

22 de octubre de 2021

**RESPONSABILIDAD DEL BANCO POR EL OTORGAMIENTO DE CRÉDITO...
Y DE LOS DIRECTORES DE LA SOCIEDAD DEUDORA**

*“Palos porque bogas; y si no bogas, palos”:
una sentencia italiana vuelve sobre un tema complejo: el crédito excesivo.*

El 10 de agosto último el Tribunal Ordinario de Palermo (Italia) –de instancia única y especializado en temas empresarios– dictó una sentencia que toca temas sumamente interesantes en materia de responsabilidad de los administradores de empresas y del banco que prestó dinero sin tomar las debidas precauciones¹.

Como las leyes italianas y argentinas (y las del resto de los países de derecho continental europeo) son casi idénticas, la decisión es interesante y vale la pena comentarla.

Gestal SRL administraba una cadena de supermercados en el sur de Italia. La sociedad tuvo dos únicos directores. Uno, Carmelo Bartolomeo, ejerció su cargo entre 2006 y 2012. El otro, Giuseppe Burgio, ejerció sus funciones desde 2002 a 2006 y de 2012 en adelante.

Las cosas anduvieron mal y en 2012 Gestal quebró.

En 2015, el síndico de la quiebra demandó a los directores y, por separado, a Unicredit SpA, el banco que, a través de su sucursal de Agrigento, financió a la sociedad, con el argumento de que la mala gestión de aquéllos y el injustificado auxilio financiero de éste perjudicaron a Gestal y a sus acreedores.

Unicredit pidió la citación de los directores. Los jueces decidieron consolidar las dos demandas en una sola.

El reclamo del síndico se basó en una larga serie de irregularidades cometidas por ambos directores: retiro de cuantiosos fondos de la caja social sin justificación alguna (que el síndico describió como “la sistemática distracción de recursos sociales”); cesiones de créditos de Gestal contra terceros a favor de los directores; venta de bienes de la sociedad sin el respectivo ingreso de fondos y, sobre todo, la continuación de la actividad empresarial no obstante la pérdida del capital social a partir del cierre del ejercicio 2008.

¹ In re “Curatela Fallimento Gestal SRL c. Bartolomeo”, Tribunal Ordinario de Palermo, Sección 5ª. Civil, 10 agosto 2021, Sentencia 3308/2021, RG 1060-2015. Véase “Corresponsabilità solidale dell’ente creditizio con gli amministratori nell’aggravamento del dissesto della società in liquidazione”, en *Giurisprudenza delle imprese.it*.

Según la ley (tanto italiana como argentina) la pérdida del capital debe llevar a convocar a los socios a recapitalizar la sociedad o a liquidarla y, en este último caso, a desarrollar sólo las actividades destinadas a la liquidación del activo y la cancelación del pasivo.

La violación de esta regla se evidenció en el trámite de la quiebra, cuando numerosos acreedores verificaron créditos originados en operaciones comerciales realizadas luego de la pérdida del capital.

El reclamo fue por alrededor de diez millones de euros, equivalentes a la diferencia del patrimonio neto entre la fecha de la quiebra y la fecha en la que la sociedad debió haber sido liquidada y disuelta más los fondos sociales sustraídos.

La demanda contra el banco se basó en “el agravamiento del desequilibrio causado mediante la abusiva concesión de créditos que permitió a la sociedad proseguir su actividad empresarial a pesar de que ya se había verificado una causal de disolución a raíz de la pérdida del capital social”.

Según el síndico, Gestal estaba en condiciones de ser disuelta desde el ejercicio 2003, “cuando debió ser liquidada a raíz de haber registrado la pérdida de más de un tercio de su capital social”.

El banco demandado, en su opinión, “a pesar de ser consciente del estado de insolvencia de la sociedad, en abierta violación a las normas bancarias, había favorecido la prosecución de la actividad empresarial mediante la concesión de créditos por vías informales, al permitir giros en descubierto (aun en ausencia de cobertura) y otorgando financiamiento a sola firma [...] cuando los balances de Gestal podían revelar la fragilidad financiera de la sociedad, *especialmente a un operador económico avezado como lo es un banco*”.

