápoles, el 26 de julio de 1957.

Comentando esta sentencia, Angelo Piraino Leto ("La tutela aquiliana del crédito". Banca Borsa e Titoli di Credito, XXX-IV. Giuffrè, Milano, 1977, 442) manifiesta que al principio "neminem laedere" (que es el fundamento de la responsabilidad aquiliana) corresponde una obligación, que, no estando inserta en una relación preexistente entre determinados sujeto y al no relacionarse con una violación a una específica obligación de prestar, tiene como sus presupuestos "un deber de corrección junto con una obligación de cautela, impuestos por imprescindibles exigencias de la convivencia social", deber y obligación que se concretan en una obligación de respeto al derecho ajeno: obligación esta que, si bien no expresamente sancionada por la ley, sin embargo "existe y nace en relación con los llamados "derechos primarios" subjetivos, presupuestos en el sistema del derecho objetivo y que derivan precisamente de la necesidad de una ordenada convivencia social".

"Ahora bien —continúa diciendo Piraino (op. et. loc. cit.)— la declaración inequívoca y precisa acerca de la solvencia de una persona, por parte de otra que sea de estima y consideración, crea en el destinatario "una legítima confianza".

Una semejante afirmación puede haber sido hecha con culpa (si no se tomó en cuenta la posibilidad dañina) o si se hizo con desconocimiento (inocentia) de la realidad; o puede haberse hecho con intención, simplemente para favorecer al tercero, con lo que se viola ese citado "deber genérico de corrección". Al no informarse el presentador acerca de la verdadera condición del presentado, ignorando en realidad aquélla, estaba obligado a manifestar esa ignorancia o su interés de favorecer al tercero. "El no hacerlo —dice Piraino— implica imprudencia o negligencia, las que junto con la impericia, constituyen los supuestos de la culpa en sentido técnico, la que, distinta del dolo, constituye el fundamento jurídico de la responsabilidad aquiliana".

En concordancia con lo antes dicho, una sentencia del Tribunal de Bologna (17 de octubre de 1952, Foro Italiano, 1953, 1422) establece que la declaración escrita para un comerciante a otro, en la que se asegura la solvencia del presentado, si bien no implica una obligación de garantía, sí crea contra el presentante una responsabilidad aquiliana para el caso de que éste incumpla y resulte insolvente.

La Corte de Casación francesa, en sentencia de 9 de enero de 1978 (Boletín IV, 12) reformó parcialmente la decisión del "a quo" de París que había resuelto a favor de dos bancos un caso presentado por un cliente que pedía la indemnización de daños.

El cliente consultó personalmente al Credit Lyonnais, su banco de confianza acerca de la solvencia de un cliente que, con apoyo en el Banco Vernes, presentaba para pagar un título circulatorio. En presencia del cliente Credit Lyonnais llamó por teléfono al Banco Vernes el que contestó que el pago del título "en el momento de su vencimiento no produciría ningún problema".

Sin embargo, al vencimiento, el título no fue pagado y el deudor fue, más bien sometido a "reglement judiciaire", habiéndose comprobado que la cesación de pagos y, aún el estado de insolvencia, eran anteriores al momento en que el banco informó al cliente. El "a quo" rechazó la demanda respecto a los dos bancos.

El Tribunal de Casación, en cambio declaró que el Credit Lyonnais en presencia de su cliente, no había hecho más que transmitir información del Banco Vernes el que sí fue declarado responsable por daños y perjuicios.

El punto de si un banco responde o no por los errores cometidos por un corresponsal ya había sido resuelto negativamente por el Tribunal de Reunes el 21 de mayo de 1974.

En los casos en examen, la casación francesa ha considerado si existió o no violación del secreto bancario, en el que se amparó el Banco Vernes. El Tribunal estableció que no había tal violación, pero que, aunque la hubiese habido, ello no eximía al informante de informar con exactitud ni, aún menos, de su responsabilidad civil por proporcionar informes inexactos.