El síndico señaló que, cuando en 2008 el director Burgio pidió a Unicredit un crédito a largo plazo para consolidar las deudas de Gestal, “durante las tratativas seguramente fueron exhibidos los estados contables de la sociedad, de los que pudo haberse obtenido información acerca de su creciente endeudamiento con sus proveedores y con el sistema previsional”.

“La conducta del banco” dijo el síndico “fue absolutamente contraria a los deberes de diligencia y corrección de un banquero, como lo demostró la violación de las ‘Instrucciones de Vigilancia’ del Banco de Italia” (que hace las veces de banca central en ese país).

“Unicredit era consciente del riesgo extremo de la operación de financiamiento por las precarias condiciones de la sociedad beneficiaria”.

Por eso, “existió responsabilidad del banco que, en acuerdo con los administradores de Gestal, produjo daños derivados de la prosecución ilícita de la actividad empresarial, hecha posible mediante la concesión de créditos de diverso tipo, aun en ausencia de las condiciones necesarias para otorgarlos”.

Entre varias defensas, Unicredit sostuvo que “el supuesto acto perjudicial para los acreedores fue, en realidad, solo una simple operación comercial y que el daño a aquéllos no fue producto de la concesión del crédito sino de la forma en que éste fue utilizado, imputable solamente a los administradores de la sociedad. [...] Una eventual responsabilidad solidaria del banco con aquéllos sólo podría ser establecida por una sentencia en sede penal”.

Según el banco, tampoco se le podía imputar la obligación de reconocer una situación de insolvencia que había sido ocultada por los directores de Gestal y de la que éstos eran los únicos responsables “a partir de la

sustracción de ingentes sumas de dinero de la caja social”.

El banco exigió que cualquier suma por la que se lo declarara responsable debía poder ser compensada con el crédito que había verificado en la quiebra de Gestal.

Al analizar la cuestión el tribunal dejó en claro que había en juego distintas responsabilidades. Una era de naturaleza contractual: la acción del síndico contra los directores de la sociedad en beneficio de los intereses de ésta; la otra, extracontractual, era la acción del síndico en beneficio de la masa de acreedores de la sociedad.

La diferencia entre ambos tipos de acciones tenía consecuencias en cuanto a la carga de la prueba. En efecto, las irregularidades contables, la subsistencia de la actividad empresaria a pesar de la existencia de una causal de disolución y la distracción de recursos de la sociedad exigían que fueran los directores quienes demostraran haber cumplido con la ley y que esos hechos no les eran imputables.

En cambio, la acción por cuenta de los acreedores sociales exigía que fuera el síndico quien demostrara la conducta dolosa o culposa de los directores, la existencia de un daño y el nexo de causalidad entre aquella conducta y ese daño.

El tribunal dejó en claro, también, “que no está permitido a los jueces revisar u objetar el llamado *merito gestorio* de los directores”; es decir, evaluar el mérito o la conveniencia de las decisiones empresarias. Esto es así, dijo la corte, porque “la obligación asumida por los directores es de naturaleza profesional; se trata de una obligación de medios y no de resultados, con la consecuencia de que no se les puede imputar a los directores los resultados infaustos de una decisión empresaria, en la medida que ésta

haya sido adoptada según criterios razonables, previa incorporación de todos los elementos cognitivos útiles para la adopción de dicha decisión y su evaluación previa; o sea, sobre la base de las circunstancias conocidas al momento de la conducta bajo examen”.

“Por otra parte”, agregó el tribunal, “no toda conducta irregular es susceptible de causar un daño al patrimonio social, considerado como una garantía tanto para los socios como para los acreedores sociales”.

“Siguiendo la doctrina más reciente”, añadió “deben considerarse relevantes a los fines de la decisión que debe tomar el tribunal sólo *aquellas conductas específicamente imputables a los demandados de las cuales haya surgido un daño resarcible*, teniéndose en cuenta que el incumplimiento de los deberes a su cargo es el presupuesto también de la acción iniciada a nombre de los acreedores, los que sólo pueden demandar a los directores si el patrimonio social es insuficiente para satisfacerlos y esa insuficiencia es consecuencia de la conducta de los órganos sociales en violación de los deberes a su cargo”.

El tribunal destacó que a los directores no se les exige una responsabilidad objetiva [esto es, sin culpa] pues *siempre es necesario demostrar la existencia de una conducta al menos negligente del director* junto a la insuficiencia patrimonial.

“Por lo tanto, toda violación [legal] hacia la sociedad es idónea para fundar la responsabilidad de los directores cuando causa o contribuye a causar una disminución del patrimonio, convirtiéndolo en insuficiente”.

Con respecto a la demanda del síndico contra Unicredit, “por su responsabilidad concurrente en el agravamiento de la insolvencia de Gestal y su aporte causal mediante la

concesión abusiva de crédito a la mala gestión de los directores, concretada, en el caso, en la prosecución indebida de la actividad empresarial aun después de la pérdida del capital social”, el tribunal entendió que “en materia de concesión abusiva de crédito existe responsabilidad del banco frente a terceros *cuando financia una empresa insolvente y retarda su quiebra*, por cuanto en razón de ello aquéllos confiaron en su solvencia y establecieron vínculos contractuales con ella, en la medida que se pruebe que los terceros no estaban en conocimiento del estado de insolvencia y que esa falta de conocimiento no fue culposa”.

El tribunal estableció que en los casos de demandas por daños como consecuencia del otorgamiento abusivo de crédito, existe responsabilidad solidaria del banco con los directores de la sociedad deudora. En esos casos se entiende que la entidad financiera violó las normas que le exigen “ejercer poderes de vigilancia con respecto a la sana y prudente gestión de los sujetos vigilados y a la estabilidad, eficiencia y competitividad del sistema financiero”.

Para la corte, “es equivocado sostener que la actividad de otorgar créditos nunca puede ser abusiva en sí misma. Es exactamente al revés: debe considerarse indudable que el recurso abusivo al crédito va más allá de los límites de la prudente gestión empresarial cuando al momento del desembolso del crédito una sociedad ha sufrido la pérdida de su capital. Eso constituye una actividad ilícita del banco, que debe seguir principios de sana y prudente gestión, evaluando el riesgo crediticio en base a informaciones adecuadas. Frente a un temerario pedido de crédito por parte de los directores de una sociedad que ha perdido su capital y frente a un también temerario o al menos imprudente otorgamiento de crédito por parte del banco, el comportamiento ilícito es conjunto y está

dotado de una intrínseca eficacia causal, ya que el hecho dañoso se identifica con el retardo en la aparición del desequilibrio financiero y su agravamiento antes de la apertura del proceso concursal”.

“Ese hecho constituye un daño para la sociedad misma y para sus acreedores anteriores” siguió el tribunal. “Como consecuencia, del concurso de ambos comportamientos nace una obligación resarcitoria solidaria, puesto que los elementos constitutivos de la responsabilidad, en el caso, están vinculados a la mala gestión de los directores de la cual el banco se hizo partícipe”.

El tribunal dio por probado que el director Burgio (que además tenía el 80% de las acciones) extrajo fondos de la caja de la sociedad (¡por casi seis millones de euros!), lo que constituyó “financiamiento ilícito al socio mayoritario”.

Bartolomeo, el otro director, se defendió diciendo que Burgio había actuado como administrador de hecho, y “lo había sustituido al frente de las obligaciones administrativas dejándolo como responsable sólo de la gestión de los puntos de venta [...] por lo que le fue imposible ejercer su cargo de director”. Burgio, como dijimos, permaneció rebelde.

El tribunal no estuvo de acuerdo: “de semejante despojo a la caja de la sociedad responde solidariamente también [Bartolomeo] que ocupó el cargo de director durante el largo período entre 2006 y 2012 en el que ocurrieron los ‘actos distractivos’. No tiene fundamento la tesis defensiva de Bartolomeo, que querría eximirse de responsabilidad en virtud de la preponderancia de Burgio en la gestión social como administrador de hecho y más allá de los límites de las funciones de su cargo como director general”.