Examinemos a continuación, tres casos importantes de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica: "Peterson Industries, Inc. vs. Lake View Trust & Savings Bank (584 F. 2d 166 (1978)); Berkline Corporation vs. Bank of Mississippi, (453 So. 2d 699 (Miss. 1984) y Central States Stamping Co. vs. Terminal Equipment Company Inc. (727 F. 2d 1405 (6th cir. 1984).

En el caso Peterson, la Corte de Illinois encontró que no había razón para que el actor depositara confianza en afirmaciones escritas oficiales que un banco le había mandado, respecto a la situación financiera del deudor del actor.

El suplidor demandó al banco para recobrar los daños sufridos por fraude y engaño. El juez Sam Perry J. de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de Illinois, División Este, falló a favor del acto. La Corte de Apelaciones sostuvo que no se justifica que un suplidor de aves destazadas (Peterson) para un mayorista haya creído en opiniones o en afirmaciones que alega que eran inexactas y contenidas en una carta que recibió el banco, en la que éste le indicaba que había aprobado un crédito resolutive para el mayorista con \$ 150.000 de capital de trabajo y que el banco tenía confianza en la administración del mayorista, ya que el suplidor había sabido, antes de su decisión de extender el crédito al mayorista, que el préstamo del banco se había consumido y también el suplidor había obtenido información independiente con la cual pudo evaluar la capacidad financiera del mayorista; por otra parte, la Corte consideró que el Banco no estaba obligado a enmendar sus afirmaciones respecto a la viabilidad del mayorista cuando se hizo evidente que el mayorista no andaba tan bien como se esperaba. El fallo fue revocado y reenviado.

En el caso *Berkline* contra el Banco Mississippi, la Corte Suprema, en fallo de julio 25 de 1984, consideró, en cambio, que la información errónea suplida por un banco como respuesta a una solicitud de información crediticia, sí es base suficiente para un acción fundamentada en negligente información falsa. En el caso el juez de circuito, apoyando la posición del Banco, manifestó que *Kerkline*, para tener, "prima facie", un caso por afirmaciones fraudulentas, debía haber probado "los elementos de un caso por fraude".

La sentencia del juez fue revocada y el juicio devuelto para que se diera al actor la oportunidad de probar el fraude.

En todo caso la Corte dijo, como ya lo habíamos señalado: "como todos saben...", penetrando en lo profundo de nuestro derecho, se encuentra el concepto de que una persona debe responder cuando sus afirmaciones o su conducta razonablemente inducen a otra a tener confianza en aquella, derivando de ello un perjuicio" (ver cita de otros casos sobre este punto, supra, p. 14).

En el caso *Central State Stamping Co. vs. Terminal Equipment Company Inc.* se consideró que el Banco era responsable por información falsa respecto a la situación financiera de un cliente del banco, lo que indujo a un tercero a contratar una obra con el cliente del banco y a hacer dos pagos adelantados hasta por un total de \$ 50.000, pagados directamente a favor del banco, para cubrir deudas del cliente de éste.

Se afirmó en el caso que la obligación de rectitud al hablar no depende de la existencia de un nexo jurídico contractual de confianza entre las partes; la obligación de rectitud al hablar surge en cualquier situación en que una parte deposita confianza en otra a causa de la posición de esa persona y ésta sabe de esa confianza.

En el caso *Seneca Communications, Inc. vs. International Bank of California*, en que el actor pidió una indemnización de daños, pues

LIBRERIA, FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA

dio crédito a un comprador basado en informes orales que el IBC le proporcionó, la Corte Superior de los Angeles aplicó el artículo 1974 del Código de Procedimientos Civiles que reza: "No se admitirá ningún tipo de prueba para responsabilizar a una persona por información que haya dado respecto a la solvencia de un tercero, al menos que tal información o algún memorando al respecto, aparezcan por escrito y suscrito o manuscrito por ese tercero..."

Con los casos anteriores, he querido dejar una clara imagen de jurisprudencia comparada, de la responsabilidad que se imputa al banquero que, bajo diversas condiciones según cada sistema jurídico, da información acerca de la solvencia de terceros, que luego resulta falsa o inexacta.

También se puede producir responsabilidad civil del banquero cuando éste se mezcla en la administración de la empresa, en modo tal que puede llegar a ser considerado socio o responsable civilmente por haber asumido prácticamente el control de la empresa y las decisiones.

Iniciemos la revisión con el sistema jurídico francés.

En Francia el caso al menos en parte, está resuelto por la ley de 13 de julio de 1967, de quiebra, cuyo artículo 99 dice:

"Cuando el *réglement judiciaire* o la liquidación de bienes de una persona moral revela una insuficiencia del activo el Tribunal puede decidir, a solicitud del curador o aun de oficio, que las deudas sociales sean soportadas en todo o en parte... por todos los administradores, de derecho o de hecho..."

Es pues, claro, que en Francia los bancos que se mezclen en la administración de las empresas de sus clientes, arriesgan ser responsabilizados en caso de procedimientos de liquidación y como afirma *Vasseur* (op. cit. 408) este artículo tiene aterrorizados a los bancos. ¡Dios guarde a Italia de nuestro artículo 99! exclama *Vasseur*.

En todo caso, la jurisprudencia (París, 17 marzo 1978, *Dalloz*) se ha orientado por afirmar que no convierte al banquero en administrador de hecho, el dar consejos a la empresa en dificultades o el organizar su salvamento o la designación de un observador para asistir a las reuniones del consejo de administración. Para ser considerado dirigente de hecho es necesario que se haya ejercido una efectiva actividad de gestión y dirección.

Para el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica dice *Margaret Hambrecht Douglas-Hamilton* ("Some problems associated with creditor control of debtor companies". *Resource materials - Banking and Commercial Lending*, s.ed., s.f.ed.): "Una de las áreas en las que principalmente surge el asunto del control por el acreedor, del deudor, es el del control de la administración de los negocios del deudor por el acreedor.

Procedimientos en la búsqueda para responsabilizar al acreedor (en tales casos) surgen en varios contextos, tres de los cuales podemos discutir aquí".

La autora se refiere a los casos de "instrumentality rule": el acreedor asume una dominación total y un control de tal magnitud de los negocios de su deudor, que el deudor se convierte realmente en un alter ego del acreedor.

Otro caso: "Representantes del acreedor en los negocios del deudor: estos representantes del acreedor buscan salvaguardar los intereses de su representado.

El tercer caso: Retención de sumas destinadas al pago de impuestos. Este es un caso muy particular relativo al Internal Revenue Code.

En estos casos se ha dicho que un acreedor al que se le compruebe que ha ejercido un dominio total de los negocios de su deudor, no sólo corre el riesgo de una "posposición equitativa" de sus créditos respecto a los demás acreedores (especialmente en caso de quiebra: equitable subordination) sino que también puede incurrir en responsabilidad frente a terceros por deudas o por las pérdidas de su deudor, dominado en tal forma que se le considera no más que el "alter ego" del acreedor.

Los Tribunales han considerado, en todo caso, que no hay responsabilidad del acreedor que se inmiscuye en los negocios de su deudor cuando ello se realiza de buena fe y se limita a la supervisión del pago de la deuda.

La mayor parte de los casos en los cuales de una manera u otra, han sido considerados los anteriores aspectos, se refieren a acreedores bancarios.

En cuanto al control mediante la dominación financiera se señalan dos indicadores básicos:

- 1) Intervención del acreedor en la administración de la empresa de su deudor.
- 2) Acuerdos para gravar bienes o liquidación de activos del deudor que no son en beneficio de los negocios del deudor.