Bartolomeo, como director formalmente designado, “tenía la obligación de cumplir con diligencia el cargo asumido, aun mediante la vigilancia escrupulosa de las actividades de terceros que se inmiscuían en la administración”.

“Bartolomeo”, en opinión del tribunal, “sólo dijo, genéricamente, pero omitió probar, haber estado impedido de ejercer sus funciones y acceder a la contabilidad social”.

“Aun más grave es haber continuado ilícitamente con la actividad empresarial en presencia de la causal de disolución originada en la reducción del capital social por debajo del mínimo legal, en violación del deber de convocar a asamblea para la adopción de medidas tales como la recapitalización de la sociedad o su disolución e inicio de la liquidación”.

“Al continuar la actividad empresarial, los directores violaron también la obligación de limitarse a desarrollar actividades de mera conservación patrimonial” dijo la corte. Por el contrario, Gestal continuó activa en los años siguientes “en los que mantuvo un ingente volumen de negocios” así como “un notable incremento de su endeudamiento, imputable a sus directores”.

El tribunal decidió cuantificar el daño producido por la “prosecución ilegítima de la actividad empresarial” en la diferencia entre el patrimonio neto a la fecha de quiebra y a la fecha en la que la actividad habría debido cesar. “Puesto que el patrimonio de la empresa constituye la medida de la satisfacción de los acreedores de la quiebra, la disminución de ese patrimonio representa un daño para los acreedores pero también a la propia sociedad, privada de la posibilidad de volver a la actividad una vez pagados sus acreedores si quedaran activos residuales”.

Como dijimos, Unicredit fue considerada corresponsable junto a los directores por el agravamiento del desequilibrio de Gestal. El tribunal estableció como premisa que la concesión de crédito sin contrato, efectuada mediante adelantos en efectivo y permisos para girar en descubierto “no es en sí misma censurable, en la medida que no adquiera formas patológicas para sostener empresas insolventes”. Notó que, en 2006, cuando se le otorgó a Gestal un crédito a sola firma por 500.000 euros, los balances de los tres ejercicios precedentes, disponibles en el Registro de Comercio, ya mostraban saldos negativos.

“La sociedad continuó operando hasta su quiebra en 2012; la evidencia de datos negativos en sus balances y la existencia de una causal de disolución de la cual la sociedad no tomó nota durante tres años, sin adoptar ninguna medida necesaria para su recapitalización o disolución, evidencian la negligencia del banco al conceder créditos adicionales por plazos plurianuales”.

“Con esas operaciones Unicredit mantuvo vigente la causal de disolución y, además de sostener la actividad empresarial, respaldó a los directores cuya gestión ya se había demostrado inadecuada al haber omitido en varios ejercicios consecutivos la recapitalización de la sociedad, que era indispensable para la continuidad empresarial”.

“El banco tuvo pleno conocimiento de lo riesgoso de la operación, pero, no obstante, la llevó adelante en perjuicio de terceros, que continuaron operando con una sociedad despatrimonializada y aun más adeudada”.

En 2009, mientras el banco cubría cientos de cheques en descubierto, el tribunal comprobó que Gestal estaba en incumplimiento de su obligación de aprobar y presentar sus balances y de reembolsar un préstamo desembolsado en 2006.

También verificó que, además de esas anomalías, Gestal omitió presentar la documentación necesaria para demostrar la posibilidad de continuar con su actividad empresarial. El tribunal entendió que el otorgamiento de créditos bajo cualquier forma presupone la evaluación del riesgo crediticio y, en primer lugar, la posibilidad de que la empresa continúe operando para asegurar la restitución del financiamiento recibido.