En relación con tal fenómeno el fiduciario en el caso de aplicación del Chapter XI a W. T. Grant Co. comprobó que los bancos acreedores de Grant ejercieron control y dominación de Grant cuando le obligaron a gravar sus activos en favor de los créditos suyos; que como consecuencia de esto, los negocios de Grant se dañaron irreparablemente a un punto tal, que la capacidad de Grant para obtener inventario de mercadería para sus operaciones al detalle se vió a su vez severamente dañada con la consecuencia de un perjuicio a los demás acreedores y a los socios de Grant. El fiduciario señaló que a causa del control y del dominio sobre Grant, de los bancos acreedores, los gravámenes sobre sus activos fueron realizados sin causa justa y para defraudar, dañar o posponer a otros acreedores de Grant. En 1978 el fiduciario transó con los bancos acreedores por \$ 650.000.000 y fue-

ron pospuestos los créditos de los bancos frente a acreedores a quienes se declaró con un derecho de prioridad a ser pagados.

En lo que se refiere a gravámenes forzados o liquidación de activos, la jurisprudencia de los Estados Unidos, Bélgica y Francia ha llevado a soluciones similares a las vistas antes.

Finalmente nos queda el caso de responsabilidad civil en lo que se ha llamado "concesión abusiva de crédito".

La responsabilidad por otorgamiento "abusivo" de crédito

Señalan Gavalda y Stoufflet (droit de la banque, París, 1974-584) que "no hay duda que el crédito en general y particularmente el crédito destinado al financiamiento de actividades económicas plantea peligros. Un banquero imprudente puede, con sus créditos, sostener una empresa ineficiente, favorecer inversiones excesivas y evidentemente no rentables y causar así un daño real a los acreedores del financiado, engañado por una prosperidad artificial".

Este es el tema más espinoso, en relación con la responsabilidad civil del banquero por otorgamiento abusivo del crédito y por prolongación artificial de la vida de la empresa.

El punto de partida de una nueva discusión del asunto fue la sentencia de la Casación francesa de 7 de enero de 1986, que no solamente reiteró el concepto de la responsabilidad del banquero frente a terceros por otorgar el crédito con abuso, prolongando generalmente la agonía de la empresa, pero permitiéndole con ello presentar una fachada sana, sino que declaró que la acción civil, reservada hasta entonces a los acreedores, puede ser planteada por el curador.

La sentencia reza, en lo que a nosotros interesa: El banquero que concede crédito a una empresa, si ésta posteriormente quiebra puede ser considerado responsable, en vía extracontractual frente a los acreedores de la empresa financiada anteriores y posteriores al otorgamiento del crédito. Frente a aquellos anteriores porque la inyección energética financiera del crédito retrasó la declaración de la quiebra y en relación con los acreedores posteriores al crédito, porque éstos se han confiado en la aparente solvencia de la empresa. (Ver la sentencia en Banque, 1976, 367 y en Revue des sociétés, 1976, 126).

Vasseur y en general la doctrina francesa, se han opuesto a la orientación de la jurisprudencia, aceptando como únicos casos a aquellos en que el banquero conoce el objeto ilícito de la empresa o resulta ilícita la operación llevada a cabo para el financiamiento.

Sin embargo, a pesar de tal posición de la doctrina, el argumento en Francia y la inclinación jurisprudencial tienen ya un cierto abolengo en vista de que los primeros argumentos parecen haberse dado ya en el siglo pasado y, durante los últimos 20 años, como se cita en el número I, 1985 de Banca Dorsa e Titoli di Credito, la doctrina y la

jurisprudencia francesa se encuentran empeñadas en una fuerte labor sobre el argumento.

Al margen de tales disquisiciones más o menos prácticas no hay duda que el argumento de la concesión abusiva de crédito con la consiguiente prolongación de la vida de la empresa y su posible resultado práctico: aumento del pasivo, disminución del activo, es una tesis sugestiva jurídicamente a la luz de las disposiciones legales que regulan la responsabilidad extracontractual y apetecible para los demás acreedores que, frente a su empresa deudora insolvente ven surgir al posible chivo expiatorio; el banco solvente.

Ni siquiera Vasseur (op. cit. 402), el más claro y decidido opositor a la tesis en examen, escapa a la sugestión del argumento jurídico de la responsabilidad extracontractual. Vasseur afirma "que la quiebra de una empresa sea la causa de perjuicio para sus acreedores, es innegable, pero para que el banquero sea obligado a indemnizarlos, hace falta todavía que haya habido un comportamiento de falta por su parte y que la falta que él haya cometido al conceder el crédito y prolongando artificialmente la vida de la empresa, haya sido la causa del perjuicio". Sin embargo, párrafos adelante, el mismo Vasseur dice que, aunque la quiebra pueda haber sido causada por debilidad natural de la empresa, por ejemplo, por falta de fondo propios; o causada por imprudencia de sus dirigentes en las políticas de ventas seguidas; o producida por impericia de tales dirigentes; o, simplemente producida por la desfavorable evolución de la coyuntura económica mundial, o por el cierre de algunos mercados, o por la quiebra de clientes importantes de la empresa. "Cada una de estas razones —dice Vasseur— no excusa necesariamente la falta eventualmente cometida por el banco, pero debe necesariamente tener como consecuencia *atenuar la consideración que se dé a la falta que él pudo haber cometido*". Hablar de atenuación de la falta es un discurso completamente distinto a hablar de inexistencia de responsabilidad.

En Italia no se había planteado siquiera el problema, ni en la doctrina ni mucho menos en la jurisprudencia (Nigro pág. 226) pero como el mismo autor lo señaló hace varios años (pág. 229), existían nuevas tendencias en Italia en el campo de la responsabilidad civil, incluso por influencia de otros ordenamientos.

Tradicionalmente en Italia la culpa fue considerada esencial para la existencia de responsabilidad extracontractual. Las nuevas tendencias, que por otra parte son bien conocidas en nuestras latitudes, consideran la culpa sólo como un posible elemento de unión entre la conducta dañosa y el sujeto responsable, elevando a la misma categoría otras especies fácticas, entre ellas "el riesgo del ejercicio de la empresa", que lleva a criterios de responsabilidad objetivo o de responsabilidad por riesgo creado, teorías estas, sin duda, desarrolladas en nuestros sistemas romanistas, bajo la influencia del Common Law, en conexión con la teoría económica de la distribución del costo-beneficio. Asimismo, como lo señala la doctrina prevaletiente en Italia, el criterio tradicional de que el único daño

por culpa resarcible era el que se hubiere producido cuando se violan derechos absolutos, que no los relativos o de crédito, se ha derrumbado para abrir la vía —con algunas sentencias de casación— a un concepto de derecho absoluto que, en el fondo comprende la existencia, relevancia y tutelabilidad frente a terceros, de los derechos tradicionalmente llamados relativos o de crédito. "La doctrina italiana, inclusive ha ido aun más lejos considerando susceptibles de resarcimiento las lesiones de cualquier interés en alguna forma protegido por el ordenamiento jurídico". (Nigro 231).

Y los ordenamientos belga y francés, han podido desarrollar la responsabilidad aquiliana hasta el ámbito que aquí examinamos precisamente porque desde hace mucho tiempo admitieron la responsabilidad extracontractual de todo derecho o interés legítimos. De modo que podemos estar seguros que en Italia pronto surgirá una nueva jurisprudencia en el sentido ya examinado, francés y belga, puede ser que ya existía, pues nuestra información no abarca el año en curso, de 1986.