El tribunal agregó que “al conceder crédito en la forma inusual en la que lo hizo, el banco omitió efectuar una actividad instructoria previa a la concesión del financiamiento, que consiste en la obtención de toda la documentación necesaria para efectuar una evaluación adecuada del riesgo crediticio, sea bajo el aspecto patrimonial como de los ingresos”.

“Una revisión adecuada ante una operación de este tipo habría puesto en evidencia la falta de aprobación de balances; además, un simple análisis de la situación contable, aun sin otros documentos de apoyo, habría revelado la situación de desequilibrio de Gestal. [...] Unicredit incumplió la obligación genérica de diligencia que le imponen las leyes; en particular, la que le exige seguir los principios de gestión sana y prudente evaluando el riesgo de crédito sobre la base de informaciones adecuadas. También incumplió las reglas de comportamiento dictadas por el Banco de Italia en sus ‘Instrucciones de Vigilancia’ dirigidas a los bancos”.

El tribunal concluyó estableciendo que “esas violaciones convierten en ilegítimos los créditos otorgados en 2006 y 2010 y constituyen un comportamiento gravemente culposo por parte del banco. Este comportamiento, dada la magnitud del crédito otorgado irregularmente, facilitó a los directores de la sociedad proseguir la actividad empre-

saria a pesar de haberse verificado una causal de disolución, asegurándoles la liquidez necesaria y mostrando hacia terceros que Gestal era solvente, cuando no lo era”.

El tribunal concluyó diciendo que “hubo un aporte causal del banco a la mala gestión de los directores que incrementó el desequilibrio, por lo que la conducta del banco es aun más reprobable”.

En consecuencia, “puede afirmarse la coresponsabilidad de Unicredit con los directores Burgio y Bartolomeo en el agravamiento del desequilibrio financiero de Gestal, por lo que deberán responder solidariamente”. La condena contra los tres fue por un poco más de diez millones de euros.

El tribunal no aceptó el pedido de Unicredit de poder compensar su deuda con el crédito verificado en la quiebra de Gestal. La razón para ello fue que, para que haya compensación, la ley exige identidad y reciprocidad entre acreedor y deudor. Y en el caso, la deuda de Unicredit resultante de la sentencia era hacia los acreedores de Gestal, mientras que su crédito era contra la sociedad fallida. Además, la compensación violaría la igualdad entre los acreedores de Gestal, pues beneficiaría a uno solo de ellos al permitirle cobrar su crédito verificado por fuera del procedimiento de quiebra y disminuir su deuda ante la masa de acreedores.

El banco exigió algo más al tribunal: que estableciera cuánto podía exigir como resarcimiento a sus codeudores solidarios. El tribunal entendió que “la conducta del director Burgio de distraer fondos de la sociedad (con la condescendencia de Bartolomeo, que nada hizo para oponerse) no podía ser imputada al banco, que, al consentir culpablemente la prosecución de la actividad empresarial, fue responsable del agravamiento del desequilibrio; pero en las relaciones internas el banco tiene derecho a cobrar de los

directores el importe de los fondos extraídos irregularmente”. De los diez millones a pagar por los tres condenados solidarios a la masa de acreedores de Gestal, se dispuso que el banco podía exigir seis a los dos directores.

La sentencia no dice nada demasiado nuevo, pero tiene matices importantes; por ejemplo, al abandonar toda pretensión de juzgar las decisiones empresarias de los directores de una sociedad.

¿Cómo se sostuvo tanto tiempo la ficción de la solvencia de Gestal? Es curioso que en los procesos de *due diligence* que normal-

mente deben llevar los bancos antes de otorgar un crédito significativo (a través de sus abogados y analistas financieros) no hayan “saltado” las evidencias relativas al incumplimiento de obligaciones formales tales como la aprobación de balances o la convocatoria a asambleas para reintegrar el capital.

El Filosofito, que nos lee en borrador, nos recomienda no olvidar el contexto sociológico: “¿La sucursal de Unicredit era la de Agrigento, en Sicilia? ¿Gestal tenía supermercados en toda la región? ¿El banco pagaba cheques en descubierto sin cobertura? ¡Fácil: todos eran amigos!”

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**