En cuanto a Alemania, existe también ya una cierta tendencia a superar ciertos conceptos jurídico-formales y develar determinadas realidades en aplicación del concepto de justicia. Comentando un cambio en tal sentido la disposición de la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada alemana que considera, en sede de liquidación, los créditos de los socios contra la sociedad, como aportes, dice Carlo Angelici (la novela tedesca *Sulle Società a Responsabilità Limitata*, Riv. Dir. Comm., 1981, 192). "...Piénsese... por ejemplo a las sugerencias que podrían derivar de una comparación con la orientación jurisprudencial... discutida también en Alemania, según la cual habría una responsabilidad frente a los acreedores del Instituto Financiero que haya, artificialmente, mantenido en vida una empresa en estado de descomposición".

Veamos ahora, para finalizar, cómo ha sido manejado el asunto por el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica.

Ya observamos cómo en los Estados Unidos se pueden producir fenómenos que nosotros clasificaríamos en nuestros sistemas romanistas como responsabilidad civil cuando los bancos dan información falsa o tuercen la información para beneficiarse, o cuando los bancos asumen el control del cliente o lo obligan a dar nuevas garantías o a vender activos, en el solo beneficio de ese acreedor bancario controlante, o cuando los bancos se mezclan profundamente en la administración de sus clientes, convirtiéndose los clientes en meros mandaderos, en el alter ego del banco.

Debo aceptar que no localicé ningún caso, en los Estados Unidos, que sea equivalente o igual, a los casos franceses o belgas. En el caso *Dubos vs. Jones* (Corte Suprema de La Florida, Dec. 18 de 1894) se declaró: "3 personas que no pueden ser consideradas socios entre ellos pueden sin embargo, bajo ciertas circunstancias, a partir de sus actos, manifestaciones y tratos, ser consideradas por terceros como so-

cios. En consecuencia, una persona que se haga aparecer como socio o que permita que lo tengan por tal, *será considerado, frente a terceros, responsable*, cualquiera haya sido su verdadera relación con la firma o con sus socios. Alguien que no sea de hecho socio, sin embargo, no puede ser tenido como responsable frente a terceros, aunque estos por sus actos, crean que sí lo es, excepto con base en el principio de que, cuando terceras personas hayan sido desorientadas por tal concepto, aquél está equitativamente impedido (equitably estopped) de negar que era un socio; y, consecuentemente, debe ser ahora considerado responsable, por regla general, sólo frente a aquellas personas que fueron desorientadas o que actuaron conforme a aquella conducta”.

Como se puede ver, tales afirmaciones y otras hechas en diversas sentencias de los tribunales norteamericanos que analizamos, son absolutamente concordantes con las doctrinas del acto propio y demás, que en este ensayo hemos expuesto, y sin duda, en cualquier momento desembocarán, frente a un caso concreto, en soluciones similares a la belga o la francesa.

El tema aquí tratado, creo que no ha recibido de mi parte, una organización o sistema adecuados. Ello se debe a dos causas, principalmente. La primera es la gran cantidad de material existente y el tiempo a nuestra disposición para el desarrollo hecho, más el período de preguntas y respuestas. La segunda, es el método que aquí he querido seguir.

He preferido dar una casuística de jurisprudencia y de doctrina, que permita aferrar de inmediato el problema para que cada quien lo someta a su propia legislación y realice la construcción doméstica que corresponda.

Antes de concluir, creo de honestidad hacer notar que Vasseur, encarnizado enemigo de las nuevas decisiones jurisprudenciales francesas y belgas que aquí hemos citado, en sus diversos escritos ha venido siempre diciendo que la jurisprudencia parece estar volviendo sobre sus pasos, pero sin citar ninguna prueba concluyente que demuestre tal. Y en cambio, parece que la tesis se abre campo en Italia y en Alemania.

Pienso, en todo caso, que es preferible que en nuestro medio profundicemos el tema y determinemos qué posibilidades podría tener frente a cada uno de nuestros derechos positivos.

EL SILENCIO POSITIVO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA ASPECTOS DOCTRINALES — JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

Dr. Virgilio Calvo Murillo

Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica